



2009-2010



Rapport d'activité

***du 1^{er} octobre 2009
au 30 septembre 2010***



Chambre des Députés



RAPPORT

(du 1er octobre 2009 au 30 septembre 2010)

adressé à la Chambre des Députés

par

Marc Fischbach
Médiateur

Chambre des Députés

Monsieur Laurent MOSAR,
Président

17, rue du Marché-aux-Herbes
L-1728 Luxembourg

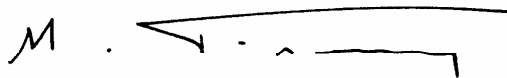
Monsieur le Président,

Conformément à l'article 8 de la loi du 22 août 2003 instituant un médiateur, j'ai l'honneur de vous transmettre le rapport du Médiateur du Grand-Duché de Luxembourg, couvrant la période du 1er octobre 2009 au 30 septembre 2010.

Je vous en souhaite bonne réception et je reste à votre entière disposition.

Veuillez croire, Monsieur le Président, en l'expression de ma haute considération.

Le Médiateur,



Marc FISCHBACH



INDEX

AVANT-PROPOS DU MEDiateur —	9
--	---

PARTIE 1

1.1.	Statistiques	12
1.2.	Affaires relevant de l'Etat	19
1.2.1.	Immigration.....	19
1.2.2.	Logement et Classes moyennes.....	24
1.2.3.	Administration judiciaire.....	26
1.2.4.	Administration pénitentiaire	26
1.2.5.	Fiscalité	27
1.2.6.	Affaires générales relevant de l'Etat	32
1.3.	Affaires relevant des Communes.....	38
1.3.1.	Affaires communales générales	38
1.3.2.	Etat civil	42
1.3.3.	Urbanisme	44
1.3.4.	Impôt foncier.....	46
1.4.	Affaires concernant les établissements publics relevant de l'Etat et des Communes ...	47
1.4.1.	Affaires de sécurité sociale (y compris l'ADEM et la CNPF)	47
A.	Sécurité Sociale.....	47
B.	Administration de l'Emploi (ADEM).....	52
C.	Caisse nationale des Prestations familiales (CNPF)	55

PARTIE 2

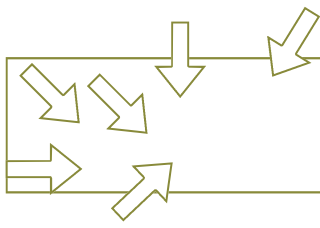
2.1.	Des recommandations du Médiateur et des suites y réservées par les autorités compétentes	58
------	--	----

PARTIE 3

3.1.	Service du Contrôle Externe des Lieux Privatifs de Liberté (CELPL)	91
------	--	----

PARTIE 4

4.1.	L'équipe.....	94
4.2.	Loi du 22 août 2003 instituant un Médiateur	95
4.3.	Loi du 11 avril 2010 (1) portant approbation du protocole facultatif se rapportant à la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, adopté par l'Assemblée Générale de l'Organisation des Nations Unies à New York, le 18 décembre 2002 et (2) portant désignation du médiateur en tant que mécanisme national de prévention et fixant ses attributions	100



Avant-Propos du Médiateur

Couvrant la période du 1^{er} octobre 2009 au 30 septembre 2010 le présent rapport est le cinquième bilan annuel que j'ai l'honneur de présenter à la Chambre des Députés depuis la mise en place de mon secrétariat le 1^{er} mai 2004.

Au cours de cette période j'ai été saisi de 983 réclamations. Par ailleurs depuis le 1^{er} octobre 2009 quelque 2.500 personnes se sont adressées à mon Secrétariat pour obtenir des renseignements ou pour solliciter un conseil.

De l'auto-discipline en matière de bonne conduite administrative...

Le bon fonctionnement de la démocratie étant essentiellement tributaire de la confiance qui règne entre les citoyens et l'administration publique, mon premier souci en tant que Médiateur est de veiller à la conformité de l'action et des pratiques de l'administration avec les principes de bonne conduite administrative.

J'entends par là les principes qui au-delà de la légalité et des principes généraux du droit font peser sur l'action administrative des exigences supérieures à celles de la loi ou de toute autre source formelle de droit.

Ainsi les principes de diligence, de gestion consciencieuse, de courtoisie, de l'accès approprié, de même que l'obligation d'informer dans un langage clair et compréhensible sont autant de principes de bonne administration guidant mon action dans ma tâche de facilitateur entre les citoyens et l'administration.

Le contrôle de la bonne administration qui incombe au Médiateur est en réalité un contrôle de la qualité de l'action administrative. Correcte d'un point de vue légal, l'action administrative peut être incorrecte et injuste parce que contestable sur le plan de la qualité du service public.

S'il est une fonction du Médiateur qui relève essentiellement de l'éthique c'est bien celle de veiller à la bienséance administrative. Il y veille en faisant valoir toute son influence et

sa force de persuasion pour emporter l'adhésion de l'administration aux exigences croissantes en matière de bonne conduite administrative. C'est par cette démarche que le Médiateur arrive à conforter la confiance du citoyen dans l'administration publique et à promouvoir une culture de l'administration axée sur le service et l'efficacité.

...à l'auto-sanction pour cause de non-respect du délai raisonnable

Depuis mon entrée en fonction en 2004, je continue d'être saisi par nombre de réclamants qui se plaignent d'un manque de diligence dans le traitement de leur dossier.

Près d'un quart des réclamations qui me sont adressées font apparaître des lenteurs excessives au niveau de l'instruction des dossiers pendant devant les différentes administrations.

Or nombreuses sont les situations dans lesquelles de par le manque de diligence et de gestion consciencieuse de l'administration les citoyens subissent un préjudice certain.

Tel est notamment le cas pour les projets de construction, d'investissement ou d'établissement pour la réalisation desquels les initiateurs ou les promoteurs ont engagé leurs fonds propres ou contracté des emprunts qu'ils comptent en grande partie couvrir avec les aides publiques auxquelles ils ont légalement droit.

S'il est de principe qu'en matière administrative, à défaut d'une prise de décision en-dehors d'un délai de trois mois, la partie intéressée peut considérer sa demande rejetée et ainsi se pourvoir devant les juridictions administratives, il n'en reste pas moins que sauf dans les cas où le juge administratif est habilité à se prononcer sur le fond, l'annulation d'une décision administrative ne fait que renvoyer l'affaire devant l'administration compétente sans constituer pour autant une quelconque garantie de voir l'autorité concernée prendre rapidement une nouvelle décision.

Au regard de la corrélation étroite qui existe entre le développement des entreprises et la capacité réactive des autorités publiques, l'économie du pays est largement tributaire de l'efficacité de l'administration. Si les procédures et les formalités inhérentes à la prise de décision administrative sont des éléments intrinsèques de la sécurité juridique, la disponibilité et la diligence de l'administration sont souvent des facteurs déterminants pour la décision d'une entreprise de s'établir et de développer ses activités dans le pays.

D'où l'idée, qui n'est d'ailleurs pas nouvelle, d'inverser la présomption de rejet par le principe de l'accord implicite dès lors que l'administration omet de prendre sa décision dans un délai raisonnable.

Cette idée, si alléchante qu'elle soit, est cependant loin de constituer une solution généralement satisfaisante alors que pour des raisons de sécurité juridique, dans une écrasante majorité de demandes en obtention d'une autorisation administrative, l'application du régime de l'accord implicite ne serait guère praticable.

Il en serait notamment ainsi dans les cas où

- des prescriptions particulières doivent, pour un motif d'intérêt public, accompagner la décision administrative ;
- la délivrance d'un document est de nature à permettre au demandeur d'établir sa situation ou de la régulariser ;
- l'application de la règle de l'accord serait de nature à compromettre l'intérêt public que la procédure d'autorisation a pour objet de protéger ;
- l'information suffisante des tiers ne peut être assurée que par l'existence d'une décision explicite. (voir page 43 « Entfesselungsplang fir Betriber » présenté par le Ministère des Classes moyennes, du Tourisme et du Logement, en février 2007).

Après mûre réflexion, j'estime que pour protéger le citoyen contre le risque de retards inconsiderés dans la prise de décision administrative, la seule solution appropriée serait l'introduction de délais contraignants au-delà desquels l'Etat s'imposerait une auto-sanction à travers le versement d'une astreinte à titre de dédommagement des citoyens ou des entreprises lésées par la lenteur administrative.

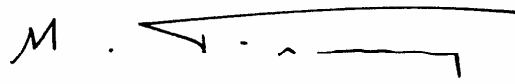
Ainsi, et sauf des délais plus longs prévus par un texte particulier, il serait raisonnable de fixer à trois mois le délai légal dans lequel l'administration devrait prendre une décision étant entendu que ce délai ne commencerait à courir qu'à partir du moment où il est établi que le dossier du demandeur est complet.

Si tel n'était pas le cas le délai serait prorogé au prorata du temps que mettra le demandeur à compléter son dossier, l'administration étant toutefois tenue à transmettre au demandeur dans la quinzaine de la présentation de sa demande un accusé de réception assorti, le cas échéant, d'un inventaire de toutes les pièces et documents manquants.

A défaut d'un accusé de réception à transmettre endéans la quinzaine à partir de la présentation de la demande, l'administration ne pourrait plus se prévaloir d'une quelconque prorogation du délai légal. Faute d'une décision prise à l'expiration du délai prévu par la loi, l'Etat s'obligerait de dédommager le demandeur auquel il suffirait de prouver la matérialité du préjudice qu'il a subi du fait d'un manque de diligence de l'administration. Il s'agirait en l'occurrence d'une astreinte forfaitaire dont le montant ne devrait cependant pas être inférieur à 200 euros par mois entier en cas de dépassement du délai légal.

En cas de contestation quant au dépassement du délai ou quant au préjudice subi par le demandeur, il appartiendrait au juge de paix de se prononcer sur le fond du litige.

Un procédure décisionnelle contraignante telle que décrite ci-dessus aurait l'avantage d'obliger les administrations à prendre les dispositions qui s'imposent au niveau de l'organisation interne tout comme elle engagerait le Gouvernement à veiller à s'investir davantage dans le fonctionnement d'une administration aussi diligente et efficace que possible.


Marc FISCHBACH

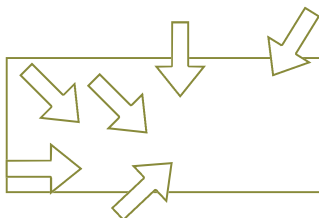


1.1. Statistiques

1.2. Affaires relevant de l'Etat

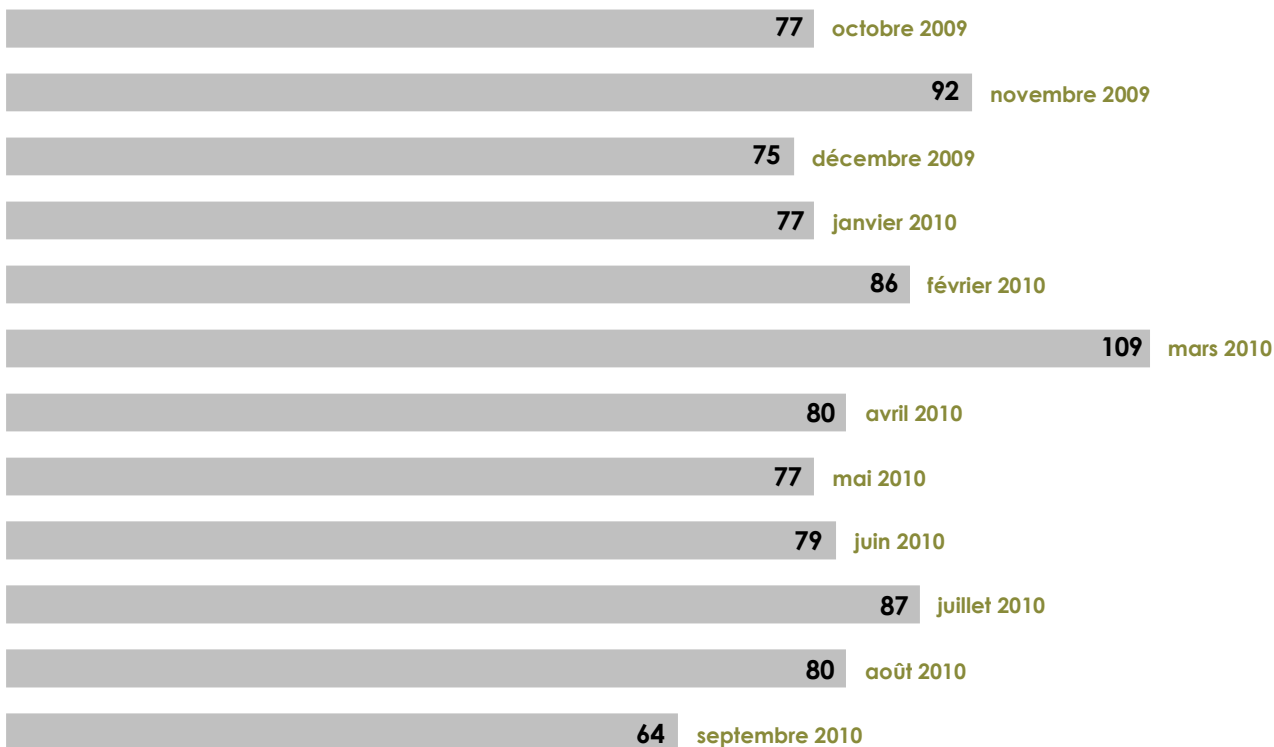
1.3. Affaires relevant des Communes

**1.4. Affaires concernant les établissements publics
relevant de l'Etat et des Communes (y compris l'ADEM
et la CNPF)**



1.1. Statistiques

NOMBRE DE RECLAMATIONS PAR MOIS



RELEVÉ GLOBAL -

du 1er octobre 2009 au 30 septembre 2010

Le **taux de correction** est déterminé **sur base du nombre de dossiers clôturés**, déduction faite des réclamations irrecevables, non fondées, transmises à d'autres Médiateurs, des affaires que le Médiateur a refusé d'examiner ainsi que de celles dans lesquelles le réclamant s'est désisté.

Les dossiers clôturés provisoirement sont comptabilisés parmi les affaires en cours et ne sont pas pris en considération pour la détermination du taux de correction.



**taux de correction:
82,35%**

Ventilation par suites réservées à la réclamation

Nombre total de réclamations	983
Dossiers en cours	289 (y compris 6 dossiers clôturés provisoirement)
Dossiers clôturés	694
 Transmis à un autre Médiateur	0
Réclamations non fondées	250
Désistement du réclamant	93
Pas de correction obtenue	54
Correction partielle obtenue	49
Correction totale obtenue	203
Demandes irrecevables	20
Refus d'examiner	25

Ventilation détaillée

Demandes irrecevables	20
 Jugements coulés en force de chose jugée	8
Incompétence ratione materiae	10
Incompétence ratione loci	1
Non-immixtion dans une affaire judiciaire pendante	1
Refus d'examiner	25
 Demandes prématurées	9
Demandes manifestement non fondées	0
Absence de démarches préalables	13
Actio popularis	1
Obscurum libellum	2

Légende:

dossiers clôturés: les dossiers dont l'instruction est clôturée

réclamations irrecevables: les réclamations dont l'objet n'est pas dans la compétence du Médiateur, il s'agit notamment de réclamations qui ne sont pas dirigées contre un organisme public

refus d'examiner: il s'agit dans l'essentiel de réclamations qui n'ont pas fait l'objet de démarches préalables anonymes, de réclamations à libellé obscur ou de réclamations qui ne concernent pas directement les réclamants

désistement des réclamants: les réclamations dont l'instruction a été arrêtée sur demande du réclamant

clôtures provisoires: il s'agit plus particulièrement de dossiers mis en attente sur demande du réclamant

1.1.1. Affaires relevant de l'Etat

➔ 1.1.1.1. Immigration, permis de travail, visas, passeports

Nombre d'affaires	77
Affaires clôturées	53
Affaires en cours	24

taux de correction:
95,83%

En cours	24
Correction totale/partielle	23
Pas de correction	1
Réclamations non fondées	16
Refus d'examiner	2
Demandes irrecevables	3
Désistement du réclamant	8
Transmis à un autre Médiateur	0

➔ 1.1.1.2. Logement et Classes moyennes

Nombre d'affaires	39
Affaires clôturées	24
Affaires en cours	15

taux de correction:
70%

En cours	15
Correction totale/partielle	7
Pas de correction	3
Réclamations non fondées	9
Refus d'examiner	0
Demandes irrecevables	0
Désistement du réclamant	5
Transmis à un autre Médiateur	0

➔ 1.1.1.3. Administration judiciaire

Nombre d'affaires	20
Affaires clôturées	14
Affaires en cours	6 (*y compris 2 affaires clôturées provisoirement)

taux de correction:
62,50%

En cours*	6
Correction totale/partielle	5
Pas de correction	3
Réclamations non fondées	4
Refus d'examiner	1
Demandes irrecevables	0
Désistement du réclamant	1
Transmis à un autre Médiateur	0

➔ 1.1.1.4. Fiscalité (ACD, AED, Administration des Douanes et Accises)

Nombre d'affaires	126
Affaires clôturées	88
Affaires en cours	38

taux de correction
89,36%

En cours	38
Correction totale/partielle	42
Pas de correction	5
Réclamations non fondées	33
Refus d'examiner	1
Demandes irrecevables	1
Désistement du réclamant	6
Transmis à un autre Médiateur	0

1.1.2. Affaires relevant des Communes



1.1.2.1. Urbanisme

Nombre d'affaires	60
Affaires clôturées	40
Affaires en cours	20

taux de correction:
81,81%

En cours	20
Correction totale/partielle	9
Pas de correction	2
Réclamations non fondées	16
Refus d'examiner	2
Demandes irrecevables	0
Désistement du réclamant	11
Transmis à un autre Médiateur	0



1.1.2.2. Affaires communales générales

Nombre d'affaires	111
Affaires clôturées	85
Affaires en cours	26 (*y compris 2 affaires clôturées provisoirement)

taux de correction:
96,29%

En cours*	26
Correction totale/partielle	26
Pas de correction	1
Réclamations non fondées	36
Refus d'examiner	4
Demandes irrecevables	0
Désistement du réclamant	18
Transmis à un autre Médiateur	0

1.1.3. Affaires concernant les Etablissements publics relevant de l'Etat ou des Communes (y compris l'ADEM, la CNPF, le FNS)

➔ 1.1.3.1. Affaires de Sécurité Sociale

Nombre d'affaires	146
Affaires clôturées	106
Affaires en cours	40 (*y compris 1 affaire clôturée provisoirement)

taux de correction:
62%

En cours*	40
Correction totale/partielle	31
Pas de correction	19
Réclamations non fondées	43
Refus d'examiner	4
Demandes irrecevables	3
Désistement du réclamant	6
Transmis à un autre Médiateur	0

➔ 1.1.3.2. Administration de l'Emploi (ADEM)

Nombre d'affaires	59
Affaires clôturées	40
Affaires en cours	19

taux de correction:
50%

En cours	19
Correction totale/partielle	6
Pas de correction	6
Réclamations non fondées	23
Refus d'examiner	0
Désistement du réclamant	4
Demandes irrecevables	1
Transmis à un autre Médiateur	0

➔ 1.1.3.3. Caisse nationale des Prestations familiales (CNPF)

Nombre d'affaires	81
Affaires clôturées	58
Affaires en cours	23

taux de correction:
94,59%

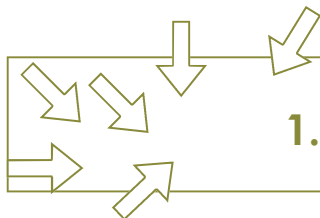
En cours	23
Correction totale/partielle	35
Pas de correction	2
Réclamations non fondées	13
Refus d'examiner	1
Demandes irrecevables	0
Désistement du réclamant	7
Transmis à un autre Médiateur	0

➔ 1.1.3.4. Fonds national de Solidarité (FNS)

Nombre d'affaires	19
Affaires clôturées	17
Affaires en cours	2

taux de correction:
87,50%

En cours	2
Correction totale/partielle	7
Pas de correction	1
Réclamations non fondées	5
Refus d'examiner	3
Désistement du réclamant	1
Demandes irrecevables	0
Transmis à un autre Médiateur	0



1.2. Affaires relevant de l'Etat

1.2.1. Immigration

Le nombre de réclamations formulées à l'encontre de la Direction de l'Immigration a sensiblement diminué par rapport à l'année précédente.

De l'appréciation même des responsables de la Direction de l'Immigration, ceci s'explique notamment par une plus grande maîtrise par le Service des étrangers de la nouvelle loi modifiée du 29 août 2008 sur la libre circulation des personnes et l'immigration.

Dans le rapport d'activité 2008-2009, le Médiateur a fait état de difficultés d'ordre structurel dans le fonctionnement du Service des étrangers. En juillet 2010, le Médiateur a pu s'assurer des avancées accomplies par ledit service afin d'améliorer l'accueil des citoyens et le traitement des dossiers.

Le Médiateur se félicite que l'accès aux guichets a été amélioré par le fait que la distribution journalière des tickets par les agents de sécurité en charge de l'accueil ne débute plus avant 8h30 du matin.

Au rez-de-chaussée ont été aménagés deux guichets d'information qui sont ouverts le matin du lundi au vendredi.

Par ailleurs, de plus en plus de gens s'adressent au service des étrangers par courrier électronique lesquels seraient traités en règle générale dans les deux jours.

Le Médiateur suggère d'allonger la plage au cours de laquelle il serait possible de contacter le service par téléphone pendant les heures de l'après-midi. La Direction de l'Immigration serait disposée à suivre cette suggestion dans la mesure où les contraintes inhérentes à l'horaire mobile pourront être respectées.

En ce qui concerne le respect du délai raisonnable pour le traitement des dossiers, le Médiateur est informé que ce délai serait tributaire de la complexité des dossiers mais que la majorité des demandes seraient instruites dans un délai de 6 semaines. De manière générale les requérants pourraient s'attendre à

recevoir dans les quinze jours du dépôt de leur demande un courrier les renseignant sur l'état de leur dossier.

Quelques questions de fond soumises au Médiateur

A. Le Médiateur a été saisi d'une réclamation par un ressortissant luxembourgeois qui avait conclu un partenariat avec le ressortissant d'un pays tiers conformément à la loi du 9 juillet 2004 relative aux effets légaux de certains partenariats, lequel se voyait cependant refuser la délivrance d'une autorisation de séjour.

Le partenariat conclu dans les trois mois de l'entrée du ressortissant étranger sur le territoire national était par la suite inscrit au répertoire civil.

La Direction de l'Immigration estime cependant que l'article 4, point 4, de la loi du 9 juillet 2004 devrait être interprété dans le sens que pour résider légalement au Luxembourg et pour pouvoir souscrire une déclaration de partenariat, il conviendrait d'être en possession d'une des catégories d'autorisation de séjour prévues aux articles 38 à 98 de la loi modifiée du 29 août 2008 sur la libre circulation des personnes et l'Immigration.

A la lecture des travaux parlementaires, le Médiateur constate qu'au cours de la procédure législative la formulation de l'article 4, point 4, de la loi du 9 juillet 2004 relative aux effets légaux de certains partenariats a fait l'objet d'une vive discussion entre le Conseil d'Etat et la commission juridique de la Chambre des députés.

Ainsi, la commission juridique a suggéré de prévoir que les ressortissants non communautaires devraient remplir, outre les trois conditions prévues par le texte gouvernemental pour la déclaration de partenariat, celle d'avoir résidé légalement au Luxembourg pendant un laps de temps d'au moins trois ans précédant le jour de la déclaration de partenariat.

Le Conseil d'Etat s'est opposé formellement au texte de la commission juridique en indi-

quant que l'introduction d'une telle condition de résidence à charge des ressortissants non communautaires serait inacceptable au regard de l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et serait incompatible avec les dispositions des articles 7 et 13 du Code civil.

Aussi le Conseil d'Etat s'y est-il opposé sous peine de refus de dispense du second vote constitutionnel.

Suite à cette opposition formelle, la commission juridique fit remarquer qu'il serait néanmoins nécessaire de prévoir un mécanisme évitant que le partenariat ne puisse servir de moyen facile pour obtenir une autorisation de séjour.

La commission juridique a estimé que le demandeur devrait bénéficier d'une autorisation de séjour préalable avant de pouvoir déposer une déclaration de partenariat auprès de l'administration communale.

L'article 4 du texte final prévoit que :

« Pour pouvoir faire la déclaration prévue à l'article 3, les deux parties doivent:

- 1. être capables de contracter conformément aux articles 1123 et 1124 du Code civil;*
- 2. ne pas être liées par un mariage ou un autre partenariat;*
- 3. ne pas être parents ou alliés au degré prohibé conformément aux articles 161 à 163 et à l'article 358 alinéa 2 du Code civil;*
- 4. résider légalement sur le territoire luxembourgeois.*

Le point 4 ci-avant ne s'applique qu'aux ressortissants non communautaires. »

Le Médiateur estime que le ressortissant d'un Etat tiers qui remplit les conditions de l'article 34 de la loi modifiée du 29 août 2008 sur la libre circulation des personnes et l'immigration réside régulièrement sur notre territoire. Cette personne devrait dès lors pouvoir souscrire un partenariat conformément à l'article 4 point 4 de la loi du 9 juillet 2004 relative aux effets légaux de certains partenariats.

La question d'ordre général qui se dégage en effet de la réclamation en question est de savoir si un ressortissant d'un Etat tiers en possession d'un passeport valable peut conclure un partenariat au Luxembourg au cours de la période de validité de son visa, respectivement,

durant les trois premiers mois de son arrivée si un tel visa n'est pas requis pour l'entrée sur le territoire national.

Le fait est qu'en l'espèce le partenariat avait été conclu et inscrit au répertoire civil.

Or selon l'article 12 de la loi modifiée du 29 août 2008 sur la libre circulation des personnes et l'immigration est considéré comme membre de la famille:

« le partenaire avec lequel le citoyen de l'Union a contracté un partenariat enregistré conformément aux conditions de fond de l'article 4 de la loi du 9 juillet 2004 relative aux effets légaux de certains partenariats...

Les membres de la famille, citoyens de l'Union ou ressortissants de pays tiers, d'un citoyen luxembourgeois sont assimilés aux membres de la famille du citoyen de l'Union. »

Selon l'article 15 de la même loi ainsi que l'article 5 du règlement grand-ducal du 5 septembre 2008 portant exécution de certaines dispositions relatives aux formalités administratives prévues par la loi du 29 août 2008 sur la libre circulation des personnes et l'immigration, le ressortissant d'un Etat tiers devenu membre de la famille d'un citoyen de l'Union avec lequel il a conclu un partenariat a le droit d'obtenir une autorisation de séjour.

Estimant par ailleurs que le fait de ne pas accorder une telle autorisation de séjour au réclamant serait contraire à l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme ainsi qu'à l'article 9 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, le Médiateur a recommandé au Ministre de bien vouloir accorder au réclamant une autorisation de séjour en tant que membre de famille d'un citoyen luxembourgeois.

B. Le Médiateur a été saisi d'une réclamation relative à une demande faite par le ressortissant d'un Etat tiers en vue d'obtenir d'une autorisation de séjour en tant que travailleur salarié. Le Ministre a rejeté cette demande en estimant que l'activité visée ne servait pas les intérêts économiques du pays.

En l'espèce le réclamant en provenance d'un Etat tiers avait obtenu une première autorisation de séjour en tant que membre de famille d'un ressortissant d'un Etat tiers. L'épouse du réclamant était quant à elle détentrice d'une autorisation de séjour en tant que travailleur salarié.

Souhaitant travailler, le réclamant avait sollicité une autorisation de séjour en qualité de travailleur salarié, autorisation qui lui fut été refusée sur base de l'article 42 de la loi modifiée du 29 août 2008 sur la libre circulation des personnes et l'Immigration alors que l'activité visée ne servirait pas les intérêts économiques du pays.

L'article 74, paragraphe 2, de la loi modifiée du 29 août 2008 sur la libre circulation des personnes et l'Immigration prévoit que le titre de séjour délivré à la personne autorisée à séjourner au titre du regroupement familial confère à son titulaire le droit d'exercer une activité salariée sous les conditions de l'article 42.

L'article 42 de la même loi dispose qu'un ressortissant d'un Etat tiers peut avoir accès au marché du travail luxembourgeois à condition que :

- «1. il n'est pas porté préjudice à la priorité d'embauche dont bénéficient certains travailleurs en vertu de dispositions communautaires ou nationales;
2. l'exercice de l'activité visée sert les intérêts économiques du pays;
3. il dispose des qualifications professionnelles requises pour l'exercice de l'activité visée;
4. il est en possession d'un contrat de travail conclu pour un poste déclaré vacant auprès de l'Administration de l'Emploi dans les formes et conditions prévues par la législation afférente en vigueur».

Le refus opposé par le Ministre était légalement justifié mais il soulevait certaines questions d'ordre plus général que le Médiateur souhaitait soumettre à l'appréciation du Ministre.

Ainsi le Médiateur souhaitait connaître les critères ou les conditions qui amènent le Ministre à estimer que l'activité visée sert ou non les intérêts économiques du pays.

A cette question le Ministre a répondu en expliquant que l'article 42 paragraphe (1) de la loi modifiée du 29 août 2008 sur la libre circulation des personnes et l'immigration détermine les conditions à remplir pour l'octroi d'une autorisation de séjour en vue d'une activité salariée. Conformément au point 2, la demande est examinée par rapport à l'intérêt économique du pays que peut représenter le recrutement.

Le Ministre indique que l'intérêt économique se vérifie par des considérations relatives au marché de l'emploi. Il s'examine notamment

sous l'angle des possibilités d'intégration durable du travailleur sur le marché du travail et dans l'environnement social en fonction des besoins économiques du pays. Il faut tenir compte des besoins spécifiques du marché du travail et mettre en balance les intérêts de l'économie et le risque qu'en cas de rupture de contrat la personne concernée tombe à la charge de la communauté.

A ces fins la commission consultative prévue à l'article 150 de la loi du 29 août 2008 précitée analyse les conditions d'engagement offertes aux travailleurs étrangers par rapport au marché de l'emploi. L'avis de l'ADEM portant notamment sur la nécessité objective des critères exigés par l'employeur en relation avec l'exécution du travail sur le poste déclaré vacant constitue un apport important à cette vérification.

Le Médiateur a par ailleurs interpellé le Ministre sur la justification de l'administration de n'autoriser les membres de la famille d'un ressortissant d'un Etat tiers à s'inscrire à l'ADEM qu'après la première année de son séjour au pays.

Le Ministre explique que selon l'article 14 de la directive 2003/86/CE du conseil du 22 septembre 2003 relative au droit au regroupement familial :

(1) Les membres de la famille du regroupant ont droit au même titre que celui-ci à :

- a) l'accès à l'éducation ;
- b) l'accès à un emploi salarié ou à une activité indépendante ;
- c) l'accès à l'orientation, à la formation, au perfectionnement et au recyclage professionnels.

(2) Les Etats membres peuvent fixer, conformément à leur droit national, les conditions dans lesquelles des membres de la famille exercent une activité salariée ou indépendante. Ces conditions prévoient un délai qui ne peut en aucun cas dépasser douze mois, au cours desquels les Etats membres peuvent examiner la situation sur leur marché du travail avant d'autoriser les membres de la famille à exercer une activité salariée ou indépendante. »

Selon l'article 74 paragraphe (2) de la loi modifiée du 29 août 2008 précitée « le titre de séjour délivré à la personne autorisée à séjourner au titre du regroupement familial confère à son titulaire dès la délivrance de ce titre l'accès à l'éducation et à l'orientation, à la formation, au perfectionnement et au recyclage professionnels, ainsi que le droit d'exercer une activi-

té salariée ou indépendante sous les conditions des articles 42 et 51 respectivement » c'est-à-dire sous les mêmes conditions que celles imposées au regroupant.

Le Ministre est d'avis qu'aux termes de la loi, l'accès au marché de l'emploi est donc subordonné à une autorisation de travail avec examen de la situation du marché du travail et que d'après le paragraphe (2) de l'article 14 de la directive 2003/86/CE, le délai au cours desquels les Etats membres peuvent examiner la situation sur leur marché du travail avant d'autoriser les membres de la famille à exercer une activité salariée ne peut en aucun cas dépasser douze mois.

Le Ministre en conclut que les règles suivantes sont d'application :

- 1) le membre de famille qui dans la première année de son séjour en tant que membre de famille demande une autorisation de travail tout en gardant son statut de membre de famille doit passer le test du marché,
- 2) le membre de famille qui après une année de séjour en tant que membre de famille demande une autorisation de travail en gardant le statut de membre de famille n'est plus soumis au test du marché.

Dès lors les membres de famille devraient, selon le Ministre, pouvoir s'inscrire à l'ADEM après la première année de séjour en tant que membre de famille.

Le Médiateur s'interroge sur la légalité de cette conclusion alors que dans le commentaire des articles concernant la loi du 29 août 2008 il est expressément indiqué qu'« *il n'a pas été fait usage de la possibilité accordée par la directive d'instaurer un délai d'attente pour l'entrée sur le marché du travail ou de la possibilité de limiter cet accès à certains des membres de la famille.* »

Le Médiateur est dans l'attente d'une clarification de cette question par le Ministre en charge de l'Immigration.

C. Le Médiateur a par ailleurs été saisi de quelques réclamations visant des lenteurs du Service des étrangers dans le renouvellement d'autorisations de séjour.

Dans un des cas le réclamant était en possession d'une autorisation de séjour en tant que travailleur salarié valable jusque fin 2009. Le réclamant bénéficiant d'un contrat de travail

à durée indéterminée a soumis en octobre 2009 une demande de renouvellement de son autorisation de séjour en y joignant toutes les pièces requises.

Apparemment une pièce aurait été égarée de sorte que l'agent traitant a demandé la remise d'une nouvelle copie de cette pièce.

Deux mois se sont à nouveau écoulés sans qu'une suite n'ait été réservée à la demande. Or l'employeur menaçait de mettre fin à sa relation de travail si le réclamant devait tarder à prouver le renouvellement de son autorisation de séjour.

Finalement suite à l'intervention du Médiateur le réclamant a pu obtenir le renouvellement de sa carte de séjour.

Bureau des passeports, visas et légalisations

Le Médiateur a été saisi de quelques réclamations à l'encontre du Bureau des passeports, visas et légalisations.

Dans deux dossiers, les réclamants agissaient au nom et pour compte de personnes qui s'étaient vu refuser la délivrance d'un visa au motif que l'objet et les conditions du séjour n'auraient pas été justifiées. Malgré le fait que ces réclamants se soient adressés au Bureau en question aucune explication plus détaillée ne leur avait été fournie. Suite à l'intervention du Médiateur, les réclamants ont eu enfin de plus amples informations quant aux motifs qui étaient à la base du refus leur opposé afin le cas échéant de pouvoir y remédier.

Une autre réclamation concernait le refus du Bureau des passeports, visas et légalisations d'accorder un visa touristique à un ascendant ressortissant d'un pays tiers d'un citoyen de l'Union européenne résidant au Grand-Duché. Le Ministre a jugé la prise en charge souscrite par le fils au profit de sa mère insuffisante, alors que lui et son épouse ne disposaient que d'une indemnité d'insertion d'un montant d'environ 1.500 euros/mois.

Dans ce contexte, le Médiateur a rendu le Ministre attentif à la communication de la Commission au Parlement européen et au Conseil du 2 juillet 2009 concernant les lignes directrices destinées à améliorer la transposition et l'application de la directive 2004/38/CE relative au droit des citoyens de l'Union et des membres de leurs familles de circuler et de séjourner librement sur le territoire des Etats

membres (COM(2009) 313 final) qui prévoit dans son point 2.2.1. « Visas d'entrée » qu'« ainsi que le prévoit l'article 5, paragraphe 2, les États membres peuvent imposer l'obligation de visa d'entrée aux membres de la famille qui sont ressortissants de pays tiers et qui circulent avec un citoyen de l'Union auquel s'applique la directive ou le rejoignent. Ces membres de la famille ont non seulement le droit d'entrer sur le territoire de l'État membre, mais aussi le droit d'obtenir un visa d'entrée, ce qui les différencie des autres ressortissants de pays tiers, qui n'ont pas ce droit.

Un visa de court séjour doit en effet leur être délivré sans frais dans les meilleurs délais et dans le cadre d'une procédure accélérée. Par analogie avec l'article 23 du code des visas¹⁹, la Commission considère qu'un délai de délivrance excédant quatre semaines n'est pas raisonnable. Les autorités des États membres devraient conseiller les membres de la famille quant au type de visa à demander, et ne sauraient leur faire obligation d'introduire une demande de visa de long séjour ou de regroupement familial. Les États membres doivent accorder à ces personnes toutes facilités pour obtenir les visas nécessaires. Si les États membres peuvent recourir à des numéros d'appel surtaxés ou aux services d'une entreprise extérieure pour fixer les rendez-vous, ils doivent donner aux membres de la famille qui sont ressortissants de pays tiers un accès direct au consulat.

Quant au droit d'obtenir un visa d'entrée découlant de l'existence d'un lien de parenté avec le citoyen de l'Union, les États membres ne peuvent exiger que la présentation d'un passeport en cours de validité et d'une preuve de l'existence d'un tel lien (et, le cas échéant, d'une preuve de dépendance, de l'existence de raisons de santé graves ou de l'existence d'une relation durable). Aucun document supplémentaire, du type attestation d'accueil, preuve de ressources suffisantes, lettre d'invitation ou billet aller-retour, ne peut être exigé. »

Etant donné que la demanderesse est membre de famille d'un citoyen de l'Union et qu'elle remplit toutes les conditions prévues à l'alinéa qui précède, le Médiateur a demandé au Ministre de réexaminer le refus opposé au regard du point 2.2.1 précité de la Communication de la Commission au Parlement européen et au Conseil.

Suite à l'intervention du Médiateur, le Bureau des passeports, visas et légalisations a informé le Médiateur qu'il aviserait favorablement la prise en charge souscrite.

Le Médiateur a été saisi d'une réclamation par une dame de nationalité russe qui avait été mariée par le passé à un homme de même nationalité.

D'après la législation russe, les femmes mariées peuvent acquérir le nom de leur conjoint et perdre définitivement leur nom de jeune fille.

Après son divorce, la réclamante avait choisi de garder le nom de son ex-conjoint. Aucune mention n'avait cependant été ajoutée à l'acte de naissance.

Depuis son arrivée au Luxembourg et son mariage avec un homme de nationalité luxembourgeoise, tous les documents officiels ont été émis au nom de son ex-époux, ou au nom de celui-ci suivi du nom de son nouvel époux précédé de la mention « épouse ».

La réclamante, après avoir acquis la nationalité luxembourgeoise, a introduit une demande en obtention d'un passeport luxembourgeois. Elle a également introduit une demande en obtention d'un passeport en faveur de ses enfants.

Le Bureau des passeports, visas et légalisations se référant à l'article 1^{er} de la loi du 6 fructidor an II qui dispose qu'aucun citoyen ne pourra porter de nom ni de prénom autres que ceux exprimés dans son acte de naissance, a informé la réclamante que son passeport devrait être émis à son nom de jeune fille.

Or dans le cas d'espèce tous les documents officiels et notamment la carte d'identité luxembourgeoise de la réclamante avaient été émis au nom de son ex-époux suivi du nom de son époux actuel lui-même précédé de la mention « épouse » et ne mentionne pas son nom de jeune fille, bien que la même loi du 6 fructidor an II aurait dû être appliquée.

L'objectif de la loi est de garantir que les différents documents administratifs émis concernant une même personne indiquent le même nom.

Ainsi le Médiateur a estimé que dans le cas d'espèce, l'application stricte de la loi du 6 fructidor an II heurterait le principe d'équité en ce qu'il imposerait à la réclamante une charge excessive parce que disproportionnée par rapport au but visé par la loi.

Afin d'éviter que la réclamante soit obligée de modifier tous ses documents officiels, le Médiateur a demandé au Bureau des passeports, visas et légalisations de bien vouloir

émettre un passeport renseignant le nom véritable de la réclamante, à savoir le nom de son ex-époux sinon de proposer toute autre solution satisfaisante.

Tout en insistant sur une application rigoureuse de l'article 1^{er} de la loi du 6 fructidor an II qui dispose qu'aucun citoyen ne pourra porter de nom ni de prénom autres que ceux exprimés dans son acte de naissance, le Bureau des passeports, visas et légalisations a cependant fait savoir au Médiateur qu'il était disposé à émettre un passeport au nom de jeune fille de la réclamante auquel serait ajoutée une page d'observations avec toutes les explications nécessaires afin d'éviter que la personne concernée ne rencontre un quelconque problème d'identification.

Le Médiateur estime que la solution proposée par le Bureau des passeports, visas et légalisations est raisonnable en attendant une prochaine modification de la loi.

1.2.2. Logement et Classes moyennes

Logement

Le Médiateur a été saisi d'un certain nombre de réclamations à l'encontre du Ministère du Logement.

Les réclamants ont déploré n'avoir reçu de réponse à leurs courriers que suite à d'itératifs rappels.

Par ailleurs les explications données manquent souvent de clarté et de précision de sorte que les réclamants comme aussi le Médiateur ont parfois du mal à apprécier le bien-fondé des réponses données.

Aides au logement

Une personne s'est adressée au Médiateur pour lui signaler que ses aides au logement lui auraient été refusées pendant une certaine période alors qu'elle n'aurait pas donné suite à une demande d'information de la part du Service des aides au logement. La réclamante qui avait déménagé n'aurait pas remis en temps utile un certificat de changement de résidence. La réclamante a prétendu ne pas avoir connaissance d'une telle demande.

Lorsque le Médiateur s'est adressé au Ministre, il a été informé que lors de la première révision du dossier, le Service des aides au logement aurait sollicité un certificat de changement de résidence auprès de la réclamante.

Or l'instruction du dossier a révélé qu'à cette époque la personne concernée n'avait pas encore déménagé de sorte qu'elle était dans l'impossibilité de remettre le certificat sollicité.

Le Médiateur est toujours dans l'attente d'une prise de position concluante de la part du Ministre du Logement.

Le Médiateur a également été saisi d'une autre affaire dans laquelle le réclamant s'est vu demander le remboursement de la bonification d'intérêt dont le versement avait été arrêté au motif qu'il n'existerait pas de plan d'amortissement pour le type de crédit consenti au réclamant.

En l'espèce, l'amortissement consiste dans le paiement des primes d'assurances-vie et décès destinées, par cession, à couvrir à l'échéance le montant principal du prêt. Les intérêts sont dus par semestre ou annuellement sur le montant principal du crédit et fixés à l'échéance pour une période consécutive.

Le Médiateur a fait valoir que le réclamant avait fait une demande en bonne et due forme pour solliciter l'aide au logement. D'ailleurs il remplit les conditions de fond prévues à l'article 1^{er} du règlement grand-ducal modifié du 17 juin 1991 selon lequel le demandeur doit avoir un domicile légal au Luxembourg, et y résider effectivement ; il doit avoir au moins un enfant à charge et il doit avoir contracté un prêt auprès d'un organisme financier en vue de la construction, de l'acquisition ou de l'amélioration d'un logement sis sur le territoire du Grand-Duché de Luxembourg et occupé d'une façon effective et permanente par le requérant.

Le Service des aides au logement a d'ailleurs fait droit à la demande en versant la bonification pendant trois ans.

En vertu de l'article 14bis de la loi modifiée du 25 février 1979 selon lequel « L'Etat est autorisé à encourager l'accession à la propriété respectivement l'amélioration des logements des familles ayant des enfants à charge par l'octroi d'une bonification d'intérêt généralisée. Cette bonification d'intérêt n'est liée à aucune condition de revenu ou de surface. Un règlement grand-ducal fixera les conditions et modalités d'octroi et de calcul de cette aide qui pourra

être réduite ou supprimée au cas où le taux d'intérêt applicable au prêt est inférieur à un taux de référence fixé par ce même règlement». D'après l'article 2 du règlement précité la bonification d'intérêt est calculée sur la base des intérêts à échoir en fonction du plan d'amortissement établi par l'établissement prêteur.

Le Ministre a estimé qu'à défaut d'un plan d'amortissement tel que prévu à l'article 2, les aides versées devraient être remboursées.

Le Médiateur pour sa part a fait valoir que l'article 2 auquel se réfère le Ministre a trait aux modalités de calcul de la bonification d'intérêt. L'article 1^{er}, par contre, détermine les conditions et modalités d'octroi de l'aide. Or toutes ces conditions étaient remplies dans le cas d'espèce.

Le Médiateur a également soutenu que la preuve qu'il est possible de calculer la bonification d'intérêt à partir d'un plan d'amortissement tel que présenté par le réclamant a été largement rapportée dès lors que l'aide a été calculée et payée au cours des 3 premières années consécutives à l'introduction de la demande.

Le Ministre a toutefois maintenu sa position et continue à demander la restitution des aides déjà versées en invoquant l'article 10 du règlement précité selon lequel *« en cas de déclaration inexacte ou incomplète, faite de mauvaise foi, en vue de bénéficier des avantages du présent règlement, la bonification d'intérêt sera refusée, et, si elle est déjà liquidée, le remboursement en sera exigé avec les intérêts au taux légal. »*

Le Médiateur, pour sa part, continue d'insister auprès du Ministre pour qu'il soit renoncé à cette demande de remboursement dès lors que le réclamant a agi de bonne foi, qu'il a fait des déclarations exactes et qu'il a en plus complété son dossier chaque année avec des données actualisées sur sa situation financière et l'état du prêt au logement.

A ce jour le Médiateur n'a pas encore reçu de réponse définitive de la part du Ministre.

Fonds du Logement

Le Médiateur n'a été saisi que de quelques réclamations portant sur l'attribution d'un logement social locatif.

Dans son dernier rapport d'activité, le Médiateur avait souligné qu'il est important que la Commission qui décide de l'attribution de logements locatifs vacants détermine les critères prépondérants pour l'attribution d'un logement et se prononce, si possible, également sur l'agencement de ces différents critères. A défaut de tels critères il sera difficile, sinon impossible à la Commission d'expliquer aux citoyens concernés les raisons objectives d'attribution respectivement de refus d'attribution d'un logement vacant.

Lors d'une entrevue qu'il a eue avec le Ministre du Logement et le Président du Fonds du Logement, le Médiateur a demandé à être informé des modalités de sélection telles qu'actuellement appliquées par la Commission. A ce jour le Ministre n'a pas encore répondu à cette demande.

Classes moyennes

Le Médiateur a été saisi par un certain nombre de réclamants qui se plaignaient des lenteurs dans le traitement de leur dossier.

Dans un de ces cas, le réclamant avait introduit une demande en obtention d'une d'autorisation d'établissement en qualité d'ingénieur-conseil indépendant. En octobre 2009, le Ministre a soumis le dossier pour avis à l'Ordre des Architectes et Ingénieurs-Conseil (OAI) afin de s'assurer que le diplôme pouvait être considéré comme diplôme en ingénierie civile.

Depuis la prise de position de l'OAI vers la fin du mois de décembre 2009 un mois et demi s'était écoulé au moment où le réclamant s'est adressé au Médiateur.

Or plus le temps passait, plus le réclamant perdait des clients potentiels qui ne pouvaient attendre indéfiniment qu'il s'établisse.

Le Ministre a informé le Médiateur que le retard dans le traitement de ce dossier s'expliquait par les contraintes procédurales.

Ainsi il ne pourrait prendre de décision avant de connaître l'appréciation de la commission consultative à laquelle l'avis de l'OAI devait être soumis.

Prenant acte de ces explications le Médiateur insiste auprès du Ministre pour que ses décisions ne soient pas inutilement retardées par une mauvaise organisation de ses services.

Le Médiateur s'est également adressé au Ministère des Classes Moyennes dans une affaire où il avait été saisi par un jeune entrepreneur qui pour le compte de son entreprise avait acheté un local de commerce en l'état futur d'achèvement.

En sa qualité de jeune entrepreneur, il s'était adressé à la Société nationale de crédit et d'investissement (SNCI) afin d'obtenir un crédit à taux avantageux.

Celle-ci l'a informé qu'elle ne saurait accorder d'aides et qu'elle ne saurait accepter de factures émises par le vendeur étant donné que ce dernier ne disposait pas d'une autorisation de faire le commerce et que seuls pourraient être mis en compte des travaux pour lesquels les personnes physiques ou morales disposent de l'autorisation de faire le commerce.

La société dont le vendeur était gérant, disposait en fait de toutes les autorisations nécessaires. Cependant la vente avait en l'espèce été conclue par le vendeur en son nom personnel.

Après avoir entrepris en vain diverses démarches, tant auprès du vendeur que de la SNCI, de la Mutualité des Aides aux Artisans, du notaire et de la Chambre des métiers, le réclamant s'est adressé au Ministère des Classes Moyennes.

Il fut informé que le vendeur avait introduit une demande de régularisation de sa situation.

Eu égard aux factures qui s'entassaient et les intérêts de retard qui s'accumulaient, le Médiateur a demandé au Ministre de veiller à ce que ce dossier soit traité avec toute la diligence requise.

1.2.3. Administration judiciaire

Le nombre de saisines concernant les réclamations à l'encontre de l'administration judiciaire a connu une légère baisse.

Le Médiateur tient à souligner, comme dans les rapports précédents, la diligence avec laquelle les services du Parquet auprès du Tribunal d'Arrondissement de et à Luxembourg réagissent à ses demandes d'information.

Une fois de plus, le Médiateur se doit de mettre en avant la qualité du travail du Ser-

vice d'Accueil et d'Information juridique fonctionnant auprès du Parquet Général. Il s'agit là d'une aide précieuse, efficace et gratuite offerte aux justiciables afin de les aider à mieux faire valoir leurs droits dans le respect des procédures juridictionnelles souvent complexes. La collaboration avec le Service d'Accueil et d'Information juridique est utile dans la mesure où le Secrétariat du Médiateur dirige de nombreux réclamants vers ce service en raison de la nature de leurs doléances, échappant aux compétences du Médiateur. Le Médiateur pour sa part reçoit régulièrement des réclamants qui ont été dirigés vers lui par le Service d'Accueil.

Le Médiateur se féliciterait si d'autres grandes administrations suivaient l'exemple donné par l'administration judiciaire en mettant à la disposition du citoyen un service similaire.

Grâce à des efforts constants et réciproques en matière de communication, les rapports avec la magistrature ont évolué au point que le Médiateur ne rencontre plus guère d'obstacles dans l'instruction des réclamations dont il est saisi.

Le Médiateur déplore cependant que l'instruction de quelques grandes affaires pénales souffre toujours de lenteurs qui dépassent largement les limites du raisonnable.

Le Médiateur constate avec une certaine préoccupation une augmentation considérable des réclamations concernant le Tribunal de la Jeunesse et des Tutelles. Comme il s'agit exclusivement de cas très spécifiques et complexes sur le plan psycho-social, faisant pratiquement toujours intervenir des experts ou institutions externes, la marge d'appréciation du magistrat est importante.

Dans de nombreux cas, le Médiateur a déploré que nonobstant la complexité du fond et l'importance de l'enjeu, une décision n'ait pas été prise dans des délais plus courts.

1.2.4. Administration pénitentiaire

Le nombre des réclamations qui ont été portées à la connaissance du Médiateur est sensiblement identique à celui des exercices précédents. Ces réclamations étaient essentiellement liées à des problèmes de santé, d'accès aux services médicaux, à des limitations du droit de visite ou de communication, à

l'accessibilité aux agents du SPSE et du SCAS ainsi qu'à la procédure d'extraction pour raisons médicales ou pour répondre à des convocations de la Justice.

Deux dossiers ont retenu l'attention particulière du Médiateur.

Dans un premier cas, il s'agissait d'une réclamation visant la procédure d'extraction pour répondre à une convocation judiciaire et dans le deuxième cas, le réclamant se plaignait de coups et blessures qui lui avaient été infligés par des gardiens.

Dans le premier cas, après avoir procédé à une enquête approfondie, le Médiateur a conclu que la procédure d'extraction a en effet été viciée alors que la fouille corporelle qui eut lieu après le retour du détenu au Centre pénitentiaire, quoique légale car prévue comme telle par le règlement grand-ducal applicable en la matière, n'a pas été exécutée dans le plein respect des normes internationales relatives aux droits de l'homme. L'enquête a notamment dégagé que le détenu en question a été obligé de traverser sur une distance d'environ deux mètres un couloir pour récupérer ses vêtements qui avaient été déposés dans la cellule voisine à celle où la fouille avait eu lieu. Lors de ce déplacement imposé par les gardiens et non strictement nécessaire, les vêtements ayant pu être restitués au détenu dans la cellule dans laquelle la fouille corporelle avait été pratiquée, un certain nombre de gardiens, difficilement chiffrable avec précision ex post, étaient présents dans le couloir. En plus, les bureaux du greffe qui sont dotés d'un guichet en verre donnent directement sur ce couloir. Selon les plans de service, deux agents de sexe féminin étaient de service au greffe au moment de la fouille corporelle. Il n'a pas été possible de déterminer avec certitude si les agents en question se trouvaient physiquement dans les locaux du greffe au moment où le détenu était obligé de se déplacer à nu pour aller récupérer ses vêtements, mais cette hypothèse n'est pas non plus à exclure. Le Médiateur estime que le nombre de gardiens présents était excessif eu égard à la dangerosité du détenu et que le fait d'obliger ce détenu à se déplacer nu et de l'exposer ainsi au regard de tous les présents, ne fût-ce qu'un court moment, est inacceptable.

Un autre dossier préoccupant concernait la réclamation d'un détenu qui se plaignait d'avoir reçu des coups et blessures par des gardiens. Après avoir entendu tant le détenu en question, qu'un infirmier qui se trouvait sur place juste avant les faits, les gardiens inculpés

et le médecin qui a examiné le détenu après les faits, le Médiateur conclut que le détenu en question avait déjà préparé à l'avance une attaque physique sur quelques gardiens en sciant à cet effet deux béquilles qui lui servaient comme arme blanche. Dès la première attaque du détenu les gardiens ont appelé des renforts. Finalement le détenu a pu être calmé et désarmé. Une telle intervention nécessite inévitablement le recours à un certain niveau de force physique qui peut engendrer des blessures légères comme celles dont a souffert le détenu en question. En dernière analyse, aucun reproche ne peut dans ce cas être fait aux gardiens qui ont agi par légitime défense et dont la résistance qu'ils ont opposée au détenu était proportionnée au danger potentiel auquel ils étaient exposés.

Depuis l'entrée en vigueur de la loi du 11 avril 2010 (1) portant approbation du Protocole facultatif se rapportant à la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, adopté par l'Assemblée Générale de l'Organisation des Nations Unies à New York, le 18 décembre 2002 et (2) portant désignation du médiateur en tant que mécanisme national de prévention et fixant ses attributions, le Médiateur a également investi un travail considérable à la mise en place du nouveau service de contrôle externe.

Le Médiateur se félicite que le Ministère de la Justice est en cours de moderniser et d'adapter la législation en matière pénitentiaire et ce en étroite consultation avec les différents acteurs concernés. Le Médiateur apprécie particulièrement d'avoir été invité par le Ministre à participer activement à ces travaux.

1.2.5. Fiscalité

A. Administration de l'Enregistrement et des Domaines

La collaboration de l'Administration de l'Enregistrement et des Domaines avec le Médiateur est irréprochable. Dans ce rapport, seuls les problèmes itérativement soulevés par les réclamants sont traités.

1. Le délai d'occupation de l'habitation prévu dans la loi modifiée du 30 juillet 2002 déterminant différentes mesures fiscales destinées à encourager la mise sur le marché et l'acquisition de terrains à bâtir et d'immeubles d'habitation

Comme les années précédentes, les réclamations les plus nombreuses ont trait à l'abattement sur les droits d'enregistrement et de transcription prévu par la loi du 30 juillet 2002 déterminant différentes mesures fiscales destinées à encourager la mise sur le marché et l'acquisition de terrains à bâtir et d'immeubles d'habitation.

L'article 11 de la loi susvisée prévoit que le Directeur de l'Enregistrement et des Domaines peut accorder une dispense du délai d'occupation qui, initialement fixé à cinq ans, a été réduit à deux ans par la loi du 22 octobre 2008 portant promotion de l'habitat et création d'un pacte logement avec les communes.

Dans la plupart des cas soumis au Médiateur, les conditions légales d'une dispense n'étaient pas remplies. Ainsi, la naissance d'un enfant, un mariage, la mise à disposition de l'habitation à un membre de la famille ou à l'ex-conjoint ne sont pas des motifs justifiant l'abandon du logement avant l'écoulement du délai prescrit. Dans certains cas cependant, les réclamants avaient mal présenté leur demande de dispense auprès de l'administration. Une instruction plus approfondie a dès lors permis de compléter le dossier et de mettre à jour de nouveaux faits pertinents susceptibles de justifier une dispense du délai d'occupation. La loi requiert que les intéressés aient été victimes d'une contrainte les obligeant à quitter leur habitation avant l'accomplissement du délai légal. Cette situation ne doit cependant pas avoir été librement décidée ou provoquée par le réclamant lui-même.

Souvent des raisons psychologiques sont mises en avant. En général, celles-ci ne semblent vraiment satisfaire les critères légaux qu'en cas de maladie traitée par un médecin spécialiste. Ne remplissent pas ce critère des personnes affectées psychologiquement par un divorce qui se décident à revendre le logement leur alloué lors du partage de la communauté légale. Le désir d'éluder des souvenirs douloureux semble effectivement se rapprocher davantage d'un motif de convenance personnelle que d'une véritable contrainte.

2. La taxe sur la valeur ajoutée – Principes de bonne administration

Une autre catégorie de réclamations concerne la taxe sur la valeur ajoutée. Elles sont surtout introduites par des personnes en diffi-

cultés financières qui se sont vu notifier des taxations d'office. Dans certains cas, l'administration accepte de procéder à un recalcul de la taxe sur la base de déclarations, même introduites tardivement, et d'accorder un échelonnement de la dette fiscale.

Le respect des principes de bonne administration, notamment l'obligation de courtoisie, a donné lieu à une réclamation de la part d'une personne déclarant avoir déposé dans un guichet de l'administration une demande de remboursement de TVA Logement. N'ayant pas reçu d'accusé de réception, elle s'enquit au sujet de son dossier auprès du bureau où il lui fut répondu qu'aucune demande n'aurait été déposée. Bien qu'il lui fût permis d'introduire une nouvelle demande en versant des photocopies des factures, elle s'adressa au Médiateur en reprochant à l'administration certains écarts de langage. Il résulta de l'enquête diligentée suite aux démarches du Médiateur que la réclamante avait mal interprété les propos de l'agent public concerné. Une fois placées dans leur véritable contexte, les propos litigieux prenaient une autre connotation. Une intention de blesser la réclamante ne pouvait plus être retenue. La communication entre l'administration et les usagers donne fréquemment lieu à des malentendus sans que la bonne foi de l'une ou l'autre partie puisse être mise en cause. Ce cas a bien mis en lumière les difficultés auxquelles le Médiateur est souvent confronté dans le traitement de ces dossiers.

3. Restitution des droits d'enregistrement en cas d'achat d'immeuble en vue de la revente

Un problème d'interprétation s'était posé dans le cadre d'une réclamation introduite au sujet de la restitution des droits d'enregistrement. Aux termes de l'article XII de la loi du 18 décembre 1976, « *lorsque l'acheteur déclarera dans l'acte de vente qu'il achète l'immeuble en vue de le revendre, le droit d'enregistrement sera porté de cinq à six pour cent, mais dans ce cas il sera restitué à l'acheteur cinq pour cent si l'acte de vente est enregistré dans un délai de deux ans et 4 % s'il est enregistré dans un délai supérieur à deux ans mais inférieur à quatre ans de la première vente* ». L'objet du litige a été d'identifier l'acte de vente par lequel l'intéressé avait acheté l'immeuble en vue de la revente.

En l'espèce, la clause de revente avait été bien insérée dans un acte de vente authen-

tique conclu sous différentes conditions suspensives notamment l'obtention de toutes les autorisations étatiques et communales. Un second acte notarié constata la réalisation de toutes les conditions suspensives et fixa la date du transfert de propriété rétroactivement à la date du premier acte authentique. C'est bien pour cette raison que, selon le Médiateur, cet acte devrait être considéré comme acte de vente au sens de la loi susvisée. Le Directeur de l'Administration de l'Enregistrement et des Domaines considéra cependant que le compromis de vente sous seing privé qui ne contenait pas de clause de revente était à qualifier d'acte de vente et refusa pour cette raison la restitution des droits d'enregistrement. Dans ce compromis, les parties s'étaient engagées à conclure un acte notarié de vente après la réalisation de certaines conditions. Ce compromis avait également prévu une seconde série de conditions suspensives à intégrer dans l'acte notarié de vente. Dans ce dossier, le Directeur de l'Administration de l'Enregistrement et des Domaines a cependant maintenu sa position en invoquant l'article 1589 du Code civil aux termes duquel la vente, fût-elle consentie sous condition suspensive, est parfaite dès le consentement réciproque des parties sur la chose et le prix. Certes, le compromis de vente engageait définitivement les parties. Au regard du principe que la promesse de vente vaut vente, la position de l'administration est défendable. En l'espèce cependant, l'intention des parties était d'opérer le transfert de propriété à la date du premier acte notarié qui de l'avis du Médiateur pourrait dès lors être qualifié d'« acte de vente » au sens de la loi susvisée.

4. Evaluation des immeubles

Une autre catégorie de réclamations qui sont régulièrement introduites auprès du Médiateur a trait à l'évaluation de la valeur vénale des immeubles en vue de la fixation des droits de succession. Il arrive souvent que des héritiers vendent l'immeuble et que le prix atteint lors de cette vente est très inférieur à la valeur inscrite dans la déclaration de succession. Aux termes de l'article 13 de la loi du 27 décembre 1817, une rectification de cette valeur sur la base de laquelle les droits de succession sont établis n'est plus possible après l'écoulement d'un délai de six semaines à partir de la déclaration. Cette matière a déjà fait l'objet de critiques dans le précédent rapport du Médiateur, alors qu'un délai de six semaines ne saurait être considéré comme raisonnable. Ici encore, une réforme législative me semble s'imposer.

B. Administration des Contributions directes

La collaboration de l'Administration des Contributions directes avec le Médiateur est excellente. Le présent rapport se limite à évoquer les réclamations récurrentes qui peuvent être rangées en sept rubriques.

1. Problèmes fiscaux transfrontaliers

Les problèmes fiscaux liés à des situations transfrontalières font régulièrement l'objet de réclamations. Ces dossiers sont étonnamment complexes de sorte qu'il n'est souvent pas facile à faire comprendre aux réclamants les décisions des bureaux d'imposition.

Certaines réclamations ont révélé des traitements fiscaux discriminatoires. Dans un cas, un couple luxembourgeois s'était installé dans une localité allemande près de la frontière. Les époux disposant de revenus locatifs suffisants avaient arrêté de travailler quelques années avant l'âge de la retraite. Ce changement de situation a conduit le bureau d'imposition à les ranger dans la classe d'impôt 1 sans imposition collective et à imposer leurs revenus locatifs au taux de 15 % et sans tenir compte de leurs dépenses spéciales. L'imposition était correcte au regard des articles 157 et suivants L.I.R. car les contribuables ne réalisaient pas de revenus professionnels au Luxembourg. Les réclamants ressentaient pourtant leur traitement comme discriminatoire, car l'imposition forfaitaire tenait insuffisamment compte de leur capacité contributive. La Cour de Justice de l'Union Européenne a admis une telle discrimination dans plusieurs arrêts (p.ex. arrêt du 12 juin 2003, affaire C-234/01, Gerritse ; arrêt du 14 février 1995, affaire C-279/93, Schumacker). Cette dernière affaire concernait le cas où le non-résident ne percevait pas de revenus significatifs dans l'Etat de sa résidence et que l'essentiel de ses ressources imposables provenait d'un autre Etat imposant ses revenus, de sorte que l'Etat de résidence n'était pas en mesure de lui accorder les avantages résultant de sa capacité contributive et de sa situation familiale et personnelle.

Une loi récente du 26 juillet 2010 est venue remédier dans une certaine mesure à cet état de choses.

Un autre dossier transfrontalier toujours pendant a trait à une demande de modération d'impôt au moyen d'un dégrèvement fiscal. Dans le cadre de cette demande, la question s'est posée de savoir si le réclamant marié a droit à la classe d'impôt 1a ou 2. Ce contribuable non résident a commencé à travailler au Luxembourg le 1 septembre 2008 et n'a pas pu toucher de la part de la Caisse nationale des Prestations familiales les boni pour enfants relatifs aux quatre derniers mois de cette année.

En pareil cas, l'article 145 (2) L.I.R. permet aux contribuables de demander l'imputation des modérations d'impôt pour enfants visées à l'article 122 L.I.R. dans un décompte annuel. Conformément à l'article 3 (2) du règlement grand-ducal modifié du 9 mars 1992 portant exécution de l'article 145 L.I.R., cette régularisation doit se faire selon les dispositions de l'article 11bis dudit règlement qui prévoit un calcul du taux imposable selon une base imposable fictive. L'article 3 du règlement grand-ducal modifié du 28 décembre 1990 portant exécution de l'article 140 L.I.R. se réfère en ce qui concerne les classes d'impôt aux alinéas 1 à 4 de l'article 157bis L.I.R. Ce dernier article précise dans son alinéa (8) que pour l'application de l'article 3 il est tenu compte des revenus professionnels se rapportant à la période de l'année d'imposition où le contribuable non résident a réalisé des revenus professionnels imputables au Grand-Duché. Or si cette période est prise en considération, le réclamant remplirait la condition pour être imposé dans la classe 2 dès lors que durant cette période il a été imposable au Luxembourg du chef de plus de 50 pour cent des revenus professionnels de son ménage.

Ce dossier illustre bien les complications auxquelles peut donner lieu un dossier fiscal transfrontalier.

2. Problèmes liés à la réduction des taux de retenue appliqués aux fiches de retenue d'impôt

Un grand nombre de contribuables ont contacté le Médiateur en invoquant un solde d'impôt significatif à payer à partir de l'année 2008. Cette dette d'impôt était due à la réduction du taux de retenue d'impôt appliqué aux fiches de retenue d'impôt additionnelles intervenue suite au règlement grand-ducal du 31 octobre 2007. Tous ces réclamants étaient imposables par voie d'assiette à un taux moyen d'imposition dépassant sensiblement

le taux de retenue d'impôt appliqué aux revenus couverts par la fiche d'impôt additionnelle. Ils ne s'attendaient pas à devoir payer un solde d'impôt aussi élevé. Ces réclamants ont manifesté devant le Médiateur leur incompréhension face à une réduction du taux de retenue qui pour eux s'était finalement traduite par un décompte beaucoup plus élevé que les années précédentes.

3. Remises gracieuses

De nombreuses réclamations ont été introduites par des personnes en difficultés financières et chargées d'une dette d'impôt assez élevée. Le Médiateur a soumis les cas qui lui semblaient justifiés au Directeur des Contributions directes en vue de l'octroi éventuel d'une remise gracieuse pour iniquité subjective. Parmi ces réclamants se sont trouvés nombre de femmes divorcées redevables des arriérés d'impôts de leur ex-conjoint sur le fondement de la solidarité fiscale résultant de l'imposition collective.

Le Médiateur se félicite du traitement judicieux et diligent de ces dossiers par la Direction des Contributions directes.

4. Problèmes en relation avec l'imposition collective en cas de divorce

Le Médiateur est fréquemment saisi de contribuables divorcés ou en cours de divorce imposés collectivement et qui ne sont pas en mesure de se mettre d'accord sur le partage de leur dette d'impôt commune. Ceux-ci revendiquent que l'Administration des Contributions directes procède au partage des impôts dus.

Les époux imposables collectivement sont assujettis à la solidarité fiscale, ce qui signifie que le fisc dispose d'un recours pour le tout contre chacun d'eux, la partie s'étant acquittée de l'impôt pouvant se retourner contre l'autre. L'administration, dans l'application des règles de la solidarité fiscale, est cependant tenue d'exercer ses droits en tenant compte de considérations d'équité. C'est pourquoi la procédure de recouvrement doit toujours être menée parallèlement à l'encontre des deux parties. Il n'incombe cependant pas à l'Administration des Contributions directes de procéder à un partage de la dette fiscale totale entre les deux époux et de limiter son recours à la part de chacun.

5. Les frais informatiques des enseignants

Le Médiateur a été saisi à plusieurs reprises du problème de la déductibilité fiscale des frais informatiques des enseignants. Les décisions jurisprudentielles intervenues dans cette matière sont nuancées. Dans certains cas, les juridictions se sont prononcées pour un droit à déduction des frais d'ordinateur. Il faut cependant s'abstenir de généraliser cette solution qui ne peut pas être interprétée comme accordant d'office à tout enseignant le droit de déduire ses frais informatiques. Il appartient à l'enseignant de donner au bureau d'imposition des explications concrètes et détaillées justifiant l'intérêt voire la nécessité d'une utilisation exclusive sinon quasi-exclusive d'un ordinateur dans le cadre de son activité professionnelle. La présentation des différents éléments du dossier doit être précise et cohérente de sorte que le bureau d'imposition puisse admettre une telle utilisation. En revanche, de simples affirmations non étayées par des faits précis ne suffiront pas. Le bureau d'imposition appréciera donc au cas par cas si un enseignant remplit les critères jurisprudentiels. Ces travaux de vérification risquent de devenir fastidieux pour l'administration. Ce régime est également à contre-courant des efforts entrepris par le Gouvernement en vue d'une simplification administrative. Il n'est pas exclu non plus que des divergences d'appréciation puissent apparaître entre les bureaux d'imposition, les uns admettant plus facilement que d'autres la preuve d'une utilisation exclusivement professionnelle de l'équipement informatique. Une réforme législative sur ce point serait la bienvenue.

6. Le délai de forclusion du paragraphe 53 AO

Un problème récurrent qui a déjà été signalé dans les rapports précédents concerne le délai de prescription annale prévu au paragraphe 153 AO pour les demandes en restitution d'impôts.

Les contribuables non soumis à l'imposition par voie d'assiette peuvent néanmoins sur le fondement de l'article 153 alinéa 4 L.I.R. introduire une déclaration d'impôt afin de faire valoir des pertes provenant d'une catégorie de revenus non soumis à la retenue à la source. Il s'agit généralement de pertes de location provenant d'intérêts hypothécaires déductibles de la valeur locative de leur maison d'habitation. Ces déclarations d'impôt sont assimilées à des demandes en restitution

d'impôt et soumises à la prescription annale du paragraphe 153 AO.

Beaucoup de contribuables non soumis à l'imposition par voie d'assiette sont mal informés de la déductibilité de ces pertes et introduisent tardivement leurs déclarations d'impôt. Le Médiateur ne cesse d'être saisi de réclamations contre le refus de l'administration de traiter ces déclarations. Nombre de réclamants prétendent avoir été mal renseignés par l'administration. D'aucuns mettent en avant l'accord du bureau d'imposition pour proroger le délai de dépôt de leur déclaration ou l'assurance que le bureau leur aurait donné de pouvoir déposer en même temps les déclarations de deux années consécutives.

Vu le nombre des réclamations portant sur ce problème, un allongement du délai de forclusion légal devrait être envisagé.

7. Remboursement des retenues d'impôt en cas de trop-perçus de la part de l'Administration du Personnel de L'Etat

Un autre problème récurrent concerne le remboursement du trop-perçu de rémunération ou de pension versé par l'Administration du Personnel de l'Etat (APE) qui doit récupérer par la suite tant le montant net du trop-perçu que les retenues d'impôts.

Si ces retenues ont été versées les années antérieures à l'Administration des Contributions directes, c'est aux personnes concernées que l'APE demande le remboursement des retenues d'impôt.

Une régularisation ne pourra alors être réalisée que par une demande en obtention d'une remise gracieuse à introduire auprès du Directeur des Contributions directes. Le calcul exact du remboursement d'impôt est fastidieux. Il serait souhaitable que les deux administrations se mettent d'accord entre elles sur une procédure de remboursement des retenues d'impôt sans que les personnes concernées ne soient obligées d'entamer des démarches compliquées. Jusqu'à présent les contacts entre les deux administrations n'ont pas permis de trouver une solution adéquate tenant compte à la fois de la diversité des situations pratiques, des contraintes de la procédure fiscale et de l'organisation de l'APE. Un problème similaire se pose d'ailleurs en cas de paiement d'arriérés de pension ou de rémunération vers la fin de l'année. Vu que

l'APE clôture l'année au 10 novembre en application des règles de clôture de l'exercice budgétaire, tout paiement intervenu par après est comptabilisé sur l'année suivante. Par conséquent, le système informatique de gestion de l'APE applique automatiquement une retenue d'impôt pour rémunération non périodique relative à une année antérieure, bien que, d'un point de vue fiscal, les arriérés soient à traiter comme un revenu normal de l'année de versement. Cette retenue d'impôt sera régularisée lors de l'imposition par voie d'assiette. Il n'en reste pas moins que les personnes qui n'atteignent pas les limites d'assiette et ne sont pas informées du problème omettront de demander une régularisation des retenues d'impôt. Cette situation n'est pas satisfaisante. Les procédures budgétaires de la Fonction publique devraient être conçues de manière à permettre une certaine flexibilité et s'adapter à la législation fiscale.

1.2.6. Affaires générales relevant de l'Etat

Environnement

Aides financières

Le Médiateur a été saisi de nombre de dossiers relatifs aux aides financières pour la promotion de l'utilisation rationnelle de l'énergie et la mise en valeur des énergies renouvelables. Il s'agit, en l'occurrence, d'aides étatiques allouées pour la construction de nouvelles maisons à performance énergétique élevée, pour l'assainissement énergétique de bâtiments existants, pour l'utilisation rationnelle de l'énergie et pour la mise en valeur des énergies renouvelables.

Ayant noté dans son rapport d'activité 2008/2009 une diminution de réclamations mettant en cause le long délai de traitement de ces dossiers, le Médiateur est amené à rectifier ce constat.

Nombreux ont été les réclamants qui ont fait état de retards considérables dans le traitement de leurs demandes.

Après avoir déposé leur demande pour pouvoir bénéficier d'une aide financière, les réclamants ont dû attendre quelques mois avant

qu'ils ne reçoivent un accusé de réception. Il leur a fallu encore attendre plusieurs mois supplémentaires avant de se voir informer sur l'état de leurs dossiers et d'être invités, le cas échéant, à transmettre des pièces manquantes.

Ainsi un délai de 14 à 16 mois peut facilement s'écouler avant que l'administration procède à une première instruction du dossier.

Pour le Médiateur il est inacceptable qu'il n'a pas encore été trouvé de remède permettant de réduire sensiblement et durablement les délais de traitement des dossiers.

Bien que conscient de la complexité de nombre de dossiers, le Médiateur mesure l'importance du préjudice subi par des demandeurs qui dans l'attente de l'octroi d'aides financières recourent souvent à des emprunts pour couvrir le coût de leurs investissements.

Le Médiateur s'est adressé par écrit au Ministre compétent pour savoir par quels moyens il entendait réduire ces délais.

Le Ministre a répondu que le retard dans le traitement des dossiers serait dû essentiellement au nombre croissant des demandes et à un manque de personnel suffisamment qualifié.

De ce fait il aurait décidé de renforcer dans un premier temps le Service des économies d'énergie de l'Administration de l'Environnement par des ingénieurs-techniciens en provenance de sociétés externes.

Plus récemment le Ministre délégué au Développement durable et aux Infrastructures a informé le Médiateur de sa détermination à envisager un certain nombre de mesures à court terme, à moyen terme et à long terme de nature à mieux répondre aux attentes légitimes des citoyens.

Quelles que soient les raisons qui expliquent les retards actuels, le Médiateur recommande vivement aux Ministres concernés de prendre d'urgence les mesures qui s'imposent afin que les dossiers en matière d'aides financières soient enfin évacués dans un délai raisonnable qui en tout état de cause ne devrait pas dépasser les 3 mois.

Le Médiateur a également été saisi de quelques réclamations mettant en cause le long délai de traitement des demandes en obtention des primes CAR-e et CAR-e plus. Suite à son intervention les aides financières en question ont été liquidées.

Etablissements classés

Le Médiateur a été saisi d'une réclamation concernant l'autorisation à délivrer à des opérateurs de téléphonie mobile sur base de la loi modifiée du 10 juin 1999 relative aux établissements classés. L'action des réclamants était mue par la crainte des conséquences néfastes pour leur santé ainsi que pour celle des autres riverains que pouvait avoir l'exploitation proche d'antennes de téléphonie mobiles.

Dans cette affaire mais également dans d'autres dossiers dont il a été saisi, le Médiateur insiste sur le respect du principe de précaution en considérant que la santé des individus doit en tout état de cause primer les intérêts économiques en jeu. Aussi, dans tous les dossiers dans lesquels se posent des questions de santé publique le Ministre de la Santé devrait-il être directement associé à la procédure d'autorisation des établissements classés.

Département des Transports

Le Médiateur a eu à connaître de quelques réclamations à l'encontre du Département des Transports.

Nombre de réclamants ont déploré des lenteurs administratives.

Ainsi le Médiateur a été saisi par un réclamant qui au bout de trois mois était toujours sans nouvelles quant à sa demande de transcription de son permis de conduire étranger.

Suite à l'intervention du Médiateur trois mois supplémentaires se sont écoulés avant de voir les autorités compétentes informer le réclamant des suites qu'elles entendaient réserver à sa demande.

Le Médiateur a par ailleurs été saisi par une réclamante qui s'est plainte d'un courrier qui lui avait été adressé au nom du Ministre. Dans ce courrier la réclamante qui faisait l'objet d'une interdiction de conduire à l'étranger a été avertie qu'elle devrait se tenir strictement aux règles de la circulation routière. La teneur de cette lettre laissait supposer que cette interdiction de conduire à l'étranger pourrait être prise en considération en cas d'une nouvelle infraction au Code de la Route luxembourgeois. Par ailleurs la personne a été informée qu'« afin de contrôler son comportement futur, une enquête judiciaire pourra être ordonnée en temps utile ».

Dans une première intervention auprès du Ministre, le Médiateur a mis en question la valeur probante d'une communication relative à l'interdiction de conduire à l'étranger sur base de laquelle les autorités luxembourgeoises pourraient, le cas échéant, retirer à la réclamante son permis de conduire ou ordonner une enquête judiciaire. Par ailleurs le Médiateur s'est insurgé contre le ton menaçant de la lettre adressée à la réclamante qui à ses yeux était tout à fait déplacé, disproportionné voire même blessant.

Dans une première prise de position, le Ministre du Développement durable et des Infrastructures a toutefois estimé que cet avertissement écrit n'était qu'un courrier à caractère préventif pour sensibiliser les personnes aux dangers liés à la circulation routière. Il a également considéré que comme cette mesure de prévention routière n'avait aucun effet sur le droit de conduire, un texte légal lui servant de fondement juridique n'était pas requis.

Non satisfait par cette réponse, le Médiateur a insisté auprès du Ministre pour qu'il réponde à ses observations quant au ton déplacé du courrier écrit à la réclamante. Il a également souligné que ce courrier loin de donner l'impression qu'il ne s'agit que d'une simple mesure préventive, fait croire que l'infraction commise à l'étranger pourrait être prise en compte à la première infraction aux règles du Code de la Route que la réclamante risquerait de commettre au Luxembourg.

A ce jour le Médiateur n'a pas encore reçu de réponse de la part du Ministre.

Education nationale et Formation professionnelle

La collaboration entre le Médiateur et la Ministre de l'Education nationale est bonne et les prises de position de la Ministre sont généralement transmises dans les délais.

A plusieurs reprises les citoyens se sont plaints qu'aucune suite n'a été réservée à leurs courriers adressés au Ministère.

Dans quelques dossiers il s'est d'ailleurs avéré que des lettres voire même des lettres recommandées ont été égarées. D'autres réclamants ont fait valoir que les informations et les explications qui leur étaient transmises par le Ministère n'étaient pas suffisamment claires et précises pour leur permettre d'apprécier la position du Ministère.

Les réclamations à l'encontre du Ministère de l'Éducation nationale et de la Formation professionnelle ont été de différents ordres.

Le Médiateur a été saisi par des parents mettant en cause l'avis d'orientation pour le passage de leurs enfants de la sixième année d'études primaires vers l'enseignement secondaire.

Les parents de trois élèves d'une même classe ont ainsi contesté l'orientation de leurs enfants vers l'enseignement secondaire technique alors qu'ils estimaient que les résultats obtenus par leurs enfants aux cours de l'année scolaire auraient dû leur permettre de fréquenter un lycée classique.

Le règlement grand-ducal du 4 mai 1999 ayant pour objet de définir la procédure d'admission à une classe de 7^e de l'enseignement secondaire technique ou à une classe d'orientation de l'enseignement secondaire prévoit que les élèves qui bénéficient d'un avis d'orientation vers la classe de 7^e de l'enseignement secondaire technique et dont les parents demandent une admission à la classe d'orientation de l'enseignement secondaire sont admis dans cette classe d'orientation s'ils passent avec succès un examen d'admission.

Le Médiateur, sans vouloir s'ingérer dans le pouvoir d'appréciation du Conseil d'orientation, a continué ces dossiers au Ministre. Il a également informé les parents que son intervention ne dispenserait en aucun cas leurs enfants d'une participation à un examen d'admission.

Dans sa prise de position, la Ministre a fait savoir au Médiateur qu'après réexamen de ces cas elle n'avait pas de raisons de douter de la régularité des avis d'orientation.

Une autre réclamation émanait d'une étudiante qui prise d'un malaise au cours d'une épreuve de l'examen de fin d'études secondaires a dû être transportée d'urgence à l'hôpital.

Comme la note obtenue dans cette épreuve était insuffisante l'étudiante a dû se présenter aux examens d'ajournement en septembre.

Le règlement grand-ducal du 31 juillet 2008 portant organisation de l'examen de fin d'études secondaires prévoit qu'un candidat ne peut se présenter à une épreuve de repêchage qu'en cas d'absence d'une journée entière.

Le Médiateur a toutefois du mal à comprendre dans quelle mesure la situation d'un candidat qui pour avoir été absent pendant une journée aux épreuves d'examen peut par la suite participer à des épreuves de repêchage est différente de celle d'un étudiant qui après avoir commencé une épreuve d'examen a été contraint de l'abandonner pour raison de santé.

Dans sa prise de position, la Ministre a toutefois estimé qu'une épreuve d'examen entamée devrait être considérée comme composée et qu'on ne saurait admettre qu'un candidat qui a commencé une épreuve sans pour autant la terminer puisse participer à un examen de repêchage. En effet une telle concession pourrait créer un précédent risquant de « déclencher une avalanche de situations similaires délétère à l'organisation de l'examen de fin d'études ».

N'étant pas convaincu par la réponse de la Ministre, le Médiateur estime que tout élève qui pour des raisons de santé dûment justifiées n'est plus en mesure de terminer une épreuve d'examen devrait être autorisé à participer à une épreuve de repêchage.

Police grand-ducale

Le Médiateur a été saisi d'un certain nombre de contestations concernant des avertissements taxés.

Dans ce contexte, il y a lieu d'observer qu'en général les citoyens qui s'adressent aux autorités de la Police Grand-Ducale, notamment pour contester le bien-fondé d'un avertissement taxé, reçoivent rapidement une réponse à leurs courriers. Force est cependant de constater que ces réponses sont peu explicites et donc peu satisfaisantes pour les citoyens.

Ceci est d'autant plus regrettable que dans la mesure où les avertissements taxés sont généralement justifiés, il ne saurait être dans l'intérêt de la Police Grand-Ducale de laisser planer le moindre doute quant au bien-fondé de ses interventions.

Le Médiateur a également été saisi d'une réclamation d'un citoyen qui avait reçu de la Police un courrier l'invitant à payer une contravention pour stationnement sur une partie de la voie publique réservée aux piétons ou à d'autres usagers. Après s'être adressé directement à la Police Grand-Ducale pour contester cette contravention, il a été simplement

informé que l'avertissement en cause n'aurait pas été émis par un agent de la Police Grand-Ducale mais par un agent municipal de sorte que la Police ne se sentirait pas directement concernée par sa lettre de contestation.

Le Médiateur n'a pas manqué de signaler à la Direction générale de la Police Grand-Ducale qu'une telle réponse est inacceptable parce que non conforme à l'article 1^{er} du règlement grand-ducal du 8 juin 1979 relatif à la procédure à suivre par les administrations relevant de l'Etat et des communes en vertu duquel toute administration qui « s'estime incompétemment saisie, transmet sans délai la demande à l'autorité compétente, en avisant le demandeur ».

Suite à l'intervention du Médiateur le courrier du réclamant a aussitôt été transmis aux autorités communales et le réclamant en a été dûment informé.

Le Médiateur a eu à connaître d'une autre affaire concernant un citoyen qui, pour avoir dû en toute urgence accompagner sa partenaire à l'hôpital, avait fait l'objet d'une contravention pour stationnement sur un emplacement réservé aux livraisons. Suite à l'intervention du Médiateur, les autorités de la Police ont toutefois fait preuve d'indulgence à l'égard du réclamant en se déclarant d'accord pour annuler l'avertissement taxé.

Le Médiateur a également été saisi d'un certain nombre de dossiers mettant en cause le comportement d'agents de la Police Grand-Ducale. Suite à la transmission de ces dossiers à l'Inspection générale de la Police Grand-Ducale, le Médiateur a été dûment informé des suites y réservées.

Enseignement supérieur et Recherche

La collaboration entre le Médiateur et le Ministère de l'Enseignement supérieur et de la Recherche est bonne.

Respectant les délais de réponses fixés par le Médiateur, le Ministère est en général très explicite sur les motifs qui sont à la base de ses décisions.

Saisi par un certain nombre de réclamants, le Médiateur a été amené à constater la différence de traitement entre des étudiants qui ont fréquenté une université dans un des pays ayant d'ores et déjà transposé le processus de

Bologne et des étudiants qui ont poursuivi des études dans un des pays qui ne sont pas encore alignés sur cette nouvelle configuration des études universitaires.

La loi modifiée du 22 juin 2000 concernant l'aide financière de l'Etat pour des études universitaires distingue dans son article 1^{er} entre des études universitaires organisées en 3 cycles d'études qui se définissent comme suit:

« a) Le 1^{er} cycle désigne des études universitaires ou de niveau universitaire accessibles aux détenteurs d'un diplôme de fin d'études postprimaires, sanctionnées par un premier diplôme d'études universitaires ou de niveau universitaire et préparant aux études de 2^e cycle.

b) Le 2^e cycle désigne des études universitaires ou de niveau universitaire consécutives aux études de 1^{er} cycle et sanctionnées par un diplôme final d'études universitaires ou de niveau universitaire.

c) Le 3^e cycle désigne des études de formation spécialisée et/ou de recherche faisant suite aux études de 2^e cycle. » et des études universitaires à deux degrés qui « visent les études universitaires ou de niveau universitaire organisée sous forme de deux cycles principaux : un cycle de prélicence et un cycle de postlicence. Dans le cadre du présent texte de loi, les études de prélicence sont considérées comme des études de 2^e cycle et les études de type postlicence sont considérées comme des études de 3^e cycle. »

Le Ministre considérait les études qui menaient au grade de bachelier comme des études de 2^e cycle et les études de master comme des études de 3^e cycle.

Une telle catégorisation des cycles voire des degrés d'études avait pour conséquence que des étudiants qui faisaient des études universitaires à deux degrés étaient privilégiés par rapport à des étudiants engagés dans des études universitaires à trois cycles.

En effet de par la prise en considération du master comme 3^{ième} cycle les étudiants se voyaient octroyer une bourse non remboursable très substantielle dès lors que la situation sociale et financière de leurs parents n'était pas prise en considération. En effet l'article 4 de la loi précitée dispose que : « Pour les étudiants de 3^e cycle, seule la situation financière et sociale de l'étudiant ainsi que les frais d'inscription à sa charge sont pris en compte pour le calcul de l'aide financière. »

Or tel n'était pas le cas pour des étudiants engagés dans un 2^{ème} cycle d'études dans un pays qui ne s'était pas encore conformé aux exigences du processus de Bologne. Pour ces étudiants, la bourse était calculée en prenant en considération le revenu des parents. En effet en vertu de l'article 4 de la loi précitée « *la proportion dans laquelle l'aide financière est accordée sous forme d'une bourse ou d'un prêt pour des études de 1^{er} cycle et de 2^e cycles varie en fonction, d'une part, de la situation financière et sociale de l'étudiant et de ses parents ainsi que, d'autre part, des frais d'inscription à charge de l'étudiant.* »

Le Médiateur estime qu'une telle application de la loi revenait en fait à une inégalité de traitement entre étudiants se trouvant dans la même situation d'études.

Le Médiateur qui n'a pas manqué de signaler cette anomalie au Ministre se voit par ailleurs fortifié dans sa position par un jugement du Tribunal administratif du 22 juillet 2009 confirmé par un arrêt de la Cour administrative en date du 8 décembre 2009 suivant lequel le Tribunal considère que des études universitaires organisées en un premier cycle se soldant par un bachelier, un deuxième cycle se soldant par un master et un troisième cycle se soldant par un doctorat tombent sous le champ d'application de l'article 1^{er} point 4.1. de la loi modifiée du 22 juin 2000 qui prévoit qu'il s'agit « *d'études universitaires organisées en 3 cycles d'études* ».

La loi modifiée du 22 juin 2000 concernant l'aide financière de l'Etat pour des études universitaires a été réformée par la loi du 26 juillet 2010. Désormais la situation financière des parents n'est plus prise en compte et il n'y a plus de différence de traitement entre les étudiants suivant les pays et les universités qu'ils fréquentent. La proportion dans laquelle l'aide financière est accordée sous la forme d'une bourse ou sous celle d'un prêt varie en fonction, d'une part, de la situation financière et sociale de l'étudiant et d'autre part, des frais d'inscription à charge de l'étudiant.

Une autre réclamation concernait le refus du CEDIES d'accorder une prime d'encouragement à une ressortissante roumaine mariée à un Luxembourgeois alors qu'elle ne disposait ni de la qualité de travailleur ni de celle de membre de famille d'un travailleur tel que déterminé par les articles 7 et 12 du règlement (CEE) n°1612/68 du Conseil du 15 octobre 1968 relatif à la libre circulation des travailleurs à l'intérieur de la Communauté.

Dans son intervention, le Médiateur a fait valoir que cette façon de procéder n'est pas conforme à la loi du 29 août 2008 portant sur la libre circulation des personnes et l'immigration dont l'article 12 (3) prévoit notamment que « *Les membres de la famille, citoyens de l'Union ou ressortissants de pays tiers, d'un citoyen luxembourgeois sont assimilés aux membres de la famille du citoyen de l'Union* ». Il se dégage de cette disposition que le législateur luxembourgeois a expressément voulu exclure toute discrimination à rebours à l'égard des ressortissants nationaux.

Le Ministre a donné suite aux observations du Médiateur et la prime d'encouragement a été attribuée.

Culture

Le Médiateur a été saisi de quelques réclamations à l'encontre du Ministère de la Culture.

Parmi les affaires les plus significatives, il y a lieu de citer les déboires de deux réclamants qui, du fait de l'inscription de leur habitation à l'inventaire supplémentaire des monuments nationaux, avaient introduit auprès du Service des Sites et Monuments une demande en obtention d'une autorisation en vue de construire un jardin d'hiver. Ils ont été informés que le projet tel que présenté ne saurait être approuvé mais que la Ministre comptait procéder à un classement de leur maison.

Les réclamants se sont sentis brusqués par le déroulement des événements alors surtout qu'ils sont restés dans l'ignorance totale des conditions qu'ils devaient remplir pour voir aboutir leur demande de construction.

Suite à l'intervention du Médiateur, il s'est avéré que le gestionnaire initialement en charge du dossier avait manqué à ses obligations professionnelles. Ainsi un nouvel agent a été chargé de ce dossier.

Dans un autre contexte, le Médiateur a été saisi d'une réclamation d'un citoyen dont la demande de remboursement d'une retenue de garantie de 10% pour une facture émise en décembre 2006 et dûment approuvée en 2006 n'avait pas encore connu de suite. Aussitôt après l'intervention du Médiateur le montant encore dû au réclamant lui a été versé.

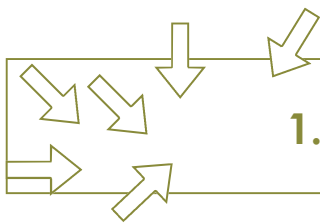
Société nationale des chemins de fer

Le Médiateur a été saisi d'un certain nombre de plaintes à l'encontre de la SNCFL.

Le Médiateur se félicite des soins et de la diligence avec lesquels la SNCFL traite les dossiers dont elle est saisie.

Des citoyens se sont adressés au Médiateur pour lui signaler que lors d'un contrôle dans le train il avait été constaté qu'ils voyageaient avec un abonnement mensuel périmé (carte E-Go). Dans leurs cas la SNCFL a revendiqué le paiement d'un billet à tarif augmenté en y ajoutant un forfait supplémentaire par mois ou fraction de mois entamé depuis la péremption de l'abonnement mensuel. Ainsi les réclamants ont été invités à régler une dette couvrant plusieurs mois durant lesquels ils étaient supposés avoir voyagé dans des conditions irrégulières. Or les réclamants ont formellement démenti avoir pris le train pendant cette période.

Suite à l'intervention du Médiateur, la SNCFL a finalement renoncé à percevoir le forfait supplémentaire par mois ou fraction de mois entamée. En effet le paragraphe 1.2. de l'article 20 du règlement ministériel du 12 juin 2007 fixant les tarifs des transports publics auquel s'est référé la SNCFL traite des abonnements ou titres gratuits. Ainsi le forfait supplémentaire est donc uniquement perçu en cas d'expiration d'un tel abonnement. Par contre l'abonnement mensuel non validé ne peut valablement laisser supposer un usage frauduleux durant les mois précédant le contrôle.



1.3. Affaires relevant des Communes

Le Médiateur entretient avec les communes des relations qui dans l'ensemble sont satisfaisantes.

1.3.1. Affaires communales générales

Il y a lieu de noter que le Médiateur est régulièrement saisi par des personnes qui prétendent qu'elles ont obtenu des informations erronées ou insuffisantes de la part de l'administration communale.

Une mauvaise information de la part de la commune peut avoir pour le citoyen des conséquences préjudiciables et ainsi ébranler la confiance qu'il a dans les autorités communales.

Prenons l'exemple d'un couple qui, avant d'acheter un terrain sur lequel il comptait faire construire une maison, s'était adressé à la commune afin de s'enquérir sur la faisabilité de son projet.

Lors d'une entrevue avec le Bourgmestre, les réclamants ont été informés que si leur projet était conforme au règlement sur les bâtisses, il n'y aurait pas de problème à le réaliser. Un courrier de la part du Bourgmestre indiquait même clairement que l'immeuble est situé dans une zone d'habitation à l'intérieur du périmètre d'agglomération de la commune et qu'il pourrait y être érigé immédiatement une construction à condition que le projet soit conforme aux dispositions du règlement sur les bâtisses. Ce courrier fait d'ailleurs partie intégrante de l'acte notarié.

Après avoir acheté le terrain, le couple a donc introduit une demande en obtention d'une autorisation de construire par l'intermédiaire d'un architecte. Le précédent propriétaire du terrain avait rencontré des problèmes avec l'entreprise de construction qui n'avait pas pris soin de sécuriser le projet. S'en était suivi un litige avec les voisins, de sorte que les nouveaux propriétaires ont pris les mesures nécessaires pour renforcer la sécurité du projet et pour éviter que le voisin ne subisse une quelconque nuisance.

Le Bourgmestre aurait donné son accord oral pour le projet, mais, quelque six mois plus tard, à la date de la saisine du Médiateur, les époux n'avaient toujours pas reçu d'autorisation écrite de la part du Bourgmestre.

Suite à l'intervention du Médiateur, il est apparu que la commune avait décidé que dans l'intérêt de la sécurité publique une étude géotechnique et des études statiques devaient être réalisées afin d'éviter tout risque d'écoulement des terres lors des travaux de terrassement et d'excavation.

Ainsi le couple qui avait acheté un terrain pour pouvoir y ériger une maison, s'est vu un an plus tard contraint de faire réaliser des études géotechniques et statiques qui retarderont le projet tout en engendrant un coût élevé qu'il n'avait pas prévu.

Soulignant le fait que l'architecte des époux semblait avoir tenu compte de toutes les données afin de sécuriser le projet, le Médiateur, conscient que la sécurité des habitants passe avant toute chose et ne pouvant se prononcer par ailleurs sur le bien-fondé des exigences techniques de la Commune, n'a pas manqué de faire observer au Bourgmestre que la commune n'ignorait pas que le terrain présentait des problèmes, et que donc l'attention des réclamants aurait dû être attirée sur le fait que la construction d'une maison unifamiliale pourrait être subordonnée à la réalisation d'études préalables.

Dans une autre affaire le Médiateur a été saisi par des personnes qui, après avoir été autorisées à démolir une ancienne maison et après avoir réalisé les travaux de démolition, se sont vu refuser la délivrance d'une autorisation de construire au motif que le projet ne respectait pas le recul latéral imposé par le règlement sur les bâtisses.

Les réclamants avaient au préalable été informés que le règlement sur les bâtisses prévoyait que le recul latéral à respecter pour toute nouvelle construction était de trois mètres.

Ayant toutefois été informés qu'un accord entre voisins dérogeant au recul prévu était

envisageable, les réclamants ont conclu avec leurs voisins un accord écrit qu'ils ont transmis au service technique de la commune.

Ce n'est que par la suite que les réclamants auraient été informés que, s'il était possible de construire à une distance plus rapprochée du terrain voisin, la distance totale entre les façades des maisons devait tout de même respecter le total des reculs prévus au règlement sur les bâtisses.

Cette information ne leur aurait cependant été donnée qu'après la démolition de leur ancienne maison, ce que le Bourgmestre dément. Les réclamants prétendent formellement que jamais leur attention n'aurait été attirée sur le fait qu'une dérogation aux reculs imposés n'était envisageable qu'en respectant le total des reculs prévus au règlement sur les bâtisses.

Il est un fait que nul n'est censé ignorer la loi et que dans ce cas les réclamants auraient été bien conseillés de ne pas faire procéder à la démolition de la maison sans avoir en main l'autorisation de construire.

Etant donné cependant que la disposition du règlement sur les bâtisses concernant les reculs à respecter entre les façades est difficile à comprendre et à interpréter pour un citoyen non averti, la question se pose de savoir pourquoi une autorisation pour la démolition a été délivrée alors que la commune devait se rendre à l'évidence qu'une nouvelle construction respectant les reculs tels que prévus au règlement sur les bâtisses n'était pas réalisable en ce lieu.

Une communication plus précise et plus claire de la part de la commune aurait été de nature à éviter les conséquences plus que fâcheuses de cette affaire.

Il arrive parfois que le Médiateur soit confronté à un comportement qui de toute évidence relève d'un manque de diligence et de bonne volonté de l'administration.

En 2009, le Médiateur a été saisi par un avocat au sujet des problèmes rencontrés par ses mandataires au cours d'une procédure d'expropriation.

Dans cette affaire, les réclamants étaient propriétaires d'un terrain d'une contenance d'environ 35 ares.

Au début des années 1970, l'administration

communale a entrepris la construction et l'aménagement de ce qui est devenu un centre de récréation. A cette fin, la commune a pris possession d'une partie de la propriété des réclamants pour y effectuer des travaux et pour l'englober de facto dans le nouveau domaine public.

Jamais l'administration communale n'a cependant demandé l'autorisation préalable du propriétaire pour prendre possession du bien en question et pour y effectuer des travaux.

Suite à d'itératives réclamations de la part des réclamants, le Bourgmestre à l'époque leur a fait signer une déclaration aux termes de laquelle ils autorisaient l'Administration communale à effectuer sur leur terrain les travaux nécessaires dans l'intérêt de la construction d'un centre de récréation, tous les dommages afférents et les indemnités correspondantes restant à charge de la commune.

Les réclamants n'ont signé cette déclaration qu'après avoir obtenu l'assurance que les parties allaient rapidement négocier la vente ou l'échange de la partie du terrain occupée par la commune voire du terrain dans sa totalité.

Malgré l'insistance des réclamants auprès de la commune pour qu'elle honore son engagement, celle-ci ne l'a pas fait.

En 1998, la commune a entamé des négociations avec les propriétaires. Les propositions de la commune n'ont toutefois pas rencontré l'accord de ceux-ci, qui, considérant le manque d'attention portée à leurs arguments, ont fini par saisir la justice, d'abord le Tribunal d'arrondissement de Diekirch qui s'est déclaré incompétent et ensuite le Juge de paix dans le but d'obtenir le déguerpissement de la commune.

Les réclamants furent déboutés mais le juge a mentionné dans son jugement qu'*« il apparaît cependant judicieux de refixer d'ores et déjà la cause pour permettre à la commune d'entamer entretemps la procédure d'expropriation alors qu'elle ne saurait laisser [les réclamants] indéfiniment dans l'attente du sort définitif de son bien dont elle a la jouissance »*.

Suite à l'intervention du Commissaire de District, la commune a fait les premières démarches en vue d'engager la procédure d'expropriation forcée.

Au jour où le Médiateur a été saisi de l'affaire, aucune suite n'avait cependant été réservée à la procédure d'expropriation.

Le Commissaire de District est intervenu à plusieurs reprises dans ce dossier afin qu'une suite soit enfin donnée à cette affaire par la commune.

Le Médiateur est intervenu une première fois dans cette affaire en août 2009.

En janvier 2010, voyant que l'affaire n'avancait pas et que les réclamants ne pouvaient être indéfiniment maintenus dans l'incertitude quant au sort qui leur serait réservé, le Médiateur a organisé une réunion de médiation.

Lors de cette réunion à laquelle assistaient les réclamants et une délégation du collège échevinal, le Médiateur a avancé un montant d'indemnisation pour solde de tout compte qui était considéré comme acceptable par les deux parties.

Le Bourgmestre s'est engagé à présenter cette proposition à la prochaine réunion du conseil communal.

Le conseil communal a cependant décidé de retirer de l'ordre du jour le point concernant l'acquisition du terrain moyennant l'indemnité proposée et de recontacter les Ministères concernés en vue de la reprise du dossier d'expropriation pour cause d'utilité publique. Cette information a été transmise au Médiateur en date du 1^{er} février 2010. Entre cette date et le 17 septembre 2010, ni le conseil des réclamants ni le Médiateur n'ont plus obtenu de la commune aucune réaction, et ce nonobstant d'itératifs rappels. En date du 17 septembre 2010, la commune a fait savoir au Médiateur que l'expropriation serait poursuivie, sans néanmoins donner plus de détails sur le déroulement de la procédure.

Nombre de communes se distinguent par l'efficacité et la promptitude de leur réaction tant à l'égard des doléances des citoyens qu'à l'égard des interventions du Médiateur. Ainsi le Médiateur citera l'exemple d'une commune particulièrement diligente dans le traitement de trois réclamations dont elle a été saisie

Dans un dossier concernant une autorisation de construire délivrée à un voisin où il était question de la destruction d'une grange adossée à la maison d'habitation des réclamants et d'un projet de construction d'un immeuble résidentiel au même endroit, les réclamants se sont adressés au Médiateur alors qu'ils s'estimaient lésés par ladite construction qui ne serait pas alignée par rapport à leur maison.

Les réclamants s'étaient adressés au Bourgmestre afin que ce dernier reconsidère sa décision au vu de certaines dispositions du règlement des bâtisses quant à l'alignement.

Les réclamants auraient été d'accord avec le projet de construction à condition que leur situation personnelle ne soit pas affectée par l'érection d'un mur de plusieurs mètres accolé à la porte d'entrée de leur maison.

Dès réception du recours gracieux et du courrier du Médiateur, le Bourgmestre est entré en contact avec toutes les parties concernées afin de trouver une solution acceptable pour tous.

Deux autres réclamations dirigées à l'encontre de la même commune, concernaient la contestation du paiement de taxes pour l'enlèvement d'ordures ménagères.

Dans le premier dossier, la commune réclamait le paiement de deux fois le montant d'environ 250 EUR au titre de la taxe forfaitaire pour l'enlèvement des ordures ménagères, facture qui était émise une fois au nom du réclamant et une fois au nom du commerce sous lequel le réclamant exerce son activité de commerçant.

Suite à un recours gracieux, la commune avait dans un premier temps informé le réclamant qu'aucune décharge ne pourrait être accordée alors que le règlement communal disposant clairement que: *« La taxe forfaitaire fixe est due par tout détenteur potentiel de déchets que ce soit un ménage habitant sur le territoire de la commune de [...] ou un commerce (dans le sens le plus large du terme) ayant son siège social ou une dépendance de ce siège social sur le territoire de la commune de [...] et ceci indépendamment du mode et de la fréquence de jouissance des services par le contribuable. »*

Ainsi la commune insistait sur l'aspect de la *« dépendance d'un siège social »*. Cependant le commerce en question n'avait pas de siège social et n'était pas à considérer comme une dépendance de siège social étant donné qu'il ne s'agissait pas d'un commerce exercé sous la forme sociétaire. Comme dans le cas présent, le ménage et le commerce ne faisaient qu'un et que le commerce n'avait pas de siège social, le Médiateur a estimé qu'il n'était pas justifié d'établir deux factures.

Après réexamen du dossier, le Bourgmestre a fait savoir au Médiateur que dans la mesure où le réclamant exploite un commerce en son

nom personnel à la même adresse où il réside, la lecture du règlement permettrait une interprétation favorable au réclamant, de sorte que la commune était disposée à renoncer au recouvrement du montant sollicité.

Dans un autre dossier où était en cause la même disposition du règlement communal, la commune facturait une triple taxe pour la gestion des déchets du fait qu'à l'adresse où habitaient les réclamants, étaient établies outre le ménage également deux sociétés à responsabilité limitée constituées par les réclamants.

Ces derniers estimaient que comme ces deux sociétés ne produisent pas le moindre déchet, elles devaient être dispensées de payer la taxe pour la gestion des déchets.

Dans cette affaire, le Médiateur ne pouvait reprocher à la commune aucun comportement illégal, étant donné qu'elle a pris une décision en conformité avec le règlement communal. Ainsi le Médiateur n'aurait pu demander à la commune d'exempter les deux sociétés de la taxe forfaitaire sans violer le principe de l'égalité entre citoyens.

Le Médiateur est de plus en plus souvent saisi par des citoyens qui se plaignent de conflits d'intérêts dans le chef des élus communaux.

Une preuve tangible est certes souvent difficile à rapporter mais les faits parlant souvent d'eux-mêmes, le Médiateur se doit de les considérer avec toute l'attention et tout le sérieux qui s'imposent.

Ainsi l'attention du Médiateur a été attirée à plusieurs reprises sur des cas où il était évident que des membres du corps communal étaient de près ou de loin impliqués dans la prise de décision concernant des projets d'aménagement englobant des terrains qui soit leur appartenaient personnellement, soit appartenaient à des membres de leur famille.

Or tout citoyen doit pouvoir s'attendre en toute légitimité à ce que les membres du conseil communal fassent primer l'intérêt général sur les intérêts privés.

Étant donné cependant que d'aucuns pourraient éprouver des difficultés à faire abstraction de leur intérêt personnel, il y a lieu de rappeler que les règles en la matière sont strictes.

L'article 20 de la loi communale du 13 décembre 1988 dispose que :

« Il est interdit à tout membre du corps communal, au secrétaire et receveur :

1° d'être présent aux délibérations du conseil communal et du collège des bourgmestre et échevins sur des objets auxquels il a un intérêt direct, soit personnellement, soit comme chargé d'affaires ou fondé de pouvoir ou auxquels ses parents ou alliés jusqu'au troisième degré inclusivement ont un intérêt personnel et direct. Cette interdiction s'applique tant aux discussions qu'au vote;

2° d'intervenir comme avocat, avoué ou chargé d'affaires dans les procès dirigés contre la commune. Il ne pourra, en la même qualité, servir la commune, si ce n'est gratuitement;

3° de prendre part, directement ou par personne interposée, à aucun marché de travaux, de fournitures ou de services pour la commune. Cette interdiction s'applique également aux sociétés civiles, en nom collectif, en commandite simple ou à responsabilité limitée dans lesquelles le membre du corps communal, le secrétaire ou le receveur est associé, gérant ou mandataire salarié ainsi qu'aux sociétés par actions ou coopératives dans lesquelles il est administrateur chargé de la gestion courante ou employé dirigeant.

Cette interdiction s'applique encore aux sociétés par actions et sociétés coopératives dans lesquelles un membre du collège des bourgmestre et échevins appartient au conseil d'administration.

L'interdiction visée aux alinéas qui précèdent sub 3° ne s'applique pas aux fournitures et prestations urgentes de faible envergure faites par un commerçant ou artisan, lorsqu'aucune autre entreprise de la même branche n'existe dans la commune ou dans le voisinage.

Elle ne s'applique pas non plus aux sociétés visées à l'article 13 de la loi modifiée du 14 février 1900 concernant la création de syndicats de communes. »

En outre l'article 245 du Code pénal dispose que :

« Toute personne, dépositaire ou agent de l'autorité ou de la force publiques, toute personne chargée d'une mission de service public ou investie d'un mandat électif public, qui, soit directement, soit par interposition de personnes ou par actes simulés, aura pris, reçu ou conservé quelque intérêt que ce soit dans les actes, adjudications, entreprises ou régies dont elle avait, au temps de l'acte, en tout ou en partie, l'administration ou la surveillance ou

qui, ayant mission d'ordonnancer le paiement ou de faire la liquidation d'une affaire, y aura pris un intérêt quelconque, sera punie d'un emprisonnement de six mois à cinq ans, et d'une amende de 500 euros à 125.000 euros, et pourra, en outre, être condamnée à l'interdiction du droit de remplir des fonctions, des emplois ou offices publics.

La disposition qui précède ne sera pas applicable à celui qui ne pouvait, en raison des circonstances, favoriser par sa position ses intérêts privés et qui aura agi ouvertement. »

Selon une décision du Tribunal administratif du 24 mars 2004 n°16556 du rôle, la sanction de la violation des dispositions de l'article 20 consiste dans l'annulation de la délibération du conseil communal, le vice se répercutant sur la décision ministérielle d'approbation en cas de non-sanction par le Ministre dans le cadre de son contrôle tutélaire.

Malheureusement, il semble que des cas se soient présentés dans lesquels les dispositions légales n'auraient pas été appliquées et dans lesquels aucune suite n'aurait été réservée, fût-ce éventuellement par manque de preuve.

Or tout citoyen qui suspecte une prise d'intérêt douteuse par un membre du corps communal devrait pouvoir s'attendre à ce qu'une enquête sérieuse soit menée par les autorités de tutelle, enquête qui pourrait le cas échéant déboucher sur des sanctions à l'encontre des élus locaux.

Le Médiateur a également eu vent de cas où des pressions auraient été exercées sur des citoyens. Ainsi des personnes auraient été incitées à vendre à bas prix à un certain promoteur sans quoi le terrain ne ferait pas si tôt l'objet d'un reclassement. Il est malheureusement bien souvent impossible de démontrer les faits rapportés, alors que l'initiative de la modification ponctuelle d'un Plan d'Aménagement Général et dès lors du reclassement d'un terrain appartient au collège échevinal qui seul juge de l'opportunité d'un tel reclassement. Certes les modifications ainsi proposées doivent être justifiées par des considérations d'intérêt général. Malgré tout le Médiateur se sent interpellé par de telles réclamations. En effet elles traduisent un manque de confiance des citoyens dans les instances communales.

Dans sa réponse à la question parlementaire n°2397 de Monsieur le Député Camille Gira au sujet du risque de conflit d'intérêts entre un mandataire politique et son activité privée en tant que promoteur, Monsieur le Ministre de

l'Intérieur rappelle que les membres du collège échevinal doivent faire preuve d'une neutralité absolue dans l'exercice de leur pouvoir. Il rappelle l'article 20 de la loi communale et l'article 245 du Code pénal qui sont censés garantir cette neutralité et par lesquels le législateur a voulu « élever l'exercice des fonctions publiques au-dessus de tout soupçon d'immixtion, d'ingérence ou de malversation » et « éliminer tout abus, et même la seule possibilité d'un abus. »

Le Ministre poursuit en indiquant que « les dispositions légales existantes devraient suffire pour garantir que les élus locaux puissent exercer leurs fonctions en toute loyauté et en toute sérénité. Si une personne croit qu'un élu local ne remplit pas les critères d'indépendance lui octroyés par les différents textes de loi, je ne peux que lui conseiller d'introduire une action judiciaire à l'encontre dudit élu, soit devant les juridictions administratives soit devant les juridictions judiciaires ».

Le Médiateur estime que le recours aux tribunaux, bien qu'elle constitue parfois l'ultime solution, ne devrait être qu'une option tout à fait subsidiaire. La neutralité et l'impartialité des élus locaux et des fonctionnaires communaux doit être garantie et ne laisser planer aucun doute dans l'esprit des citoyens. Pour cela l'autorité de tutelle doit porter une grande attention à toutes les allégations des citoyens relatives à des conflits d'intérêts dans lesquels les élus locaux risquent de se trouver. Il lui incombe de veiller à ce que toute plainte relative à une quelconque collusion entre l'intérêt individuel et l'intérêt général soit instruite avec toute la diligence requise de sorte qu'il ne puisse plus y avoir le moindre doute sur le bien-fondé de sa décision.

1.3.2. Etat civil

Le Médiateur a été saisi d'une réclamation par le ressortissant d'un Etat tiers qui s'était vu refuser l'octroi de la protection internationale au Luxembourg et qui se trouvait en situation irrégulière sur notre territoire.

Ayant noué une relation amoureuse avec une dame de nationalité française résidant au Grand-Duché, le requérant s'est présenté avec sa compagne à l'administration communale de leur lieu de résidence afin de s'enquérir sur les démarches à effectuer en vue d'un mariage. Les demandeurs auraient été informés de l'impossibilité de célébrer ce mariage

en raison de la situation irrégulière du réclamant.

Ayant déjà été saisi d'un certain nombre de réclamations similaires, le Médiateur n'a pas manqué de signaler au Ministre de la Justice qu'un refus de principe de procéder au mariage de deux personnes alors qu'une d'entre elles est un ressortissant d'un pays tiers se trouvant en séjour irrégulier au Luxembourg, n'est pas conforme au niveau de protection minimum tel que garanti par la Convention européenne des droits de l'homme.

Une telle interdiction de principe est en effet contraire à l'article 12 de Convention européenne des droits de l'homme qui consacre le droit au mariage. Suivant la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, les limitations imposées au droit d'un homme et d'une femme de se marier et de fonder une famille ne doivent pas restreindre ou réduire le droit en cause d'une manière ou à un degré qui l'atteindraient dans sa substance même.

Le Ministre de la Justice s'est d'ailleurs rallié à l'avis du Médiateur en considérant que *« le droit au mariage est indépendant du statut au regard du droit de séjour. En d'autres termes le mariage doit être célébré par l'officier de l'état civil lorsque les futurs époux remplissent toutes les conditions prévues par le Code civil et produisent toutes les pièces exigées par le Code civil »*.

En l'espèce cependant le Bourgmestre de l'Administration communale expliquait que le refus opposé par l'officier d'état civil était lié au fait qu'il n'avait pas pu être procédé à la publication des bans, et ce non pas parce que le réclamant se trouvait en séjour irrégulier à Luxembourg, mais parce qu'il était impossible de vérifier son adresse du moment.

Par ailleurs, la procédure de demande de protection internationale du réclamant étant close, le réclamant n'était plus en possession d'une attestation de dépôt de demande de protection internationale qui, selon l'article 6 de la loi du 5 mai 2006 relative au droit d'asile et à des formes complémentaires de protection, tient lieu de certificat de résidence pour les formalités requises en vue de la célébration du mariage.

Le Bourgmestre estime qu'étant donné que le réclamant se trouvait dans l'impossibilité de fournir un certificat de résidence valable, que ce soit au Luxembourg ou dans un autre pays, une solution pourrait être que le réclamant

envoie un avis de publication des bans à l'Ambassade du pays d'origine à Bruxelles et ce dans le respect de l'article 167 du Code civil, qui prévoit qu'à défaut d'une résidence continue de six mois, la publication sera faite au lieu de naissance.

Il y a lieu de rappeler que les dispositions en matière d'état civil remontent au 19^{ème} siècle et n'ont pas été conçues pour couvrir les situations de droit international privé qui ne pouvaient être envisagées par le législateur de l'époque.

Le Médiateur est d'avis que le Bourgmestre a procédé ainsi à une interprétation erronée des dispositions du Code civil relatives au mariage et notamment de la notion de résidence.

La notion de résidence est une question de fait de sorte qu'elle devrait pouvoir être démontrée par tout moyen de preuve.

Par ailleurs le Médiateur rappelle que certaines communes refuseraient d'inscrire dans leur registre de la population un ressortissant d'un Etat tiers qui se trouve en séjour irrégulier sur notre territoire et en conséquence de lui remettre un certificat de résidence.

Si tel devait être le cas, un tel refus constituerait un empêchement pour ces personnes de se marier au Luxembourg et serait dès lors contraire à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme.

La question qui se dégage de la réclamation soumise au Médiateur est de savoir quels documents doivent être présentés à l'officier d'état civil par le ressortissant d'un Etat tiers qui se trouve en séjour irrégulier sur notre territoire (peu importe qu'il soit demandeur d'asile débouté ou sans-papiers) et qui souhaite se marier avec une ressortissante luxembourgeoise ou communautaire qui réside au Luxembourg.

Le Ministre de la Justice estime que les futurs mariés doivent remplir les conditions telles que prévues par le Code civil et produire non seulement les pièces expressément prévues par le Code civil mais également celles permettant de vérifier que les conditions fixées par le Code civil sont remplies. Etant donné que le Code civil ne fait pas de l'existence d'un titre de séjour une condition du mariage, le séjour illégal sur le territoire ne constitue pas en tant que tel un motif valable pour refuser la célébration du mariage au Grand-Duché.

Ceci dit il estime que tel qu'il est prévu aux

articles 63 et 166 à 168 du Code civil, l'officier de l'état civil doit contrôler le domicile ou la résidence des futurs époux en vue de la publication des bans. La preuve de la résidence au Grand-Duché devrait ainsi être rapportée par une pièce officielle délivrée par une autorité administrative.

Le Médiateur est d'avis que la production par exemple d'un certificat d'affiliation volontaire à la Sécurité sociale devrait suffire alors qu'elle est délivrée par une autorité administrative et qu'elle renseigne le lieu de résidence de la personne concernée.

A cet effet, le mode de preuve de la résidence exigé en vue de la publication des bans demande à être clarifié, le cas échéant, par la voie législative.

1.3.3. Urbanisme

Le Médiateur a été saisi par des réclamants qui voulaient donner en location à des tiers une partie de leur maison unifamiliale. Le problème est que dans bien des cas la transformation d'une maison unifamiliale en immeuble à plusieurs unités n'est pas autorisable et que dès lors l'inscription d'un locataire au registre de la population ne pourra se faire que dans le ménage du propriétaire avec les conséquences préjudiciables que cela entraîne au regard de l'octroi de certaines aides financières et prestations sociales comme par exemple le RMG pour lequel sont pris en compte tous les revenus d'un même ménage.

Dans un de ces dossiers, les réclamants expliquaient avoir procédé à l'agrandissement de leur maison d'habitation par la surélévation du toit et l'ajout d'une annexe nouvellement construite. A la fin des travaux, il s'est avéré que le nouvel espace disponible excédait leurs besoins de sorte qu'ils ont opté pour la mise en location de l'ancienne construction rénovée.

La commune a informé les réclamants que l'autorisation avait été délivrée uniquement pour agrandir la maison unifamiliale existante et que le terrain cadastral en question ne saurait être morcelé en deux lots. En effet, le règlement sur les bâtisses de la commune prescrit deux emplacements pour voiture par unité de logement soit un total de 4 emplacements en l'espèce. Or, la maison existante ne dispose que d'un seul garage pour une voiture. La commune en a conclu que la loca-

tion d'une partie de la maison à un tiers n'est pas possible.

Les réclamants ont saisi le Médiateur d'une plainte relative au refus de la commune de subdiviser la maison en deux lots et d'autoriser en conséquence la mise en location d'une partie de la maison à une tierce personne.

Autant la mise en location d'une partie de la maison et l'inscription du locataire au registre de la population sont possibles, autant le Médiateur se rend à l'évidence que cette inscription au titre de membre du ménage des propriétaires ne sera pas sans conséquences sur l'octroi de prestations sociales ou d'aides financières.

Dans un autre cas, le réclamant était propriétaire d'une maison unifamiliale qui lors de l'achat était subdivisée en 3 appartements donnés en location séparément.

Désirant mettre en vente un seul des 3 appartements, le propriétaire s'était adressé au Bourgmestre, qui l'a informé qu'aucune autorisation de réaffectation de la maison unifamiliale en un immeuble à 3 unités ne pourrait être accordée à défaut d'un nombre suffisant de places de stationnement prévues par le règlement sur les bâtisses.

Plusieurs problèmes se posaient en l'espèce. En effet il n'était pas possible de procéder à la désignation cadastrale prévue par la loi du 19 mars 1988 sur la publicité foncière en matière de copropriété parce qu'à l'époque l'autorisation délivrée ne l'a pas été pour la construction d'un immeuble à plusieurs unités. L'Administration du Cadastre ne saurait accepter un cadastre vertical révélant une nature autre que celle qui a été autorisée par le bourgmestre dans son autorisation de construire.

Le changement d'« affectation » ne pouvait être autorisé en raison du nombre insuffisant de places de stationnement.

Le fait par ailleurs que durant, toutes ces années, l'immeuble en question a été considéré comme un immeuble à appartements ne saurait jouer alors que selon la jurisprudence, « un droit acquis doit nécessairement trouver son origine dans un acte administratif individuel créateur de droits, un administré ne peut prétendre au respect d'un droit acquis que si, au-delà de ses attentes, justifiées ou non, l'autorité administrative a réellement reconnu ou créé un droit subjectif dans son chef » (Trib. adm. 16 février 2004, rôle 16832).

Un cas similaire s'est présenté pour un couple, propriétaire d'une maison unifamiliale, qui, après le départ de ses enfants, a voulu donner en location une partie de la maison, ce qui avait d'ailleurs été le cas avant l'achat de la maison.

Entretemps cependant, le règlement sur les bâtisses avait fait l'objet de remaniements et ne permettait la subdivision souhaitée que sous certaines conditions liées au nombre de places de stationnement. Les réclamants estimaient que comme la maison avait déjà fait auparavant l'objet d'une location à différents locataires, la demande ne pourrait leur être refusée, alors qu'en pratique, la mise en location ne posait aucun problème d'aménagement.

L'administration communale estimait que comme, au moment où les nouvelles dispositions étaient entrées en vigueur, la maison était utilisée comme maison unifamiliale, une éventuelle subdivision de la maison en plusieurs unités devait se conformer entièrement aux nouvelles dispositions qui prévoient dans ce cas également un certain nombre de places de stationnement, sans quoi aucune autorisation ne pourrait être délivrée.

Le Médiateur a également été saisi de réclamations par des citoyens qui ont du mal à accepter l'impossibilité d'obtenir une remise en pristin état des lieux. Tel est notamment le cas lorsqu'un immeuble a été bâti et que l'autorisation y relative a fait par la suite l'objet d'une annulation par le Tribunal administratif.

Lorsqu'une commune autorise un projet immobilier et qu'un voisin s'oppose à ce projet, l'attitude du Bourgmestre devrait être de s'assurer immédiatement de la légalité de son autorisation. S'il s'aperçoit qu'une erreur a été commise, l'autorisation devrait être retirée et les plans rectifiés et rendus conformes aux dispositions applicables. Entretemps, le chantier devrait être arrêté. Certes, bien souvent des voisins se plaignent d'un projet immobilier et invoquent un préjudice sans que l'autorisation délivrée ne viole aucune disposition réglementaire ou légale. Dans ce cas bien évidemment, le devoir d'une commune sera de faire comprendre à ces citoyens que les lois et règlements sont en tous points respectés et qu'elle est dès lors tenue de délivrer une autorisation sous peine de s'exposer à des actions en justice.

Pour peu que le chantier non conforme ne soit pas immédiatement arrêté, soit que le Bourgmestre n'en prenne pas l'initiative ou

que malgré la fermeture du chantier, le constructeur poursuive les travaux malgré tout, une fois que la construction est érigée, elle ne fera que rarement l'objet d'une démolition.

En effet, si la construction est couverte par une autorisation, l'annulation de cette autorisation n'en soustraira pas moins le détenteur à toute responsabilité étant donné qu'au moment de l'exécution des travaux celui-ci était en possession d'une autorisation valable.

Dans ce cas, seule une action en responsabilité devant les tribunaux civils à l'encontre de la commune est envisageable afin de voir réparer le préjudice subi, étant entendu que le réclamant n'aura de chance d'obtenir satisfaction devant les juridictions civiles que si au préalable l'autorisation a fait l'objet d'une annulation. Dans ce cas, seule une condamnation de la commune au paiement de dommages et intérêts sera possible. En effet la commune ne saurait être tenue à la démolition de ce qui a été construit étant donné qu'elle n'en est pas propriétaire.

Il se peut bien évidemment aussi qu'une personne procède à des travaux sans autorisation ou construise en ne respectant pas les plans autorisés par la commune.

Dans ce cas, deux hypothèses sont possibles : soit la situation sera régularisée en ce sens que le Bourgmestre délivre une autorisation a posteriori, soit si ce n'est pas le cas, le citoyen qui subit un préjudice peut agir pénalement à l'encontre du maître d'ouvrage.

Beaucoup de gens critiquent ainsi le fait de devoir engager des frais importants afin de faire respecter leurs droits pour au final ne pas obtenir satisfaction alors que pour des considérations relevant du principe de proportionnalité, il est rare de voir qu'une remise en pristin état soit imposée.

Il est donc impératif que les autorités communales, saisies d'une réclamation, examinent au plus vite la légalité des autorisations délivrées afin d'éviter tout préjudice qui ne pourra que difficilement être réparé.

1.3.4. Impôt foncier

Incidences fiscales de la loi du 22 octobre 2008 (pacte logement) sur l'impôt foncier frappant des terrains agricoles

Le Médiateur a été saisi de deux réclamations contre des bulletins de la valeur unitaire et de la base d'assiette de l'impôt foncier concernant des terrains situés dans la zone d'agglomération et appartenant à des exploitants agricoles.

Ces terrains étaient affectés à l'exploitation agricole et faisaient partie de la fortune agricole de ces exploitants.

Les administrations communales les avaient néanmoins inscrits sur le relevé des terrains à bâtir prévu à l'alinéa 3 de l'article 32 de la loi du 22 octobre 2008 (pacte logement) qui a inséré un nouveau paragraphe 53bis dans la loi du 16 octobre 1943 concernant l'évaluation des biens et valeurs.

Dès qu'un terrain se trouve inscrit sur le relevé susvisé, l'Administration des Contributions directes est obligée de reprendre la qualification de terrain à bâtir sur le bulletin de l'impôt foncier. Aussi le Directeur des Contributions directes a-t-il refusé de redresser cette qualification en se référant au nouveau paragraphe 53bis libellé comme suit :

« L'identification d'un bien immobilier en tant que terrain à bâtir à des fins d'habitation au sens de la définition figurant à l'alinéa 2 se fait sur le fondement d'un relevé complet, d'après la situation au 1er janvier, que chaque administration communale est tenue de dresser et de communiquer d'office et annuellement au plus tard pour le 31 janvier de la même année à la section des évaluations immobilières de l'Administration des Contributions directes ».

La question qui se pose est donc de savoir si les administrations communales peuvent inscrire sur le relevé susvisé des terrains faisant partie de la fortune agricole des propriétaires et indispensables à leur exploitation.

Comme le paragraphe 53bis fait partie du chapitre II intitulé « Grundvermögen » (fortune foncière) de la loi d'évaluation (« Bewertungsgesetz ») du 16 octobre 1943, seuls les terrains non bâtis faisant partie de la fortune foncière tombent sous le champ d'application du nouveau paragraphe 53bis de la

loi d'évaluation. Conformément au paragraphe 51 (1) de cette loi, ne font pas partie de la fortune foncière les terrains faisant partie de la fortune agricole (« land - und forstwirtschaftliches Vermögen »).

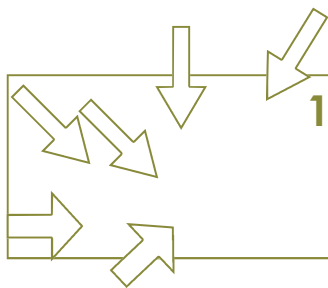
Les administrations communales ne devraient donc pas inscrire sur le relevé des places à bâtir des terrains faisant partie de la fortune agricole.

Cette vue des choses est confirmée par les travaux parlementaires de la loi du 22 octobre 2008. Le commentaire de l'article 23 du projet de loi est très clair là-dessus :

« L'insertion d'un nouveau paragraphe 53bis dans la BewG a pour objet de permettre la classification des immeubles non bâtis en 2 catégories, les terrains à bâtir à des fins d'habitation et les autres immeubles non bâtis. Les propriétés agricoles et forestières ne sont pas visées par cette mesure: elles font partie de la catégorie de fortune appelée fortune agricole et forestière. Les critères d'évaluation du paragraphe 53 BewG applicables aux terrains à bâtir sont les mêmes que ceux prévus pour l'évaluation des autres terrains non bâtis. »

Le Médiateur s'était adressé au Ministre de l'Intérieur et à la Grande Région afin qu'il clarifie ce problème. Or, selon ce dernier, il n'y aurait pas lieu de faire la distinction entre fortune foncière et fortune agricole. Le Ministre opine que dès lors qu'un terrain est susceptible de faire l'objet d'une autorisation de construire au sens de l'article 37 alinéa 3 de la loi modifiée du 19 juillet 2004 concernant l'aménagement communal et le développement urbain, il est réputé être un terrain à bâtir à des fins d'habitation que les administrations communales seraient en droit d'inscrire sur le relevé en question.

Le Médiateur continuera ses démarches dans ces dossiers.



1.4. Affaires concernant des établissements publics relevant de l'Etat et des Communes (y compris l'ADEM et la CNPF)

1.4.1. Affaires de sécurité sociale, y compris affaires relevant de la compétence de l'ADEM et de la CNPF

A. Sécurité sociale

Les relations entre le Médiateur et les organismes de la Sécurité sociale sont bonnes. En général, les organismes de la Sécurité sociale répondent rapidement aux demandes du Médiateur.

Accès des assurés à l'information

L'accès à la jurisprudence en matière de Sécurité sociale au sens large (incluant l'ADEM, la CNPF et la Commission mixte de reclassement) n'est pas assuré.

Comme les années précédentes, le Médiateur tient à souligner qu'il est important de mettre le citoyen sur un pied d'égalité avec l'administration en ce qui concerne l'accès aux décisions judiciaires. L'administration pour sa part étant au fait de toutes les jurisprudences, elle se trouve dans une position de force par rapport au citoyen.

Ainsi l'égalité des armes n'est pas garantie et le citoyen n'est pas en mesure de défendre correctement ses intérêts face à l'administration.

Le Médiateur recommande vivement l'élaboration d'une « Pasicrisie sociale » à l'instar de la « Pasicrisie rouge » et de la « Pasicrisie administrative ».

En ce qui concerne l'information du citoyen en matière de prise en charge de prestations de santé, le Médiateur a été cette année encore saisi de plusieurs affaires dans lesquelles l'assuré avait été mal informé sur ses droits.

A titre d'exemple, le Médiateur entend citer le cas d'un assuré qui a été mal informé sur la prise en charge de frais de transport en ambulance. L'assuré en question, ne pouvant être transporté qu'en position couchée, a dû recourir à une ambulance pour ses visites médicales. En l'espèce, à la fois son dentiste et son médecin spécialiste en maladies internes avaient délivré des ordonnances médicales pour les transports en ambulance vers leur cabinet médical respectif. Les ordonnances indiquaient expressément qu'aucun autre transport n'était possible, le patient devant être transporté en position allongée.

Or les statuts de la Caisse nationale de santé (CNS) ne prévoient pas la prise en charge de frais de transport en ambulance vers un cabinet médical. Le transport simple en ambulance est seulement remboursé en vue d'un traitement stationnaire ou ambulatoire dans un établissement hospitalier luxembourgeois ou dans un centre de rééducation fonctionnelle de même que pour un traitement urgent en policlinique.

Ceci ne ressort cependant ni des informations indiquées sur le site internet de la CNS, ni des informations indiquées sur le site internet « Portail santé ». Etant donné que les médecins du patient ne l'ont pas non plus informé du fait que la CNS ne prend pas en charge ce genre de transport en ambulance, le Médiateur se pose la question si tous les médecins ont une connaissance appropriée de la législation applicable afin de conseiller au mieux leurs patients.

En effet, en l'espèce une ordonnance médicale indiquait même que la consultation dans le cabinet médical du médecin traitant était à considérer comme un traitement urgent en policlinique. Cependant, la législation applicable en matière d'assurance maladie ne prévoit pas la possibilité d'assimiler un acte médical effectué en urgence en milieu extrahospitalier à un traitement ambulatoire urgent en policlinique.

Le médecin traitant établissait dès lors une ordonnance contenant une fausse information, fait que le patient considérait comme d'autant plus déplorable qu'il avait fait pleinement confiance à son médecin.

D'après les informations dont dispose le Médiateur, tous les médecins sont personnellement informés de toutes les modifications en matière de législation sur la santé. Or le Médiateur estime qu'il ne suffit pas de s'en tenir à une simple communication des dispositions législatives aux professionnels de la santé. Il serait pour le moins utile que de telles communications soient assorties d'explications adaptées aux besoins des médecins. Au regard de l'obligation du médecin, prévue par le Code de déontologie médicale, de connaître les lois, les règlements et les conventions qui régissent la Santé et la Sécurité sociale et qui s'appliquent à l'exercice de sa profession, il serait utile sinon nécessaire d'organiser une formation continue en matière administrative et législative pour tous les médecins qui exercent leur profession à Luxembourg.

D'autres assurés se sont plaints de lenteurs dans le traitement de leur dossier par certains organismes, notamment par la CNS et la CNAP, et d'un manque de renseignements voire encore de l'obtention d'informations erronées. Un manque d'information et une mauvaise information entraînent souvent des conséquences préjudiciables.

Ainsi, une assurée qui bénéficiait d'une pension d'invalidité transitoire n'avait pas été informée qu'à l'échéance de sa pension d'invalidité, il lui incombait de s'inscrire en tant que demandeuse d'emploi à l'ADEM et d'y déposer une demande en obtention des indemnités de chômage. La dame se trouvait dans une procédure de reclassement, mais la décision lui accordant le bénéfice du reclassement externe n'a été prise que trois mois après la date d'échéance de la pension d'invalidité transitoire.

Comme le reclassement externe ne peut pas rétroagir et que les indemnités de chômage dues à un travailleur à capacité réduite suite à une décision de reclassement externe ne sont versées qu'à partir de la date de la demande en obtention des indemnités de chômage auprès de l'ADEM, la dame était restée sans revenu pendant presque trois mois.

Santé au travail et procédure de reclassement

Santé au travail

Le Médiateur a été saisi de nombre de dossiers concernant le reclassement de travailleurs incapables d'occuper leur dernier poste de travail conformément aux articles L.551-1 à L.552-3 du Code du Travail.

Comme les années précédentes, des problèmes se posaient souvent en raison d'avis divergents des médecins traitants, du médecin du travail et de l'administration du Contrôle médical de la Sécurité sociale (CMSS), alors qu'il s'agissait en l'occurrence de cas où le salarié ne dispose d'aucun recours.

Comme le Médiateur le soulève dans sa recommandation n° 38-2008, il devrait y avoir une possibilité de recours dans les cas où la Commission mixte ne donne pas suite à une demande de reclassement au motif que, suivant l'avis du médecin du travail, la personne concernée est capable d'occuper son dernier poste de travail alors que la personne concernée ou le médecin traitant sont d'un autre avis.

De même, un recours devrait être possible lorsqu'en vertu de l'article L.326-6 du Code du Travail, suite à une décision de reclassement interne, le médecin du travail opine que le nouveau poste ou régime de travail est adapté aux capacités résiduelles de travail de la personne concernée alors que la personne concernée ou le médecin traitant ne partagent pas cet avis.

En raison des nombreux problèmes qui se posent concernant la procédure de reclassement, le Médiateur a sollicité diverses réunions de travail tant avec le médecin-directeur du CMSS qu'avec le chef de la Division de la santé au travail et le président de la Commission mixte de reclassement.

Au cours de ces réunions, il a été discuté notamment de l'interaction et de la collaboration entre le CMSS et les Services de santé au travail, de leurs missions respectives, mais également plus concrètement de la procédure de reclassement. La collaboration entre les deux services est bonne, mais l'interaction est parfois compliquée par des insuffisances et des lacunes tant au niveau structurel et organisationnel qu'au niveau des dispositions législatives et réglementaires.

Un problème auquel tant le CMSS que les Services de santé au travail sont confrontés relève de la surcharge de travail des médecins. En moyenne au Luxembourg, un médecin du travail est en charge de 5.000 travailleurs, alors que dans les pays tels que la France, la Belgique et la Suisse, mais également dans les pays scandinaves, le nombre de personnes prises en charge par un médecin du travail est de 3.000 au plus. Chaque médecin-conseil voit en moyenne 200 personnes par semaine.

Ces chiffres expliquent que les médecins concernés n'ont guère le temps de s'adonner à leur travail avec toute la diligence et tous les soins requis. Ils doivent se limiter à l'aspect purement médical. Le Médiateur se demande si l'objectif, qui doit être la santé du travailleur, peut être atteint dans ces conditions. Au vu de ces chiffres et surtout en les comparant à ceux de nos pays voisins, il semble indispensable de prévoir un renforcement des effectifs surtout au niveau des Services de la médecine du travail.

Un tel renforcement semble d'autant plus nécessaire qu'au-delà de l'aspect purement médical les médecins du travail exercent une mission essentiellement préventive. Ainsi, en vertu de l'article L.322-2 du Code du Travail les médecins du travail sont chargés d'examiner et de surveiller l'environnement de travail et les postes de travail dans les différentes entreprises en vue de détecter et de prévenir les risques pour la santé des salariés. Il incombe, entre autres, aux médecins du travail de conseiller les employeurs concernant la planification et l'aménagement des lieux de travail.

En vue de l'exécution de leur mission, il est indiqué que les médecins du travail aient une bonne connaissance des entreprises dont ils sont en charge. Leur formation, telle que prévue aux articles L.325-1 et suivants du Code du Travail ainsi qu'au règlement grand-ducal du 31 janvier 1995 relatif à la formation du médecin du travail, prévoit des visites régulières d'entreprises. De telles visites sont utiles et importantes alors que, pour pouvoir évaluer l'adéquation d'un poste de travail aux facultés d'un salarié, les médecins du travail sont supposés bien connaître les postes et les conditions de travail. Ils doivent connaître le fonctionnement des entreprises, ainsi que les tâches incombant aux différents salariés de l'entreprise.

Or, vu leur charge de travail et leur nombre restreint, les médecins du travail n'ont guère

le temps pour se consacrer à des visites d'entreprises. A cela s'ajoute que les employeurs ne semblent pas toujours favoriser de telles visites.

Reclassement

En ce qui concerne plus spécifiquement la procédure de reclassement, tant le CMSS que la Direction de la Santé sont conscients du fait que la procédure de reclassement est souvent lancée à défaut d'autre solution, alors que le reclassement n'est pas toujours la voie la plus indiquée.

Au regard de la mission de prévention des médecins du travail, le Médiateur s'est posé la question si les médecins du travail ne pouvaient pas proposer une solution autre que le reclassement pour des salariés affectés à un poste qui n'est plus adapté à leurs capacités de travail.

Les articles L.326-6 et L.326-9 du Code du Travail leur confèrent effectivement cette possibilité. Ainsi en vertu de l'article L.326-9 du Code du Travail, le médecin doit, en vue de constater l'aptitude ou l'inaptitude d'un salarié à occuper un poste de travail, étudier le poste et les conditions de travail. Selon cette disposition, *« L'étude du poste comporte une visite du poste faite en présence du salarié et de l'employeur si l'étude des conditions de travail l'exige. L'étude du poste doit porter sur les possibilités de mutation et de transformation du poste, justifiées par des considérations relatives notamment à la résistance physique ou à l'état de santé des salariés et comporte des propositions pour l'adaptation du poste que l'employeur devra prendre en considération, le tout dans la mesure du possible. »*

Cet article prévoit en plus que *« l'employeur doit dans la mesure du possible affecter le salarié déclaré inapte pour un poste à un autre poste de travail »*. Le médecin du travail devrait intervenir dans cette procédure de réaffectation à un autre poste ou d'aménagement du poste. L'article L.326-9 du Code du Travail prévoit en outre que l'employeur occupant régulièrement au moins 50 salariés a l'obligation d'affecter à un autre poste un salarié déclaré inapte pour un poste à risques lorsque ce salarié a été occupé pendant au moins 10 ans par l'entreprise. Dans les autres cas, il n'existe aucune obligation de ce genre.

En pratique, les médecins du travail ont rarement le temps de s'investir auprès de l'employeur pour assurer la mise en œuvre de ces dispositions du Code du Travail. Comme en plus, aucun véritable contrôle du respect de ces dispositions n'est effectué, les sanctions prévues ne sont, en fait, pas appliquées.

Il semble par ailleurs que très souvent, le médecin du travail hésite à déclarer un salarié inapte à occuper son poste pour éviter que l'employeur le licencie ou lui impose un autre poste entraînant une réduction de salaire.

Par conséquent, le médecin du travail préfère dans de nombreux cas réorienter le salarié concerné vers un reclassement. En effet, en cas de reclassement, le Fonds pour l'emploi paie une indemnité compensatoire au salarié reclassé si le nouveau poste entraîne une diminution de salaire. Au cas où le médecin du travail propose un changement de poste ou un aménagement du poste en dehors de la procédure de reclassement, le salarié devra en général accepter une diminution de salaire puisqu'il est peu probable que l'employeur accepte de continuer à payer un salaire qui ne correspond plus au travail presté par le salarié.

Cependant, il appartient au CMSS et à lui seul de déclencher la procédure de reclassement.

Dans l'exercice de cette mission, le CMSS se heurte au problème de l'absence de critères selon lesquels il doit juger si une personne est incapable d'occuper son dernier poste de travail. L'article L. 552-2 du Code du Travail énonce, sans autre précision, que « *Lorsque le Contrôle médical de la sécurité sociale estime que la personne concernée est susceptible de présenter une incapacité pour exercer son dernier poste de travail, il saisit la commission mixte, en accord avec l'intéressé.* »

Le Médiateur estime qu'il serait utile de modifier les dispositions législatives concernant le reclassement dans le sens que le CMSS devrait pouvoir juger de l'éligibilité pour la procédure de reclassement sur base de la profession exercée et non pas sur base du dernier poste de travail. Une telle redéfinition de l'éligibilité serait d'autant plus opportune que très souvent les personnes se trouvant en reclassement externe, tout en restant aptes à exercer leur profession, refusent de reprendre un travail parce qu'ils ont peur de perdre le bénéfice du reclassement. Ainsi le bénéfice du reclassement ne resterait réservé qu'aux personnes qui n'ont que peu de chances de se réinsérer dans le marché du travail.

Aussi, afin d'encourager les personnes reclassées à rechercher un nouvel emploi serait-il indiqué d'envisager le maintien de leur reclassement dans le cas d'un licenciement pour raisons économiques. De même qu'il serait opportun de réfléchir sur la liberté laissée au salarié reclassé de changer d'employeur sans pour autant perdre le bénéfice du reclassement.

Le Médiateur considère par ailleurs que le reclassement ne devrait pas être définitif dans le sens qu'il ne tient pas compte d'une possible évolution de l'état de santé de la personne reclassée.

De même qu'il est possible qu'une personne qui bénéficie d'un reclassement récupère un jour ses pleines capacités de travail, il n'est pas non plus à exclure que l'état d'une personne reclassée puisse s'aggraver au point qu'au bout d'une certaine période, elle ne sera plus capable d'occuper le nouveau poste qui lui a été assigné. Or la législation actuelle ne prévoit aucun suivi médical des personnes ayant obtenu un reclassement.

Pour toutes ces raisons, il serait hautement souhaitable d'organiser un suivi médical des personnes reclassées afin de prévenir dans toute la mesure du possible des situations inadaptées à l'état de santé des personnes concernées.

Au cours des années 2008 et 2009, 1.055 reclassements internes et 2.188 reclassements externes ont été décidés. Les reclassements externes représentent donc quasiment le double des reclassements internes. Cela tient en bonne partie au fait que la Commission mixte n'a souvent pas le choix entre reclassement interne et externe, puisque souvent un reclassement interne n'est pas possible.

Conformément à l'article L. 551-2 (1), seul l'employeur qui occupe régulièrement plus de vingt-cinq salariés et qui n'occupe pas le quota requis de salariés handicapés (les bénéficiaires d'un reclassement interne ou externe étant inclus dans ce quota) est tenu d'accepter le reclassement interne d'un salarié.

Toutefois et nonobstant cette disposition, l'employeur peut refuser un reclassement interne en rapportant la preuve qu'un tel reclassement interne lui causerait des préjudices graves.

Dans les faits, certaines entreprises n'ont pas de poste disponible pour reclasser en interne

un salarié. Il arrive fréquemment que, par exemple, des entreprises de transport n'occupent que des chauffeurs de camion et seulement quelques personnes dans l'administration. Au cas où l'un des chauffeurs de camion devient incapable d'occuper son dernier poste de travail, il n'est pas possible de le reclasser en interne puisqu'il n'a pas de connaissances ni de pratique en matière de gestion administrative et/ou de comptabilité. Reste donc seulement le reclassement externe pour un tel salarié. Le même problème se pose pour les entreprises de construction.

Au regard de la complexité de la procédure de reclassement, une bonne collaboration entre les Services de santé au travail, le CMSS et la Commission mixte est extrêmement importante.

La Commission mixte prend ses décisions de reclassement sur base de l'avis du médecin du travail. Dans certains cas, cet avis peut ne pas être suffisamment motivé pour permettre à la Commission mixte de prendre une décision quant aux capacités de travail de la personne concernée.

Dans d'autres cas, il est permis de douter de l'objectivité du médecin du travail. La médecine du travail est actuellement organisée de manière très hétérogène en plusieurs services. Certaines entreprises ont leur propre médecin du travail qui est même salarié de l'entreprise concernée. Dans ces conditions, il est pour le moins légitime de douter de son indépendance à l'égard de l'employeur. Un tel médecin du travail intervenant dans une procédure de reclassement concernant un salarié de l'entreprise se trouve clairement en situation de conflit d'intérêts.

En raison de ces multiples problèmes, il serait opportun de réfléchir à certaines modifications de la procédure de reclassement. En plus d'un suivi médical des personnes reclassées, des critères plus élaborés quant à l'appréciation par le CMSS de l'incapacité pour un salarié d'exercer son dernier poste de travail seraient souhaitables.

Le Médiateur est conscient que de telles modifications, aussi utiles et nécessaires qu'elles soient, ne seraient pas de nature à résoudre tous les problèmes liés à la procédure de reclassement. Il en est ainsi notamment des problèmes liés au « mobbing » dans les entreprises.

En vue de mettre les médecins du travail et le CMSS en mesure d'exécuter leurs missions res-

pectives conformément aux attentes légitimes des travailleurs, il semble indispensable au Médiateur de renforcer les effectifs tant au niveau du CMSS qu'au niveau des Services de la santé au travail.

De manière plus générale, le Médiateur se demande s'il ne serait pas utile d'opérer des changements plus fondamentaux au niveau de la structure des Services de santé au travail et du CMSS.

Tout en laissant ouverte la question de la plus-value que pourrait apporter le regroupement du CMSS et des Services de santé au travail dans une même structure, il serait pour le moins indiqué de mettre en place une administration unique regroupant tous les Services de santé au travail.

De par la mise en place d'une structure homogène, les Services de santé au travail seraient autrement plus outillés pour s'acquitter de leurs multiples missions en matière de santé au travail. En favorisant la présence des médecins du travail sur le terrain, une telle réorganisation contribuerait à l'instauration d'une véritable culture de la santé au travail ; une culture dont la consistance serait à la mesure de l'engagement et du souci permanent des employeurs de veiller à ce que l'organisation du travail à l'intérieur des entreprises reste dans toute la mesure du possible adaptée à l'évolution de l'état de santé et des aptitudes des salariés.

Caisse Nationale de Santé

Détermination de l'indemnité pécuniaire de maternité suite au congé parental

Le Médiateur a été saisi du problème ayant trait au refus par la Caisse nationale de Santé de verser des indemnités pécuniaires de maternité après une période de congé parental à plein temps. Durant le congé parental, le contrat de travail est suspendu et l'assurée est seulement affiliée à l'assurance maladie dont la couverture se limite aux soins de santé.

La CNS s'est référée à l'article 10 du Code de la Sécurité sociale selon lequel l'indemnité pécuniaire de maladie est calculée sur la base de l'assiette cotisable définie aux articles 34 et 39 relative aux affiliations en cours au moment de la survenance de l'incapacité de travail. Or l'indemnité de congé parental à plein temps versée par la Caisse des Prestations familiales n'est pas soumise à la cotisa-

tion pour prestations en espèces. L'assurée qui prend son congé de maternité suite à un congé parental ne pourrait donc recevoir des indemnités pécuniaires de maternité faute d'assiette cotisable pouvant former leur base de calcul.

Cette argumentation méconnaît cependant l'article L.234-48 sub 8 du Code de travail aux termes duquel la période de congé parental est prise en compte comme période de stage au titre de l'article 25 du Code de la Sécurité sociale. Cet article prévoit qu'a droit à une indemnité pécuniaire de maternité l'assurée salariée, affiliée à titre obligatoire pendant six mois au moins au titre de l'article 1^{er}, points 1 à 5 et 7 au cours de l'année précédant le congé de maternité. L'article L 234-48 susvisé établit clairement la volonté du législateur d'accorder en principe aux assurées en cours ou après le congé parental une indemnité pécuniaire de maternité.

Le Médiateur a signalé à la CNS que le problème résultant de l'article 10 du Code de la Sécurité sociale peut être résolu par le biais de l'alinéa 3 du même article et de l'article 178 des Statuts de la Caisse nationale de Santé aux termes desquels *« à défaut de mois entièrement couverts par une activité soumise à l'assurance, la rémunération de base est portée en compte suivant la valeur convenue dans le contrat de travail »*.

Arguant que de telles situations ne seraient pas couvertes par les articles susvisés, la CNS a maintenu sa position.

Le Médiateur s'est vu conforter dans son interprétation par la prise de position du Directeur de l'Inspection générale de la Sécurité sociale (IGSS) qui a donné instruction à la Caisse nationale de Santé de faire application de l'article 10, alinéa 3 du Code de la Sécurité sociale et de se référer à la valeur de la rémunération prévue au contrat de travail.

Le même problème s'est posé dans un autre dossier où au lieu d'un congé parental, le congé de maternité a été précédé d'une dispense de travail de 20 heures au titre de la loi du 1 août 2001 concernant la protection des travailleuses enceintes, accouchées et allaitantes. Cette dispense de travail a été accordée une dizaine de jours après que l'assurée avait repris son travail à plein temps suite à un congé sans solde à mi-temps.

Le premier problème qui s'est posé dans cette affaire était lié au calcul du montant

de l'indemnité pécuniaire pour les vingt heures de dispense de travail. La réclamante se fondait sur l'article 10, alinéa 3 du Code de la Sécurité sociale pour revendiquer le calcul de l'indemnité pécuniaire sur la valeur de la rémunération contractuelle. Elle affirmait ne pas disposer d'un seul mois entièrement couvert par une activité pendant les trois derniers mois précédant la dispense de travail : les deux premiers mois, elle avait travaillé à mi-temps et le troisième mois, elle avait recommencé à travailler à plein temps pendant une dizaine de jours. La Caisse nationale de Santé par contre a calculé cette indemnité pécuniaire sur la base de la rémunération la plus élevée des trois derniers mois précédant le début du paiement de l'indemnité pécuniaire. Cette rémunération était beaucoup moins élevée que le salaire à plein temps prévu au contrat de travail.

Le second problème qui se posait était la détermination du montant de l'indemnité pécuniaire de maternité. La Caisse nationale de Santé a continué à se référer à la rémunération la plus élevée des trois derniers mois précédant le début de la dispense de travail de 20 heures au titre de la loi du 1 août 2001 précitée. Par analogie à l'instruction¹ du Directeur de l'IGSS, le Médiateur estime qu'en cas de dispense de travail à mi-temps, l'assiette cotisable étant incomplète, il y a lieu de se référer à la rémunération à plein temps prévue au contrat de travail.

La prise de position du Médiateur a été transmise au Directeur de l'IGSS. A ce jour, le Médiateur reste en attente d'une décision définitive.

¹ Le Directeur de l'IGSS constate en effet que *« l'assiette cotisable est incomplète dans tous les cas, que l'assurée prenne son congé parental à temps plein ou à temps partiel »*

B. Administration de l'Emploi (ADEM)

Les réclamations à l'encontre de l'ADEM sont restées nombreuses. Certains réclamants ont déploré n'avoir reçu aucune réponse au courrier qu'ils ont adressé à l'ADEM. D'autres se sont plaints pour n'avoir reçu que des réponses très sommaires voire des informations inexactes de la part des services de l'ADEM.

1. Aide au réemploi

Le Médiateur a été saisi de plusieurs réclamations concernant l'aide au réemploi.

En vertu du règlement grand-ducal du 17 juin 1994 modifié fixant notamment les modalités et conditions d'attribution d'une aide au réemploi, l'aide au réemploi permet aux bénéficiaires reclassés dans un nouvel emploi de toucher une rémunération, égale à 90 % de la rémunération antérieure pendant une durée de 4 ans.

Le Médiateur a été saisi de plusieurs réclamations ayant trait au refus par l'ADEM d'octroyer des aides au réemploi au motif que les requérants ne seraient pas dans un lien de subordination à l'égard de leur employeur.

Le Médiateur a déclaré non fondées les réclamations introduites par plusieurs personnes qui ont constitué ensemble une société dans laquelle chacune détenait une participation d'environ 25 %. Elles étaient membres du conseil d'administration tout en assumant des fonctions techniques dans la société. Il était évident que ces réclamants ne remplissaient pas la condition d'un lien de subordination.

D'autres réclamations ont été introduites par des personnes engagées par des sociétés et dont elles étaient titulaires de l'autorisation d'établissement. Bien qu'elles ne fussent pas actionnaires ou associés, l'ADEM a refusé l'aide au réemploi. Le refus était motivé par le fait que l'autorisation d'établissement avait été accordée sous la condition que le titulaire en question assume des fonctions de gérant dans la société.

Il est évident que la personne détenant une autorisation d'établissement est tenue d'exercer de manière effective l'activité menée par l'entreprise. C'est pourquoi le Ministre des Classes moyennes exige que le titulaire de l'autorisation assure la gestion de l'entreprise et dispose d'un pouvoir de signature. Ces exigences ont pour but d'empêcher que l'activité ne soit exercée sous le couvert d'une autre personne.

La question se pose dès lors de savoir si l'activité de gérant investi d'un pouvoir de représentation de la société exclut nécessairement tout lien de subordination dans le cadre d'une société. Il est clair que les personnes déléguées à la gestion journalière ne se trouvent pas dans un tel lien. En effet, la subordination à un conseil d'administration n'est pas à qualifier de subordination proprement dite en tant que salarié.

En pratique cependant, des situations très diverses peuvent survenir. Dans de grandes sociétés, il se peut très bien que la gestion journalière soit assumée par une personne experte en management voire que l'achat et l'approvisionnement ou les fonctions commerciales soient assurées par des personnes spécialisées dans ces domaines. Dans de pareils cas, le titulaire de l'autorisation d'établissement assume des fonctions dans la sphère technique. Il est évident qu'une telle personne se trouve souvent dans un lien de subordination par rapport au délégué à la gestion journalière voire à l'égard d'un comité de direction.

Le fait de disposer d'une autorisation d'établissement et d'un pouvoir de signature conjointe ne peut être une présomption irréfutable pour écarter tout lien de subordination.

Le Médiateur insiste pour que les différents critères soient appliqués avec discernement et flexibilité en prenant en compte davantage la situation de fait que les critères purement juridiques et formels.

Ainsi, une réclamation introduite auprès du Médiateur avait trait à une personne ayant obtenu un emploi auprès d'une société par l'entremise de l'ADEM qui lui avait versé l'aide au réemploi. Elle avait dès lors droit à l'aide au réemploi. Cette personne détenant un brevet de maîtrise en électricité fut nommé gérant technique et détenait l'autorisation d'établissement pour la société. Un pouvoir de signature lui fut conféré et elle pouvait engager la société conjointement avec d'autres fondés de pouvoir. Après en avoir eu connaissance, l'ADEM lui demanda la restitution des aides versées au motif qu'un lien de subordination faisait défaut. Suite aux démarches du Médiateur, l'ADEM a maintenu ce gérant dans ses droits en tenant compte du fait qu'il était dans un lien de subordination par rapport à un administrateur-délégué.

Dans un autre dossier, une personne était nommée « manager » d'une petite société dont elle était l'unique salarié. Elle n'était ni actionnaire, ni membre du conseil d'administration. Cette personne, chargée de la gestion journalière, devait assumer toutes les tâches de la société y compris celles de secrétaire. Elle était subordonnée au conseil d'administration qui surveillait étroitement son travail et lui donnait des instructions très précises. La nature de son activité n'était qu'un travail d'exécution consistant principalement en des tâches administratives. En réalité, ce réclamant semblait bien être lié à la société par un lien de subordination.

Dans une prise de position écrite du Ministre du Travail, de l'Emploi et de l'Immigration adressée au Médiateur, le Ministre a accepté qu'une personne puisse cumuler les fonctions de mandataire social et de salarié de la société à condition que « *le contrat de travail soit une convention distincte correspondant à une fonction réellement exercée et qu'il soit caractérisé par un rapport de subordination d'employé à l'employeur ...* ».

A condition que le contrat de travail ait une réelle existence et corresponde à des fonctions techniques nettement dissociables de celles découlant du mandat, les personnes chargées d'une double fonction devraient se voir octroyer l'aide au réemploi.

Dans un autre contexte, le Médiateur est intervenu auprès de l'ADEM pour faire valoir que le règlement grand-ducal du 17 juin 1994 modifié fixant notamment les modalités et conditions d'attribution d'une aide au réemploi n'exclut pas qu'une personne qui a touché pendant quatre années l'aide au réemploi puisse en bénéficier une deuxième fois.

Dans son intervention le Médiateur s'est référé à la réponse à une question parlementaire du 2 avril 2003 dans laquelle le Ministre du Travail et de l'Emploi a estimé qu'*« après analyse du texte, il est effectivement aberrant de limiter l'octroi de l'aide au réemploi à 48 mois par vie professionnelle. Le texte ne le dit d'ailleurs nullement et ne permet pas non plus une telle interprétation. L'article 14 du règlement grand-ducal du 31 juillet 1995 vise chaque situation dans laquelle le salarié peut tomber, au cours de sa vie professionnelle, correspondant aux critères de cet article. Par ailleurs, il a droit, à chaque nouvelle fois correspondant aux critères légaux de l'article 14, aux 48 mois prévus par l'article 16 précité. L'approche inverse ne tient nullement compte de la finalité de l'aide »*.

Comme l'ADEM a pourtant maintenu sa position selon laquelle l'aide au réemploi est à accorder pour une période de 48 mois au maximum par carrière professionnelle, elle a estimé que tout paiement de l'aide au-delà de cette limite devrait reposer sur une décision ministérielle.

Le Médiateur a dû s'adresser au Ministre du Travail et de l'Emploi qui a confirmé la décision prise par son prédécesseur.

2. Indemnités de chômage

Le Médiateur a été saisi d'une réclamation par un frontalier français qui bénéficie d'une pension d'invalidité dans son pays.

La Commission mixte a décidé le reclassement externe de cette personne. Conformément à l'article L.551-5 du Code du Travail, en cas de reclassement externe, le salarié est inscrit d'office comme demandeur d'emploi auprès de l'ADEM à partir du jour suivant la notification de la décision de reclassement.

Suite à son inscription comme demandeur d'emploi auprès de l'ADEM, la personne concernée s'est vu refuser le bénéfice des indemnités de chômage du fait qu'elle touchait une modique pension d'invalidité. En effet l'article L.521-3 du Code du Travail prévoit que le demandeur d'emploi qui souhaite bénéficier des indemnités de chômage ne doit être bénéficiaire ni d'une pension de vieillesse ou d'invalidité ni d'une rente plénière d'accident.

Le Médiateur s'est adressé au Ministre du Travail et de l'Emploi en lui donnant à considérer s'il ne faudrait pas modifier l'article 521-3 du Code du Travail dans le sens que lorsqu'un travailleur à capacité réduite souhaite bénéficier des indemnités de chômage suite à une mesure de reclassement externe et qu'il bénéficie déjà d'une pension d'invalidité dans un autre pays membre de l'Union européenne, ses indemnités de chômage seront réduites à concurrence du montant de la pension qui lui est allouée.

Dans sa réponse le Ministre du Travail et de l'Emploi a indiqué qu'en vertu d'un arrêt de la Cour de Justice des Communautés européennes (CJCE) C-232 du 10 mars 1983 dans une affaire Margherita BACCINI contre Office national de l'Emploi (ONEM) il a été considéré que : « *lorsque l'accès selon la législation nationale d'un Etat membre d'un travailleur migrant, au bénéfice de l'allocation de chômage dépend de son aptitude au travail et que cette aptitude au travail a été admise par les autorités compétentes dudit Etat membre, celles-ci ne sauraient refuser au travailleur intéressé le bénéfice de l'allocation de chômage pour le motif qu'il perçoit dans un Etat membre une pension d'invalidité établie selon les règles communautaires, totalisée et proratisée* ».

Ainsi la CJCE a retenu que lorsqu'un Etat membre a reconnu la personne apte à exercer une activité salariée, ce dernier n'est pas

admis à se prévaloir du versement d'une pension d'invalidité dans un autre Etat membre pour refuser le droit au bénéfice des indemnités de chômage à cette personne.

A la lumière de ces considérations, le Ministre du Travail et de l'Emploi a prié Madame le Directeur de l'ADEM d'admettre la personne concernée au bénéfice des indemnités de chômage.

Le Médiateur se félicite que le Ministre du Travail et de l'Emploi, après concertation avec le Ministre de la Sécurité sociale, envisage de modifier l'article L.521-3 du Code du Travail en introduisant des dispositions de non-cumul au lieu et place d'un refus d'octroi des indemnités de chômage.

C. Caisse nationale des Prestations familiales (CNPF)

Le nombre de réclamations mettant en cause la Caisse nationale des Prestations familiales n'a guère diminué.

Le Médiateur apprécie la bonne collaboration avec les responsables de la CNPF notamment à travers des réunions de médiation organisées à des intervalles réguliers.

Le Médiateur se félicite des initiatives prises par la CNPF pour accélérer le traitement des dossiers. La numérisation des dossiers devrait améliorer sensiblement la gestion des demandes.

Nombre de citoyens continuent à se plaindre de l'absence de réponse à leurs demandes d'information écrites auprès de la CNPF. Ainsi ils ignorent si leur dossier est complet voire si les pièces, attestations ou certificats remis sont conformes à ceux requis par la CNPF.

Les réclamants déplorent souvent que leur dossier et le versement des allocations familiales soient bloqués tout en ignorant les raisons concrètes de ce blocage.

Ils mettent tous en avant l'impossibilité de contacter directement le gestionnaire de leur dossier.

Ils se plaignent par ailleurs que les informations reçues au guichet de la CNPF ne sont pas tou-

jours correctes.

De façon générale, il y a également lieu d'observer que nombre de courriers que la CNPF adresse aux citoyens sont des textes standardisés qui sont insuffisamment explicites et peu adaptés à la situation individuelle du citoyen. Le Médiateur a ainsi été saisi d'une réclamation par laquelle une personne a signalé que par d'itératifs courriers la CNPF ne cessait de lui réclamer la communication d'un certificat de résidence. Or la personne réside en France et la commune où elle habite ne délivre pas de tels certificats. Même une attestation sur l'honneur établi par un agent de la municipalité comme quoi la personne habite sur le territoire de la commune n'est pas de nature à satisfaire la CNPF qui continue d'insister sur la délivrance d'un certificat de résidence. Au vu de la situation impossible dans laquelle se trouve la réclamante, le Médiateur est intervenu auprès de la CNPF afin de l'amener à revoir sa position dans ce dossier. A ce jour, le Médiateur reste dans l'attente d'une prise de position de la part du Président de la Caisse.

Le Médiateur a été saisi de quelques réclamations dans lesquelles les réclamants, résidant à l'étranger, se sont plaints que le versement des allocations différentielles avait été suspendu.

Ainsi le Médiateur a eu à connaître d'une réclamation lui adressée par un allocataire de prestations familiales dont les enfants biologiques résident avec son ex-conjointe et qui lui-même habite dans un ménage où résident les enfants de sa nouvelle compagne. En vertu des dispositions communautaires les allocations familiales différentielles sont dues pour les enfants biologiques ainsi que pour les enfants qui résident dans le ménage de l'allocataire. Suite à l'intervention du Médiateur, les paiements ont pu être débloqués.

Le Médiateur a par ailleurs été saisi de plusieurs réclamations émanant de parents qui se sont vu opposer la prescription annale à leur demande d'allocation postnatale.

En vertu de l'article 293 du Code de la Sécurité sociale, l'allocation de naissance se prescrit un an après la naissance du bébé. La prescription relative à la troisième tranche de l'allocation de naissance ne prend cours qu'à la date à laquelle l'enfant atteint l'âge de deux ans.

Or, sur le formulaire remis aux parents il était marqué que le délai de prescription en matière d'allocation postnatale serait de deux ans.

Par une loi de 2002 le délai de prescription applicable aux arrérages d'allocations familiales a été allongé d'une année. La prescription biennale est devenue la règle pour les allocations familiales.

En vue de l'harmonisation envisagée du délai de prescription de toutes les prestations familiales, la CNPF a anticipé sur l'avenir en faisant imprimer des formulaires de demande en obtention d'une allocation postnatale sur lesquels était indiqué un délai de prescription de deux ans.

Or jusqu'à ce jour le législateur n'a pas procédé à une modification de la prescription de l'allocation de naissance.

Ainsi nombre de parents concernés en se fiant aux indications marquées sur le formulaire ont introduit tardivement leur demande en obtention de l'allocation postnatale.

Tout en critiquant sévèrement une telle façon de procéder de la part de la CNPF, le Médiateur ne pouvait malheureusement pas intervenir en faveur des familles concernées dès lors que la Caisse, en leur opposant un délai de prescription d'un an, a agi dans la stricte légalité.

Le Médiateur a été saisi d'une réclamation de parents qui se plaignaient de la décision prise par la CNPF d'arrêter le paiement des allocations familiales alors pourtant que leur fils a continué des études universitaires.

Après avoir terminé ses études secondaires en juin 2009, l'étudiant s'est inscrit dans une université en Australie, mais les cours n'y ont commencé qu'en mars 2010. La CNPF a arrêté le paiement des allocations familiales le 30 septembre 2009 et a informé la famille que le droit aux prestations familiales à partir du 1^{er} mars 2010 ne pourrait être examiné qu'après remise d'un certificat d'études établi par l'Université en Australie.

Or, les parents estimaient que la preuve du paiement des frais d'inscription était suffisante pour reconnaître d'ores et déjà la qualité d'étudiant à leur fils.

Suite à l'intervention du Médiateur et après la remise du certificat d'études exigé par la CNPF, la famille a pu toucher à nouveau des allocations familiales rétroactivement à partir du mois d'octobre 2009.

PARTIE 2

2.1. Des recommandations du Médiateur et des suites y réservées par les autorités compétentes



2.1. Des recommandations du Médiateur et des suites y réservées par les autorités compétentes

Le pouvoir de formuler des recommandations et de procéder à leur publication est un moyen d'action utile et valorisant dans l'exercice de la magistrature d'influence du Médiateur.

Au-delà de multiples recommandations ayant pour objet le réexamen de décisions administratives individuelles, le Médiateur a, jusqu'à ce jour, formulé 43 recommandations relatives au bon fonctionnement de l'administration et/ou comportant des propositions de modifications législatives ou réglementaires.

Parmi les recommandations qui ont trouvé une réponse de la part des autorités compétentes, 28 ont jusqu'à présent été suivies et transposées ou sont en voie d'être transposées, soit dans la pratique administrative, soit dans le droit interne.

A. Recommandations visant à améliorer le fonctionnement des administrations concernées

Recommandation N°22 relative au fonctionnement de l'Administration de l'Emploi

Attendu que depuis son entrée en fonctions, le Médiateur a été saisi de plus de cent réclamations à l'encontre de l'Administration de l'Emploi relatives notamment à des lenteurs constatées dans le processus de paiement de certaines prestations de chômage, aux lenteurs dans la procédure de traitement d'indemnités compensatoires en cas de reclassement interne ou externe, au non-renouvellement de contrats d'auxiliaires temporaires (CAT), au retrait de l'indemnité de chômage pour refus de travail, à la perte temporaire de l'indemnité de chômage pour manquement aux obligations à l'égard du placeur;

attendu qu'en date du 16 mai 2006, le Médiateur a eu une réunion de travail avec Ma-

dame le Directeur et les responsables des différents services de l'Administration de l'Emploi ;

que suite à cette réunion, deux collaborateurs du Médiateur ont pris contact avec les responsables de l'Administration de l'Emploi pour se faire sur place une idée plus précise du fonctionnement des différents services,

que de ces échanges de vues avec les responsables de l'Administration de l'Emploi se dégagent les considérations suivantes :

considérant que le succès de toute politique volontariste d'intégration ou de réintégration des demandeurs d'emploi sur le marché du travail est essentiellement tributaire du bon fonctionnement et de l'efficacité des services de l'Administration de l'Emploi ;

considérant et reconnaissant les efforts accomplis par les responsables de l'Administration de l'Emploi tant au niveau de la réorganisation interne que de l'informatisation ;

considérant que ces efforts demandent constamment à être évalués tant au regard des expériences acquises, qu'au regard des faiblesses et des insuffisances subsistantes au niveau du fonctionnement de l'Administration ;

considérant que la précarité dans laquelle se trouvent les personnes à la recherche d'un emploi appelle tant de la part de l'Administration et des employeurs un respect et une attention particulières pour les problèmes, les intérêts et les droits des demandeurs d'emploi que de la part de ces derniers une prise de conscience et le respect de leurs obligations ;

considérant que l'évolution des exigences du marché du travail et le nombre relativement restreint de placeurs au service des demandeurs d'emploi sont deux facteurs qui devraient interpeller les pouvoirs publics tant au niveau de la formation qu'au niveau du recrutement des agents du service de placement ;

considérant que l'encadrement personnalisé des demandeurs d'emploi, le suivi régulier

de chaque dossier, les conseils pratiques aux demandeurs d'emploi, le traitement rapide et professionnel des offres d'emploi, de même que l'amélioration des relations entre l'Administration et les employeurs sont autant de charges prioritaires qui incombent aux agents du Service Placement ;

considérant l'inadéquation des placeurs disponibles, au nombre de 25, par rapport aux tâches prédécrites ;

qu'en effet, exiger d'un placeur de faire un suivi permanent et individuel de ses dossiers à raison de plus de 10.000 rendez-vous annuels et plus de 40 contacts par jour avec les demandeurs d'emploi relève d'une mission quasi impossible ;

considérant dès lors que les exigences d'un travail de placement efficace à travers un accompagnement personnalisé des demandeurs d'emplois appellent d'urgence un renforcement sensible du nombre des placeurs au service de l'Administration de l'Emploi ;

considérant l'absence de formation spéciale dans le chef des placeurs recrutés soit dans la carrière de l'expéditionnaire soit dans la carrière du rédacteur ;

considérant cependant qu'au-delà d'un engagement personnel, les diverses charges dont ils sont investis requièrent de la part des placeurs des compétences certaines et notamment des connaissances approfondies en matière de la législation sociale et de la pratique administrative et surtout un savoir-faire et un comportement adaptés aux exigences d'une population souvent difficile parce que fragilisée ;

considérant dès lors le besoin de prévoir pour les candidats placeurs une formation initiale et continue axée essentiellement sur les tâches d'accompagnement et de conseil qui les attendent ;

considérant que l'importance et la difficulté de la tâche incombant aux placeurs ainsi que le stress auquel ils sont quotidiennement exposés militent en faveur du renouvellement périodique de l'effectif ;

considérant que les bonnes et surtout les mauvaises expériences accumulées par les placeurs au fil des années comportent tant le risque d'usure que le risque d'un jugement empreint de préjugés, autant de phéno-

mènes qui sont hautement préjudiciables à la qualité du travail de placement ;

considérant dès lors la nécessité de prévoir un système de rotation du personnel au service de l'Administration de l'Emploi à travers un remplacement périodique des agents du Service Placement par des agents nouvellement formés ;

considérant que le bon fonctionnement de l'administration publique est essentiellement tributaire de l'accueil et de l'encadrement réservés au citoyen ;

considérant que la multiplicité des services au sein de l'Administration de l'Emploi dont l'articulation est peu visible de l'extérieur comporte le risque d'un cloisonnement interne peu propice à un traitement efficace des demandes d'emploi ;

considérant que le guide du demandeur d'emploi remis à toute personne dès sa première inscription à l'Administration de l'Emploi, pour utile qu'il soit n'est pas suffisant pour lui faire comprendre le sens et la portée des droits et des obligations qui sont les siennes ;

considérant que par des informations et des explications claires, précises et exhaustives fournies à l'accueil, l'Administration de l'Emploi faciliterait largement les formalités et les démarches ultérieures à accomplir par les demandeurs d'emploi ;

considérant l'utilité de détecter au plus tôt, dès leur inscription, les besoins d'un accompagnement personnalisé des demandeurs d'emploi ;

considérant qu'à cet effet un premier entretien individuel avec les demandeurs d'emploi pourrait donner au personnel du Service d'Accompagnement Personnalisé des Demandeurs d'Emploi (SAPDE) des indications pertinentes au regard des exigences d'une assistance personnalisée ;

qu'une prise en charge individuelle à l'accueil notamment pour informer les demandeurs d'emploi sur leurs droits et leurs obligations et pour les aider, le cas échéant, à remplir correctement et soigneusement leur fiche personnelle faciliterait d'autant le travail des placeurs tout en augmentant les chances des demandeurs d'emploi de trouver dans les meilleurs délais un travail correspondant aux aptitudes et aux compétences qui sont les leurs ;

considérant dès lors l'opportunité et l'utilité pour le Service d'Accompagnement Personnalisé des Demandeurs d'Emploi (SADPE) d'intervenir en amont du Service Placement en l'occurrence déjà au stade de la première inscription des demandeurs d'emploi et non seulement après six mois depuis la première inscription des adultes respectivement après trois mois depuis la première inscription des jeunes demandeurs d'emploi ;

considérant que le retrait de l'indemnité de chômage notamment en cas de refus non-justifié d'un poste de travail approprié relève en premier lieu de l'évaluation du placeur ;

considérant que la responsabilité incombant au placeur est d'autant plus lourde qu'il n'est pas à l'abri d'une erreur d'appréciation au regard de faits voire d'explications mal articulées ou d'une fausse indication figurant sur la carte d'assignation retournée à l'Administration de l'Emploi par l'employeur ;

considérant que le Directeur à qui incombe la décision finale est appelé en cas de contestation à vérifier et apprécier les explications et les arguments avancés par les demandeurs d'emploi en cause ;

considérant que le Directeur accaparé par ses différentes tâches n'a guère le temps d'instruire à fond les contestations dont il est saisi et qu'il ne peut à cet effet s'appuyer que sur deux contrôleurs pour procéder, le cas échéant, aux investigations requises ;

considérant que la procédure de sanction administrative pourrait être activée et mieux servie par la création d'un Service du Contentieux ;

considérant le contentieux assez volumineux dont le Service des Prestations de Chômage complet est quotidiennement en charge sans pour autant disposer d'un seul juriste ;

considérant dès lors l'utilité voire la nécessité de créer un Service du Contentieux à rattacher au Service des Prestations de Chômage complet ;

considérant que le demandeur d'emploi qui fait valoir son droit à l'octroi aux indemnités de chômage doit présenter une attestation patronale renseignant entre autres sur les périodes d'occupation, les motifs de la cessation de travail, la rémunération brute qu'il

a touchée au cours des quatre mois précédant la survenance du chômage ;

considérant qu'il n'est pas rare que, pour quelle que raison que ce soit, l'employeur concerné tarde à transmettre une attestation signée au demandeur d'emploi et que, malgré la pression exercée par l'Administration de l'Emploi, il arrive que plusieurs mois s'écoulent avant que le dossier soit complété et que le demandeur d'emploi puisse bénéficier de l'indemnité de chômage ;

considérant que de tels retards imputables à des employeurs peu diligents viennent s'ajouter à une période minimale de deux mois requise pour le traitement des dossiers, l'ordonnancement et la liquidation des indemnités de chômage ;

considérant que la situation précaire et surtout le besoin matériel dans lequel se trouvent la plupart des demandeurs d'emploi justifient pleinement leur espoir de se voir indemniser aussi rapidement que possible ;

considérant dès lors l'opportunité de prévoir et d'appliquer des sanctions à l'égard des employeurs peu soucieux des obligations qui sont les leurs à l'égard des employés licenciés ;

considérant que l'Administration de l'Emploi ne dispose que d'un seul médecin du travail dont l'expertise médicale s'avère indispensable pour un certain nombre de services comme celui des Travailleurs handicapés et celui des Travailleurs à capacité de travail réduite ;

considérant que les multiples tâches incombant au médecin du travail expliquent notamment les retards sensibles dans le traitement des dossiers des demandeurs en reconnaissance de la qualité de travailleur handicapé ou en obtention d'un revenu pour personnes gravement handicapées ;

considérant dès lors la nécessité d'engager d'urgence un second médecin du travail ;

considérant que la mission assignée au Service de l'Emploi des Jeunes qui consiste précisément à favoriser, à travers les instruments du contrat d'auxiliaire temporaire (CAT) et du stage d'insertion, l'intégration voire la ré-intégration sur le marché du travail des jeunes âgés de moins de trente ans ;

considérant qu'un des buts poursuivis par le projet de loi n° 5501 modifiant notamment la loi du 12 février 1999 portant diverses mesures en faveur de l'emploi des jeunes est d'en modifier les modalités afin précisément d'en augmenter l'efficacité en termes d'intégration respectivement de réintégration des jeunes en question sur le marché du travail ;

considérant qu'à cet effet il serait hautement indiqué d'engager un, voire deux éducateurs gradués afin d'assurer au mieux l'encadrement et le suivi des jeunes bénéficiant d'un CAT dans le secteur public ;

considérant que par l'assistance d'un personnel qualifié, le Service de l'Emploi des Jeunes serait en mesure d'évaluer l'efficacité de la formation pratique et théorique de jeunes bénéficiant d'un CAT en vue de leur intégration sur le marché de l'emploi ;

Le Médiateur recommande au Gouvernement et plus particulièrement au Ministre du Travail et de l'Emploi:

- de prendre toutes les dispositions requises pour promouvoir l'efficacité du Service Placement notamment par un renforcement sensible du nombre de placeurs ;
- de prévoir pour les besoins particuliers du Service Placement dans le cadre de l'Institut National d'Administration Publique une formation initiale et continue axée essentiellement sur les tâches d'accompagnement et de conseil des placeurs ;
- de favoriser l'efficacité et la qualité de travail de placement par le renouvellement périodique des titulaires aux postes de placeur ;
- de faciliter l'accompagnement personnalisé et d'améliorer les expectatives d'emploi des personnes inscrites à l'Administration de l'Emploi en recommandant l'intervention du Service d'Accompagnement Personnalisé des Demandeurs d'Emploi (SAPDE) à un stade plus avancé dès la première inscription des demandeurs d'emploi ;
- d'envisager la création d'un Service du Contentieux rattaché au Service des Prestations de Chômage complet ;
- de prévoir des sanctions à l'égard des employeurs non respectueux des obligations qui sont les leurs à l'égard des employés licenciés

- d'envisager d'urgence l'engagement d'un second médecin du travail au service de l'Administration de l'Emploi;
- de proposer le recrutement d'un, voire de deux éducateurs gradués pour mieux assurer l'encadrement et le suivi des jeunes bénéficiant d'un CAT dans le secteur public.

Réponse:

En date du 2 juillet 2007, le Médiateur s'est adressé au Ministre du Travail et de l'Emploi en le priant de lui faire connaître l'état actuel de transposition de celles des propositions contenues dans sa recommandation qui ont trouvé un accueil favorable de la part du Ministre.

Par courrier du 28 juillet 2007, le Ministre du Travail a transmis au Médiateur la prise de position suivante:

« L'accompagnement personnalisé a été facilité dans le sens où le dispositif de suivi individualisé a pu être complètement réaménagé et ceci de manière systématique depuis juillet 2007 par une activité de collaboration soutenue entre le Service placement, le Service emploi des jeunes et le Service d'accompagnement.

En ce qui concerne la précocité des interventions, il faut souligner qu'un premier bilan (sommaire) est dressé dès l'inscription par le placeur, à la fois pour les jeunes (moins de trente ans) et pour les adultes (âgés de plus de trente ans). Ce bilan débouche sur une analyse de l'employabilité du demandeur en question. Le placeur dispose alors de toute une panoplie de mesures applicables en fonction de sa première analyse. De plus, dès l'inscription, le placeur encadre en principe les efforts propres du demandeur l'emploi jeune ou adulte.

Le Sapde (Service d'accompagnement personnalisé des demandeurs d'emploi) intervient de manière complémentaire, dès le 2^{ème} mois d'inscription pour les jeunes demandeurs d'emploi (en dessous de 30 ans). Pour les demandeurs d'emploi âgés de plus de 30 ans une action complémentaire du Sapde est programmée dès le 5^{ème} mois d'inscription.

Le moment d'intervention de ces procédures d'intervention est organisé selon des raisons bien précises.

En premier lieu, en ce qui concerne les

jeunes demandeurs d'emploi, il s'est avéré utile d'attendre le 2^{ème} mois d'inscription pour vérifier la persévérance du jeune dans son inscription auprès de l'ADEM. Lorsque le jeune reste inscrit à l'ADEM, le service d'accompagnement personnalisé des demandeurs d'emploi analyse et traite les obstacles qui se dressent à une première intégration réussie sur le marché du travail. De manière parallèle, le placeur, mais aussi les agents du Service Emploi des Jeunes vérifient individuellement les efforts propres des jeunes.

Ensuite, pour les chômeurs adultes, il s'est avéré que la plupart d'entre eux avaient déjà eu un ou plusieurs emplois avant leur inscription à l'ADEM, et de manière générale, ils savent plutôt comment rechercher du travail et où ils peuvent postuler (ce qui n'est pas forcément le cas chez les jeunes). C'est pourquoi, en ce qui concerne les adultes, ce sont avant tout les efforts propres qui sont importants et qui sont contrôlés et accompagnés (de manière individuelle) en principe par le placeur dès l'inscription du demandeur d'emploi.

De manière complémentaire, un bilan exhaustif sera dressé de la situation (évolutive), par le Service d'accompagnement personnalisé des demandeurs d'emploi adultes qui sont toujours inscrits auprès de l'ADEM après cinq mois de chômage. Pour les adultes il y a donc un accompagnement personnalisé qui commence dès l'inscription chez le placeur et qui est intensifié par les actions engagées par le Service Sapde dès le 5^{ème} mois d'inscription.

Par ce qui précède, on peut se rendre compte que l'ADEM ait adapté, depuis juillet 2007, ses services d'accompagnement aux besoins spécifiques des demandeurs d'emploi jeunes et adultes tout en déclenchant des actions de suivis et d'encadrement dès leur inscription. »

Le Médiateur se félicite des efforts substantiels accomplis par l'Administration de l'Emploi afin d'intensifier l'accompagnement personnalisé et de le rendre plus conforme aux besoins spécifiques des demandeurs d'emploi. Le Médiateur déplore cependant que malgré un rappel de sa lettre du 2 juillet 2007, il n'a pas encore obtenu d'informations plus précises quant aux suites réservées aux autres propositions formulées dans sa recommandation.

En date du 4 octobre 2007, le Ministre du Travail et de l'Emploi a transmis au Médiateur un certain nombre d'informations complémentaires quant à la proposition du Médiateur de promouvoir l'efficacité du « Service Placement » notamment par un renforcement sensible du nombre de placeurs. Il résulte d'un organigramme de l'Administration de l'emploi établi en 2008 qu'au cours des années 2007 et 2008, 11 postes sont venus s'ajouter aux 25 occupés par des placeurs en 2006.

Sur les 11 agents nouvellement recrutés, 6 ont cependant été affectés au « Guichet unique » dont la tâche consiste d'une part à organiser l'accueil journalier des demandeurs d'emploi, à vérifier les présences obligatoires, à diriger les demandeurs d'emploi vers les bureaux des placeurs et d'autre part à préparer et à gérer les dossiers des demandeurs d'emploi.

Si cette réorganisation permet de décharger les conseillers placeurs de certaines tâches administratives, il n'en reste pas moins que 30 placeurs restent actuellement en charge du placement de quelque 14.200 demandeurs d'emploi.

Le Médiateur prend acte que sur les 18 agents supplémentaires engagés par l'ADEM, seules 5 nouvelles recrues ont été chargées d'une mission de placement proprement dite.

Avec 14.000 dossiers répartis sur une trentaine de placeurs, l'objectif des 100 clients par conseiller placeur tel que préconisé par les experts de l'OCDE est loin d'être atteint.

Quant à l'opportunité, voire la nécessité de prévoir pour les besoins particuliers du « Service Placement » une formation initiale et continue axée essentiellement sur la tâche d'accompagnement et de conseil des placeurs, le Médiateur salue les nouvelles initiatives prises par l'Adem tant en matière de formation initiale qu'en matière de formation continue.

Cependant au regard de l'évaluation des premiers cours de formation organisés depuis 2007, le Médiateur est définitivement d'avis qu'avant leur engagement et à travers une formation initiale appropriée, les candidats à la fonction de placeur devraient rapporter la preuve de leur aptitude et de leur qualification pour une telle fonction.

Le Médiateur prend acte des idées et des propositions du nouveau Ministre du Travail, de l'Emploi et de l'Immigration en vue d'une réorganisation de l'ADEM mieux ciblée sur les attentes, les aptitudes et les besoins des usagers.

Il salue la détermination du Ministre de faire évoluer l'Administration de l'Emploi d'un service plutôt gestionnaire du chômage vers une Agence pour le développement de l'Emploi.

Persistant à croire qu'une Agence conçue sous la forme d'un établissement public aurait été mieux outillée pour répondre aux exigences et aux fluctuations du marché du travail que ne le sera une Agence restant embrigadée dans le carcan étroit d'une administration publique, le Médiateur se félicite cependant de l'option prise par le Ministre de procéder à une redistribution des responsabilités au sein de la nouvelle Agence et de mettre en place une direction collégiale.

En effet seul un partage des responsabilités à tous les niveaux, y compris au niveau de la direction, est de nature à supprimer les cloisons existantes à l'intérieur de l'administration et donc à favoriser la coordination et la bonne collaboration entre les différents services de la nouvelle Agence.

Il est donc entendu que le succès de l'Agence pour le développement de l'emploi sera avant tout à la mesure de ses moyens et donc du nombre et de la qualité, du personnel, notamment des agents responsables du suivi et de l'accompagnement des demandeurs d'emploi.

Dans ce contexte des mesures telles que la création de trois nouvelles agences de proximité à Differdange, Dudelange et Wasserbillig et le renforcement des effectifs de l'ADEM d'une trentaine d'agents à partir du 1^{er} octobre 2010 sont certainement de nature à améliorer l'encadrement des demandeurs d'emploi et à mieux répondre aux demandes des employeurs.

Mais ces mesures à elles seules ne sauraient être suffisantes pour déclencher une nouvelle dynamique dans le développement de l'emploi.

En fait une telle dynamique ne pourrait être enclenchée que par l'engagement, le savoir-faire et l'esprit d'équipe de tout le personnel à quelque niveau de responsabilité que ce soit.

Ainsi et plus particulièrement la formation et le savoir-faire des placeurs en tant que conseillers professionnels sont-ils des facteurs clés de toute démarche de promotion de l'emploi ciblée sur l'adéquation des aptitudes et de l'employabilité des demandeurs d'emploi aux besoins des employeurs.

Au regard des multiples tâches qui incombent aux conseillers placeurs et qui exigent des connaissances approfondies tant du marché du travail, que de l'économie, de la sociologie, du droit du travail, leur formation initiale et continue devrait aussi et surtout être axée sur un savoir-faire et des comportements adaptés aux exigences d'une population souvent difficile parce que fragilisée.

B. Recommandations relatives à la mise en conformité du droit interne avec les droits et libertés consacrés par la Convention Européenne des Droits de l'Homme

Recommandation N°11 relative au réexamen de la loi du 27 juillet 1987 concernant l'assurance pension en cas de vieillesse, d'invalidité et de survie

Vu la réclamation dont le Médiateur a été saisi par Monsieur S. au sujet de la suspension de sa pension à la suite d'une condamnation à une peine privative de liberté ;

attendu qu'en vertu de l'article 210 de la loi du 27 juillet 1987 concernant l'assurance pension en cas de vieillesse, d'invalidité et de survie les pensions sont suspendues pendant l'exécution d'une peine privative de liberté supérieure à un mois ;

considérant qu'une telle disposition pose problème par rapport à sa conformité avec la Convention européenne des Droits de l'Homme ;

qu'en effet même si le droit à la pension n'est pas comme tel garanti par la Convention des Droits de l'Homme, il résulte de la jurisprudence de la Cour européenne des Droits de l'Homme qu'une pension légalement due est à assimiler à un droit de propriété au sens de l'article 1^{er} protocole 1 de la Convention (arrêt Gaygusuz contre Autriche du 16 septembre 1996, recueil des arrêts et décisions 1996-IV, paragraphe 39-41) ;

attendu dès lors qu'il convient d'examiner si l'ingérence dans le droit patrimonial du réclamant était justifiée en vertu notamment du principe de proportionnalité ;

que ce faisant, il y lieu de s'interroger sur la nécessité, au regard de l'intérêt général, de la suspension du droit à la pension dont pouvait se prévaloir le réclamant ;

constatant l'absence de tout lien qui existe entre la condamnation pénale d'une personne et la suspension de la pension qui lui revient légalement sur base de cotisations versées tout au long de sa vie active ;

qu'à partir de ce constat, il y a lieu de conclure qu'à travers les dispositions de l'article 210 de la loi précitée, le législateur a rompu, au détriment de la personne concernée, l'équilibre qu'il convient de ménager entre la protection du droit à la propriété de l'individu et les exigences liées à l'intérêt général.

Le Médiateur recommande au Gouvernement de réexaminer la loi du 27 juillet 1987 concernant l'assurance pension en cas de vieillesse, d'invalidité et de survie à la lumière de la jurisprudence de la Cour européenne des Droits de l'Homme afin de la rendre compatible avec le niveau de protection minimum des Droits de l'Homme.

Réponse :

Dans sa réponse du 2 août 2006 à une lettre de rappel du Médiateur datée du 24 juillet 2006, le Ministre de la Santé et de la Sécurité sociale l'a informé que l'avant-projet de loi relatif au dispositif légal applicable aux détenus en matière de sécurité sociale devrait être finalisé dans les prochains mois.

Dans cet avant-projet de loi, il serait tenu compte de sa recommandation.

Le Médiateur a dès lors bon espoir que la recommandation sera transposée en droit interne dans un proche avenir.

En date du 25 août 2008, le Ministre de la Justice a confirmé l'intention du Gouvernement de tenir compte de sa recommandation dans le cadre d'un projet de loi relatif à la sécurité sociale des détenus qu'il compte présenter ensemble avec le Ministre de la Sécurité sociale au Conseil de Gouvernement en automne 2008.

En date du 29 juillet 2009 le nouveau Ministre de la Justice a informé le Médiateur que le processus de concertation avec le Ministre de la Sécurité Sociale ne serait pas encore terminé.

Le Médiateur ne connaît pas les raisons qui expliquent l'absence de progrès au niveau de l'exécutif alors que les pourparlers entre le Ministère de la Justice et le Ministère de la Sécurité Sociale remontent à plus de trois ans.

Le Médiateur est toujours en attente d'une réponse concernant l'état d'avancement de l'avant-projet de loi relatif au dispositif légal applicable aux détenus en matière de sécurité sociale.

C. Recommandations comportant d'autres propositions de modifications législatives ou réglementaires

Recommandation N°25 relative à une révision: 1. de la loi modifiée du 11 novembre 1970 sur les cessions et saisies des rémunérations de travail ainsi que des pensions ou rentes 2. de la loi du 26 juillet 1980 concernant l'avance et le recouvrement de pensions alimentaires par le Fonds National de Solidarité

Considérant que le Médiateur a été saisi par un nombre important de demandes d'information et de réclamations écrites relevant du domaine de l'application de la loi modifiée du 11 novembre 1970 sur les cessions et saisies des rémunérations de travail ainsi que des pensions ou rentes, voire du domaine de l'application de la loi modifiante du 23 décembre 1978 modifiant la législation en matière d'aliments et en matière de cessions et saisies sur les rémunérations de travail, pensions et rentes ;

conscient de ce que toutes les réclamations en la matière échappent à la compétence directe du Médiateur pour défaut de compétence;

considérant cependant que, tant les demandes d'information adressées au Médiateur que les réclamations dont il a été saisi en la matière dénotent l'existence de certains problèmes dont la gravité diffère selon les

circonstances, appelant une analyse approfondie et une révision de la législation précitée.

1. Les saisies et cessions pour des créances autres que les pensions alimentaires et les cessions relatives aux créances issues d'un contrat de prêt ou d'épargne contracté à des fins d'acquisition d'un immeuble

En ce qui concerne le recouvrement de ces créances par voie de saisie-arrêt spéciale sur salaire ou de cession, force est de constater que l'application de la législation existante peut conduire, dans certains cas, à une disproportion entre les droits du créancier au recouvrement de sa créance et les droits du débiteur au maintien des ressources financières absolument nécessaires pour lui permettre de suffire à ses besoins élémentaires.

En effet, faute de prendre en considération un certain nombre de paramètres sociaux, la législation en vigueur impose une charge excessive au débiteur. Ainsi, la loi prévoit comme seul critère de détermination des quotités saisissables et cessibles le revenu net du débiteur. Si l'on se place dans l'hypothèse d'une créance donnant lieu à l'application des taux maxima saisissables et cessibles, il reste au débiteur (cédant et/ou saisi), en cas d'une saisie ou d'une cession, un minimum de 1.505 € par mois pour subvenir à ses propres besoins. Si le débiteur est confronté à une saisie et à une cession, le restant mensuel qui lui est garanti par la loi est ramené à 1.260 €.

La situation ainsi créée ne tient aucunement compte de la situation familiale du débiteur. Or, s'il est vrai qu'une personne célibataire peut subvenir à ses besoins avec de tels montants minima garantis, il en est autrement pour un couple et surtout pour une famille avec un ou plusieurs enfants, à revenu unique, qui, avec de tels revenus mensuels minima, même augmentés des allocations familiales, sont souvent confrontés à des problèmes existentiels.

Force est de constater que le manque de prise en considération de la situation familiale du débiteur a été souligné et désapprouvé par la Commission des Affaires sociales de la Chambre des Députés, qui dans son rapport du 10 février 1978 sur le projet de loi modifiant la loi du 11 novembre 1970 sur les cessions et saisies des rémunérations de travail ainsi que des pensions ou rentes, a fait le commentaire

suivant: « Est-ce admissible ? Ici, l'on doit se rendre compte combien imparfait est le critère choisi par la loi pour déterminer les portions cessible et saisissable. C'est le montant du salaire net. Cette donnée est cependant bien insuffisante pour refléter la situation économique d'une famille. Elle ne tient pas compte des charges de la famille, comme le loyer, ni du nombre de personnes devant vivre sur un salaire ni de l'existence éventuelle d'autres sources de revenus. »

2. Les saisies et/ou la cession sur les traitements et les pensions d'agents jouissant du statut public pour des créances issues d'un contrat de prêt ou d'épargne contracté à des fins d'acquisition d'un immeuble

Par les dispositions de l'article premier de la loi du 23 décembre 1978 modifiant la législation en matière d'aliments et en matière de cessions et saisies sur les rémunérations de travail, pensions et rentes, le législateur a augmenté les pourcentages cessibles sur les traitements, salaires, pensions et rentes dans l'hypothèse d'une créance née d'un contrat d'épargne contracté à des fins d'acquisition d'une propriété immobilière. Ce faisant, il a introduit une distinction suivant que les débiteurs relèvent du secteur public ou du secteur privé. En effet, pour des raisons non précisées dans les travaux préparatoires, la législation existante assure à un débiteur issu du secteur privé un montant minimum incessible et insaisissable supérieur à celui d'un agent issu du secteur public.

Par ce fait, il a désavantagé les débiteurs issus du secteur public par rapport à ceux du secteur privé. Si la législation existante garantit à un débiteur non issu du secteur public un montant minimum restant de 1.365 € en cas de cession « immobilière » et de 1.120 € en cas d'une cession « immobilière » et d'une ou de plusieurs saisies, ce montant est ramené pour les agents du secteur public à 1.245 € en cas d'une cession et à 1.000 € en cas d'une cession et d'une ou de plusieurs saisies.

Cette discrimination, qui paraît dénuée de tout fondement, a déjà fait l'objet d'une critique de la part du Conseil d'Etat qui, dans son avis du 6 juin 1978 sur le projet de loi modifiant la loi du 11 novembre 1970 sur les cessions et saisies des rémunérations de travail ainsi que des pensions ou rentes, s'est exprimé en ces termes : « Le Conseil d'Etat se prononce contre le taux de cessibilité plus élevé adopté par la Chambre des Députés (...). En

effet, la loi du 11 novembre 1970 a pour but de protéger le salarié contre des cessions et saisies-arrêts excessives qui le priveraient des fonds nécessaires pour subvenir aux besoins de sa famille. »

3. Les saisies-arrêts spéciales sur salaires aux fins de recouvrement de créances issues d'obligations alimentaires

En vertu des dispositions de l'article 8 de la loi modifiée du 11 novembre 1970 sur les cessions et saisies des rémunérations de travail ainsi que des pensions ou rentes, le terme courant non honoré d'une pension alimentaire est prélevé sur la portion insaisissable et incessible du revenu.

Deux cas de figure doivent être distingués, celui, très peu fréquent, du débiteur du terme courant d'une pension alimentaire sans autres arriérés et qui ne fait pas l'objet d'une cession ou de saisies-arrêts spéciales sur salaire. A priori, les dispositions du prédit article 8 sont ici de nature plutôt théoriques alors qu'en tout état de cause, le débiteur n'est pas exposé au danger de précarité financière.

Le deuxième cas de figure, celui beaucoup plus fréquent, du débiteur de pension alimentaire ayant accumulé des arriérés de pension alimentaire et faisant l'objet d'autres recouvrements par voie de cession et/ou de saisies-arrêts spéciales sur salaire, est extrêmement délicat. Si l'on admet l'hypothèse d'une cession et d'une ou de plusieurs saisies au taux légal maximum et l'existence d'une obligation alimentaire mensuelle, le terme courant de cette obligation sera prélevé chaque mois sur la portion insaisissable et incessible, donc en principe garantie, du revenu.

En application de la disposition légale précitée et, dans l'hypothèse d'une pension alimentaire de 500 € par mois, il resterait au débiteur pour subvenir mensuellement à ses propres besoins :

- Saisie(s), cession (« immobilière »), agent public : 500 €
- Saisie(s), cession (« immobilière »), agent privé : 620 €
- Saisie(s), cession normale : 760 €
Saisie (s) : 1.005 €

On constate donc une variation allant du simple au double du montant restant après avoir opéré les déductions légales, selon le

profil spécifique du débiteur quant à ses dettes et quant à son statut.

Une telle situation est intenable alors surtout que dans les trois premières hypothèses, les moyens absolument nécessaires au débiteur pour assurer sa subsistance ne sont plus garantis.

En ce qui concerne les pensions alimentaires, il y a lieu de considérer également un autre problème qui ne concerne pas directement les cessions ou les saisies-arrêts spéciales sur salaire, mais dont il importe de tenir compte pour protéger certains créanciers de pensions alimentaires.

En effet, en vertu de la loi du 26 juillet 1980 concernant l'avance et le recouvrement de pensions alimentaires par le Fonds national de Solidarité et par la loi modifiée du 29 avril 1999 portant création d'un droit à un revenu minimum garanti, le Fonds national de Solidarité avance le terme courant d'une pension alimentaire et, le cas échéant, également d'éventuels arriérés au créancier, sous réserve cependant que ce dernier ait tenté par toutes les voies légalement prévues d'obtenir lui-même le paiement des obligations alimentaires qui lui sont dues.

Il convient à cet endroit de distinguer trois cas de figure différents. Le premier est celui du débiteur de pension alimentaire qui touche lui-même le revenu minimum garanti (RMG). Comme ce dernier n'est pas saisissable ou cessible, le Fonds national de Solidarité fait l'avance des obligations alimentaires dues tout en étant de ce fait subrogé dans les droits du créancier qu'il pourra faire valoir si ce débiteur reviendrait à meilleure fortune.

Le deuxième cas est celui d'un débiteur d'obligations alimentaires à revenus très modestes ou, du moins, très proche du salaire social minimum. Si ce débiteur se voit également exposé à des voies de recouvrement de créances par saisie-arrêt spéciale sur salaire ou par voie de cession, on revient au cas de figure décrit plus haut, à savoir que ce débiteur ne disposera plus des moyens financiers nécessaires à sa propre subsistance.

Le troisième cas concerne les débiteurs de pensions alimentaires qui ont les capacités financières pour suffire à leurs obligations, mais qui tentent de s'y soustraire et pour lesquels une procédure de recouvrement par voie de saisie-arrêt sur salaire ou par voie de cession est inopérante alors qu'ils dissimulent une partie de leurs revenus ou qu'ils exercent une activité non salariée.

En pareil cas, il est également possible au créancier d'une pension alimentaire de solliciter l'avance de cette pension par le Fonds national de Solidarité. Cependant, il est fréquent que l'obligation alimentaire est entérinée par une convention de divorce et non par un titre judiciaire, ce qui exclut selon la législation actuelle toute avance par le Fonds national de Solidarité. Or, pour les créanciers de pensions alimentaires à revenus modestes et ce cas est très fréquent, il n'est souvent pas possible d'entamer les voies de recouvrement légalement prévues ou de se procurer un titre judiciaire, faute de moyens financiers suffisants. Il est d'ailleurs à noter dans ce contexte que les critères d'attribution de l'assistance judiciaire ne vont pas au-delà du RMG.

4. Le conflit entre le recouvrement par voie de saisie-arrêt spéciale et le revenu minimum garanti

La législation régissant le droit au revenu minimum garanti ainsi que d'autres dispositions législatives ont consacré le principe de l'insaisissabilité et de l'incessibilité du revenu minimum garanti.

Or, par l'application de ce principe, le législateur consacre une inégalité de traitement entre les débiteurs salariés à revenus modestes frappés d'une ou de plusieurs saisies-arrests spéciales sur salaire et/ou d'une cession et les bénéficiaires du revenu minimum garanti.

4.1. Le débiteur célibataire sans enfants

Actuellement, le salaire social minimum pour un adulte non qualifié est fixé à 1.570,28 € brut, soit à 1.312,67 € net.

Le revenu minimum garanti est fixé actuellement au montant de 1.097,68 € brut, soit à 1028,48 € net pour un adulte.

Si l'on se place dans le cas de figure d'un salarié touchant le salaire social minimum et frappé d'une cession et/ou d'une ou de plusieurs saisies concernant par leur quantum l'intégralité de la portion saisissable et cessible, on arrive aux montants restant au débiteur suivants :

- Saisie(s) seulement : 1.177,01 €
Saisie(s) et cession : 1.041,35 €

Dans ce cas de figure, le salarié débiteur ne gagnant que le salaire social minimum dispose d'un solde de salaire qui est de 148,53 € à 12,87 € supérieur au RMG.

4.2. Le débiteur bénéficiant de la classe d'impôt 2 avec ou sans enfants

Il est important d'apporter cette distinction alors que dans cette hypothèse, ni le débiteur bénéficiant du salaire social minimum, ni celui bénéficiant du RMG ne sont soumis à l'imposition sur le revenu.

Les montants restant au débiteur bénéficiaire du salaire social minimum saisi et/ou cédé s'établissent dès lors comme suit :

- Saisie(s) seulement : 1.204,16 €
Saisie(s) et cession : 1.059,45 €

Si l'on admet l'hypothèse, assez fréquente, d'un bénéficiaire du salaire social minimum dont le conjoint ne travaille pas et, si l'on procède à une comparaison du revenu de ce ménage avec celui d'un ménage à deux adultes bénéficiant du RMG, qui est dans ce cas de 1.646,56 € brut, soit de 1.545,86 € net, force est de constater que la situation financière d'un ménage bénéficiaire du RMG est nettement plus favorable que celle d'un ménage disposant du salaire social minimum si ce ménage est frappé d'une cession et/ou d'une ou de plusieurs saisies, la différence se situant dès lors entre 341,70 € et 486,41 € en défaveur du débiteur qui exerce une fonction salariée.

Dans l'hypothèse d'une famille avec enfants, bénéficiant d'un seul salaire social minimum, le fossé se creuse encore davantage. En effet, la législation sur le RMG prévoit un supplément de 99,87 € brut par enfant pour un ménage. Il en découle qu'un ménage avec deux enfants et disposant du RMG a un revenu mensuel net de 1732,72 €. En pareil cas, la différence se situera entre 528,56 € et 673,27 € en défaveur du débiteur salarié, suivant qu'il est frappé d'une ou de plusieurs saisies avec ou sans cession.

Il est dès lors établi que la législation en vigueur est nettement défavorable au débiteur qui touche le salaire social minimum du fait de son travail, sauf s'il s'agit d'un débiteur célibataire.

5. Considérations d'ordre procédural

S'il est vrai que la procédure régissant les saisies-arêts spéciales sur salaire ainsi que les actes de cession volontaire ont été révisés par le législateur à bon droit afin de permettre aux créanciers de recouvrer leurs créances par le biais d'une procédure simple et largement gratuite, sans avoir besoin de recourir aux services d'un avocat, il reste cependant que la simplification à outrance peut mener à des situations compromettant la situation de travail des débiteurs ou des présumés débiteurs.

Si l'on compare la procédure des saisies-arêts spéciales sur salaire avec une autre procédure de recouvrement, assez analogue de par sa simplicité et sa quasi-gratuité, à savoir celle de l'ordonnance conditionnelle de paiement, on est amené à constater que la procédure des saisies-arêts spéciales fait intervenir dès le début de la procédure une tierce partie, à savoir l'employeur du débiteur ou du présumé débiteur, la partie tierce saisie. En matière d'ordonnance conditionnelle de paiement, le présumé débiteur se voit notifier à titre personnel une ordonnance conditionnelle de paiement lui enjoignant de s'acquitter auprès de la partie créancière du montant réclamé, sinon de former contredit dans un délai de 15 jours à partir de la notification au greffe de la Justice de Paix territorialement compétente. Si le présumé débiteur estime ne pas redevoir le montant réclamé, s'il conteste la créance dans son quantum ou dans son principe, ou les deux à la fois, il dispose d'une voie de recours efficace qui interrompt la procédure entamée. Le seul moyen pour le créancier de prospérer dans son instance consiste à solliciter la convocation des parties à une audience. Il appartient dès lors au juge de décider sur le bien-fondé de la demande après avoir contradictoirement entendu les parties en leurs moyens et explications. Le même droit de solliciter la convocation est d'ailleurs accordé au débiteur. Si le juge estime la demande fondée, il émettra un titre judiciaire, susceptible d'appel si le montant de la condamnation dépasse le seuil non appelable. Il appartiendra à la partie créancière de faire opposer ce titre soit au débiteur lui-même, soit à une tierce partie quelconque ou à l'employeur du débiteur aux fins de saisie-arêt spéciale sur salaire.

En matière de saisie-arêt spéciale sur salaire, la procédure est différente alors que l'ordonnance de procéder à des retenues sur le salaire du salarié, qui n'est toujours qu'une ordonnance conditionnelle, est dès le début

notifiée à la partie tierce saisie. Dès la réception de cette ordonnance, ce dernier est tenu de déposer une déclaration affirmative au greffe et d'opérer les retenues légales.

L'expérience a clairement montré que bon nombre d'employeurs et surtout ceux qui n'emploient que très peu de personnel, considèrent la notification d'une saisie comme preuve d'une faute plus ou moins grave de leur employé. Bien que toute action visant la résiliation du contrat de travail suite à la notification d'une saisie-arêt spéciale sur salaire ou toute autre action répressive interne soit formellement interdite par le code du travail, il n'en reste pas moins que la relation de confiance entre l'employeur et son salarié est souvent sérieusement compromise. Il est à noter que la notification d'un acte de cession produit souvent des effets similaires, même s'il ne s'agit pas d'un acte émanant des autorités judiciaires. Comme la cession est cependant un acte volontaire du débiteur, il n'appartient pas au législateur d'en délimiter les conséquences en ce qui concerne ses possibles répercussions sur les relations de travail.

* * *

Considérant dès lors que des modifications à la législation régissant les saisies-arêts spéciales sur salaire s'imposent afin de garantir un traitement plus équitable et plus proportionné à la situation familiale du débiteur ;

considérant que la distinction entre salariés issus du secteur public et salariés du secteur privé est dénuée de tout fondement ;

considérant que les retenues actuellement applicables en matière de pension alimentaire, si elles se trouvent combinées à d'autres saisies-arêts spéciales sur salaire et/ou à une cession, exposent le débiteur saisi à une situation financière hautement précaire ;

considérant que la législation interdisant toute saisie ou cession sur le revenu minimum garanti pénalise fortement le travailleur à revenu modeste par rapport au bénéficiaire du revenu minimum garanti ;

considérant que les règles de procédure actuelles en matière de saisies-arêts spéciales sur salaire ou de cessions sont susceptibles, dans certaines circonstances, de porter préjudice à la relation de travail du débiteur saisi.

Le Médiateur recommande au Gouvernement de revoir :

1. la loi modifiée du 11 novembre 1970 sur les cessions et saisies des rémunérations de travail ainsi que des pensions ou rentes et
2. la loi du 26 juillet 1980 concernant l'avance et le recouvrement de pensions alimentaires par le Fonds national de Solidarité, notamment afin

de prendre les dispositions nécessaires à ce que le revenu restant à un débiteur salarié frappé d'une ou de plusieurs saisies et/ou d'une cession ne pourra en aucun cas être inférieur à celui auquel peut prétendre un débiteur bénéficiaire du RMG suivant sa situation familiale ;

d'abolir la fixation différente des retenues à opérer en cas d'une cession qui trouve son origine dans un contrat de prêt ou d'épargne signé à des fins de financement d'une acquisition immobilière selon que le cédant est issu du secteur public ou non ;

de modifier les dispositions légales pertinentes relatives aux modalités de retenue du terme courant des obligations alimentaires en garantissant au débiteur saisi un revenu minimal insaisissable lui permettant de disposer de moyens de subsistance personnels suffisants qui ne sauraient être inférieurs au revenu minimum garanti ;

d'adapter la législation concernant le RMG dans le sens que l'avance d'une pension alimentaire par le Fonds national de Solidarité soit également envisageable dans l'hypothèse d'un divorce par consentement mutuel ;

d'encourager dans la même optique le Ministère public à faire plus systématiquement usage des prérogatives qui lui sont accordées en vertu des articles 391 bis et 391 ter du code pénal ;

de modifier les règles de procédure dans le sens de l'introduction d'une ordonnance conditionnelle de saisie-arrêt spéciale sur salaire contre laquelle le débiteur saisi pourrait former contredit dans un délai imparti avant toute notification à l'employeur ; en cas de contestation de la créance par le débiteur, l'employeur n'obtiendrait connaissance de la saisie qu'en cas de jugement de validation pris après débat contradictoire, sans préjudice du droit du débiteur de former à tout moment opposition contre une saisie-arrêt spéciale sur salaire.

Réponse:

Le Médiateur espère que, suite à sa recommandation, le projet de loi no. 4955 déposé à la Chambre des Députés le 16 mai 2002 et les règlements grand-ducaux afférents visant une refonte majeure de la législation sur les saisies-arrêts spéciales sur salaire et les cessions, seront remis à l'ordre du jour de la Chambre des Députés.

Le Médiateur se félicite de ce que ce projet se recoupe largement avec ses recommandations, notamment en ce qui concerne la prise en compte de la situation familiale du débiteur, l'abolition d'un traitement différent suivant que le débiteur relève du régime public ou du secteur privé, la limitation des effets du principe de cumul des saisies et cessions ainsi qu'en ce qui concerne la modification des taux applicables aux tranches saisissables et cessibles.

Le Médiateur tient cependant à soulever la question si ce projet de loi qui autorise dans une mesure certes réduite la saisie ou la cession du Revenu Minimum Garanti ne va pas à l'encontre du principe que ce revenu devrait constituer le minimum que l'Etat garantit, sous certaines conditions, à chaque résident afin qu'il puisse subvenir à ses besoins les plus élémentaires et participer d'une manière minimale aux actes de la vie sociale.

Le Médiateur se félicite également du fait que le projet de loi no.5155 portant réforme du divorce et déposé en date du 20 mai 2003 se propose de modifier l'article 230 du code civil en ce qui concerne la convention de divorce. Par l'homologation du tribunal, toutes les mesures contenues dans une telle convention, donc également celles relatives au secours alimentaire, seront exécutoires et ce au même titre que la décision ayant prononcé le divorce. Par conséquent le paiement d'une avance de pension alimentaire par le Fonds National de Solidarité pourrait désormais se faire sans aucun problème, ainsi qu'il a été proposé par le Médiateur.

Le Médiateur salue la remise à l'ordre du jour de la Chambre des Députés du projet de loi 4955.

Par un courrier du 25 août 2008, le Ministre de la Justice informe le Médiateur que la Commission juridique de la Chambre des Députés se penche actuellement sur ledit projet de loi.

En effet d'après les informations qui lui ont été transmises par le Ministre de la Justice, la Commission juridique de la Chambre des Députés a déjà entamé l'instruction dudit projet de loi alors même qu'il n'a pas encore été avisé par le Conseil d'Etat.

Le Médiateur espère que sur la base de l'avis émis par le Conseil d'Etat en date du 23 février 2010, la Chambre des Députés pourra finaliser dans les meilleurs délais l'instruction du projet de loi n° 4955.

Recommandation N°30 relative à une nouvelle répartition des compétences en matière d'exécution des peines privatives de liberté

Depuis la mise en place de son Secrétariat, le Médiateur a été saisi de 46 réclamations formelles émanant de personnes détenues ayant eu pour objet une contestation née du fait de leur incarcération.

En outre, le Médiateur a été saisi par écrit de quelque 200 demandes émanant de détenus qui ont sollicité des informations en rapport avec des problèmes relatifs ou connexes à leur détention.

Depuis l'ouverture d'une permanence au sein du Centre Pénitentiaire de Luxembourg (CPL), le Médiateur s'y est rendu à 9 reprises pour entendre les dépositions de détenus qui avaient sollicité un rendez-vous auprès de lui.

Toutes ces saisines, qu'elles aient donné lieu à une réclamation formelle ou non, ainsi que les nombreux entretiens qu'il a menés tant avec les directions des Centres pénitentiaires, les responsables du service médico-psychiatrique, du Service psycho-socio-éducatif (SPSE), du Service central d'Assistance sociale (SCAS) qu'avec la Représentation du personnel de l'administration pénitentiaire lui ont permis de déceler un certain nombre de problèmes ou d'insuffisances souvent récurrents.

Il s'agit globalement de 4 catégories de problèmes ou d'insuffisances, à savoir :

- des problèmes, voire un manque de communication tant entre les différents services à l'intérieur des établissements pénitentiaires qu'entre les responsables à tous niveaux, notamment du CPL et leurs supérieurs hiérarchiques;
- une mise en œuvre et un suivi déficients

d'une politique pénologique à double finalité;

- les procédures de prise de décision en matière d'exécution des peines réservées à l'heure actuelle au Délégué du Procureur général, voire à la Commission pénitentiaire (prévue à l'article 12 de la loi du 26 juillet 1986 relative à certains modes d'exécution des peines privatives de liberté), ne sont plus guère compatibles avec les principes du contradictoire et le droit à un recours devant un organe indépendant et impartial ;
- un alourdissement inutile des procédures administratives dû à la répartition des compétences administratives entre d'une part les Directeurs des établissements pénitentiaires et d'autre part le Procureur général et/ou son Délégué.

De ces constats, et à l'instar de ce qui s'est déjà fait dans d'autres pays, notamment en France, un remaniement en profondeur du système de l'exécution des peines s'impose.

Il convient de distinguer en cette matière deux aspects différents, à savoir, le domaine de l'administration des services pénitentiaires et celui des décisions de fond en matière d'exécution des peines.

1. Les compétences concernant les décisions de fond en matière d'exécution des peines

Il s'agit ici des compétences réservées par la loi au Délégué du Procureur général ou à la Commission pénitentiaire. Ce domaine vise plus particulièrement les demandes basées sur l'article 100 du code pénal, les demandes de transfèrement du Centre Pénitentiaire de Luxembourg (CPL) au Centre Pénitentiaire de Givenich (CPG) ainsi que les demandes en obtention d'un congé pénal.

Les décisions sur ces demandes appartiennent actuellement pour tout, en cas de compétence exclusive du Délégué, ou majoritairement en cas de compétence de la Commission pénitentiaire, à des magistrats faisant partie du Ministère public.

Il apparaît donc que le Ministère public, appelé à requérir une peine contre un futur détenu, est à l'heure actuelle également l'instance principalement responsable pour décider d'une libération conditionnelle, voire d'un aménagement de la peine qu'il a lui-même requise auprès d'un Tribunal ou de la Cour.

Force est également de constater que les

fonctions de Délégué du Procureur général à l'exécution des peines et de membre de la Commission pénitentiaire ne correspondent pas à des postes prévus dans l'évolution de carrière des magistrats ce qui implique une rotation plus fréquente au niveau des magistrats appelés à remplir ces fonctions. L'expérience a montré que le Délégué du Procureur général change en moyenne tous les trois à quatre ans. Cette pratique va clairement à l'encontre d'une spécialisation à long terme et donc également de l'expérience requise de tout titulaire d'une fonction aussi difficile, complexe et délicate.

De même, il y a lieu de remarquer que les décisions du Délégué ou de la Commission pénitentiaire ne sont pas prises à l'issue d'une procédure contradictoire et qu'elles sont également sans appel quant au fond.

2. Les compétences administratives en matière d'exécution des peines

La direction générale des établissements pénitentiaires est actuellement réservée par la loi au Procureur général d'Etat qui en pratique délègue cette compétence à un magistrat du Parquet Général. De ce fait, le Secrétariat général des établissements pénitentiaires se trouve également établi près du Service de l'exécution des peines du Parquet général.

Toutes les propositions administratives au niveau budgétaire, incluant donc les ressources humaines, sont actuellement de la compétence du Délégué du Procureur général à l'exécution des peines.

En pratique le plus grand nombre de ces propositions qui sont préparées par les Directeurs des établissements pénitentiaires (budget, acquisitions, équipements, ressources humaines, infrastructures) doivent être soumises au Délégué du Procureur général qui peut y apporter les modifications qu'il estime utiles et nécessaires. En suite ces propositions sont soumises au Procureur général auquel incombe la décision de les transmettre au Ministre compétent. Cette pratique témoigne de l'absence d'autonomie administrative dans le chef des Directeurs des établissements pénitentiaires qui gèrent au quotidien les centres pénitentiaires et qui de ce fait ont une connaissance approfondie de la réalité des prisons et des problèmes qui s'y manifestent, aussi au niveau de la gestion. Ces responsables ont parcouru tous les échelons de leur carrière au sein des établissements pénitentiaires ce qui leur confère une connaissance intime de leur domaine.

3. Redistribution des compétences pour un meilleur traitement pénologique

Si la compétence générale en matière de politique pénologique doit rester acquise au Ministre de la Justice, auquel il appartient de définir les lignes directrices de cette politique, la mise en œuvre concrète et le suivi de cette politique relèvent de la compétence du Procureur général ou de son Délégué qui au demeurant, agissent très souvent sur proposition ou sur l'initiative des Directeurs des établissements pénitentiaires.

Une politique en matière de pénologie efficiente et efficace, tenant à la fois compte des besoins et des intérêts spécifiques des différentes catégories de condamnés pendant et après leur détention ainsi que des intérêts légitimes de la société est le meilleur garant d'un taux de récidive aussi faible que possible et donc également de la sécurité publique.

Cette politique, pour devenir efficiente et utile, doit se baser sur les expériences et les initiatives des experts du milieu carcéral. Il serait partant logique de confier la mise en œuvre et le suivi de cette politique à des personnes qui connaissent au mieux les réalités dans les établissements pénitentiaires, le comportement et l'attitude des détenus ainsi que les besoins spécifiques des détenus et du personnel.

Des ces considérations se dégage la nécessité de revoir l'organisation pénitentiaire dans son ensemble et d'envisager la création de la fonction du Juge à l'application des peines et d'une direction générale de l'administration pénitentiaire autonome, dissociée du Parquet Général. Cette proposition comporterait en matière de peines privatives de liberté, comme en matière des modalités d'exécution des travaux d'intérêt général, l'abolition de la fonction du Délégué du Procureur général à l'exécution des peines dès lors que la loi ne réserverait plus de compétences au Procureur général en ce domaine.

Il est entendu que le Procureur général d'Etat restera compétent pour l'exécution de toutes les autres peines non privatives de liberté et des amendes pénales.

Le Juge à l'application des peines

Il serait créé auprès de chaque Tribunal d'Arrondissement un Juge à l'application des peines ainsi qu'en matière d'appel, auprès de la Cour, un Conseiller à l'application des peines.

Il appartiendrait à ces magistrats de statuer sur toutes les requêtes qui leur seront soumises sur base de l'article 100 du code pénal, des requêtes en matière de transfèrement du CPL au CPG, des demandes en matière de congé pénal comme plus généralement de toutes requêtes qui tombent actuellement sous la compétence du Délégué du Procureur général ou de la Commission pénitentiaire, prévues notamment aux sections I-IV de la loi modifiée du 26 juillet 1986 relative à certains modes d'exécution des peines privatives de liberté.

La procédure contradictoire serait déclenchée sur requête à présenter par le détenu ou son avocat. Après avoir entendu le représentant du Ministère public en son réquisitoire et le détenu, le cas échéant assisté de son mandataire, en leurs moyens et conclusions, le Juge à l'application des peines rendrait une décision susceptible d'appel par le détenu ou le Ministère public dans un délai à fixer.

Le Juge à l'application des peines se prononcerait après s'être entouré de tels avis du comité de guidance ou de la CLP (commission pour le traitement pénologique des condamnés à de longues peines de prison) qu'il estime utiles et nécessaires. Il est entendu que tant le Ministère public que le détenu ou son représentant seraient admis à déposer toute offre de preuve.

Afin d'éviter une surcharge du Juge à l'application des peines par des requêtes répétitives déposées par des détenus qui n'ont pas prospéré lors d'une précédente saisine, il serait indiqué de prévoir un délai d'attente minimal avant que le détenu ne soit admis à re-saisir le Juge à l'application des peines de la même demande. On pourrait à cet égard s'inspirer du modèle prévu par le règlement grand-ducal modifié du 19 janvier 1989 déterminant l'affectation des rémunérations revenant aux condamnés soumis au régime de semi-liberté et fixant les modalités d'octroi du congé pénal, tout en recommandant avec insistance de lier les délais à prévoir à la nature de la demande et à la durée de la peine privative de liberté.

Actuellement, le recours contre des sanctions disciplinaires infligées par les Directeurs des établissements pénitentiaires aux détenus relève de la compétence du Procureur général. Les recours contre les décisions de placement au régime cellulaire strict, prises par le Procureur général sont de la compétence de la Commission pénitentiaire.

En vue du contrôle judiciaire de toutes les décisions prises en matière d'exécution des peines, il serait opportun d'attribuer aux Directeurs des établissements pénitentiaires l'intégralité du pouvoir disciplinaire et de prévoir un recours judiciaire contre toutes ces décisions devant le Juge à l'application des peines, qui statuerait contradictoirement, le cas échéant par voie d'urgence, et en tout cas sans possibilité d'appel.

Bien que s'agissant en l'occurrence de recours contre des décisions administratives, cette procédure permettrait au Juge à l'application des peines d'obtenir une meilleure connaissance des détenus, connaissance qui peut s'avérer utile si ces mêmes détenus saisisent ce magistrat par une requête sur base des dispositions de l'article 100 du code pénal par exemple.

Il est entendu que la complexité et la responsabilité de la mission du Juge à l'application des peines requièrent la nomination d'un magistrat qui devrait pouvoir se prévaloir d'une certaine ancienneté et d'une certaine expérience en matière pénale. Dans la même optique, il devrait être possible au titulaire de cette fonction de bénéficier d'une évolution de carrière normale.

La direction générale des établissements pénitentiaires

Il serait créé la fonction d'un Directeur général aux établissements pénitentiaires.

La direction générale serait appelée notamment à assurer les missions suivantes :

en matière de l'élaboration de stratégies et du développement de l'institution:

- la mise en œuvre de la politique pénologique ;
- l'élaboration et l'application d'un concept de gestion et de coordination entre les différents services de l'administration pénitentiaire ;
- la supervision de la gestion au sein des établissements pénitentiaires ;
- l'élaboration de statistiques et la mise en place d'outils d'évaluation ;
- l'analyse de l'évolution de la démographie carcérale ;
- la coordination et la surveillance de l'exécution des grands projets (construction etc.) ;

en matière de communication vers l'extérieur:

- la mise en place d'une stratégie de communication externe ;
- le contact avec les médias ;
- la coordination et le suivi des relations internationales ;

en matière de gestion des ressources humaines:

- l'organisation du recrutement, des examens-concours, des examens de carrière et de promotion ;
- l'organisation de la formation de base et de la formation continue, l'élaboration des différents curricula ;
- la gestion centralisée du personnel et des affaires disciplinaires ;
- la gestion et l'organisation centralisée de la médecine du travail ;

en matière budgétaire:

- l'élaboration du budget de l'ensemble de l'administration pénitentiaire ;
- le contrôle interne de la comptabilité ;
- les marchés publics ;
- le suivi des PPP (public private partnerships) ;

en matière de sécurité:

- le développement d'une politique de sécurité ;
- l'acquisition, le contrôle, le suivi et l'évaluation des technologies de sécurité ;
- l'organisation de la coopération avec la Police grand-ducale ;
- l'organisation d'audits et de contrôles en matière de sécurité par des organismes agréés ;
- la gestion du volet « sécurité dans la fonction publique » ;

en matière de technologies d'information et de communication:

- la gestion centralisée des données informatiques ;
- le développement des stratégies et outils informatiques ;
- la protection des données ;

en matière administrative et juridique:

- le suivi des plaintes pénales dirigées contre l'administration pénitentiaire ;

en matière de contrôle et d'inspection:

- la réalisation d'enquêtes internes en cas de besoin ;
- la réalisation de missions d'inspection in situ ;
- l'inspection de tous les établissements quant au respect des normes sanitaires.

Il est à noter que la mission de contrôle interne complèterait utilement le rôle de l'organe indépendant à créer qui aura pour vocation d'assurer le contrôle général et l'évaluation externe des lieux privés de liberté ainsi que le rôle de contrôle politique exercé par la Chambre des Députés.

A cet effet, la direction générale serait dotée d'un cadre de personnel comprenant, outre le Directeur général un nombre suffisant d'agents de la carrière supérieure et moyenne de l'Etat, voire, pour les compétences à caractère sécuritaire, par détachement du cadre des officiers de police, pour pouvoir remplir les missions ci-avant décrites.

Il est entendu que la direction générale devra également bénéficier de personnel administratif et d'appui.

Les deux établissements pénitentiaires existants resteraient dotés de leurs structures administratives actuellement existantes au sein desquelles des capacités pourront être dégagées par la dévolution de certaines tâches à la nouvelle direction générale.

Il est évident que le Directeur général à recruter devrait bénéficier d'une très large expérience dans le domaine pénitentiaire.

En vue de la mise en œuvre de cette recommandation, mais également au vu du projet tendant à la mise en place d'une maison d'arrêt, il est indiqué de prendre aussi rapidement que possible les dispositions budgétaires qui s'imposent afin de permettre un recrutement suffisant en personnel appelé à assumer des fonctions à responsabilité dans un proche avenir, ceci sans préjudice des besoins supplémentaires en personnel de l'administration pénitentiaire, notamment dans le domaine socio-éducatif.

Réponse:

Dans sa prise de position adressée au Médiateur en date du 25 août 2008, le Ministre de la Justice se prononce en faveur de l'introduction d'un management différemment conçu de l'administration pénitentiaire.

Il estime toutefois que cette idée mérite une analyse plus approfondie quant à son impact budgétaire.

Par ailleurs, sans prendre position par rapport aux autres propositions contenues dans la recommandation notamment par rapport à celle d'envisager la création de la fonction du juge à l'application des peines, le Ministre renvoie aux avis écrits du Procureur général d'Etat et du Procureur général d'Etat adjoint.

Après avoir lu attentivement les critiques formulées dans la prise de position des responsables du Parquet général, le Médiateur n'a pas détecté le moindre argument de fond qui militerait contre la prise en compte de sa recommandation.

Les réflexions à la base de sa recommandation relèvent en fait de la seule considération que de par leur nature les compétences et les missions de la direction générale des établissements pénitentiaires ne devraient pas être réservées à un organe externe de même qu'en matière d'exécution des peines privatives de liberté les décisions de nature judiciaire ne devraient plus relever de la compétence de magistrats du corps en charge de la poursuite des infractions à l'ordre public.

En date du 20 septembre 2009 le nouveau Ministre de la Justice a proposé au Médiateur une entrevue afin de discuter des suites à donner à sa recommandation. Cette invitation faisait suite à l'engagement pris par le Gouvernement d'examiner en détail les diverses recommandations du Médiateur relatives au fonctionnement de la Justice notamment en ce qui concerne l'introduction d'un juge à l'application des peines et la réforme de la direction des établissements pénitentiaires.

En date du 17 mars 2010 le Ministre de la Justice a présenté devant la presse son projet d'un nouveau concept pénitentiaire.

Le Médiateur salue l'initiative prise par le Ministre de réformer à fond le système pénitentiaire en s'attachant de créer un environnement carcéral servant au mieux la resocialisation des détenus en vue de leur future réintégration dans la société.

Le Médiateur se félicite de ce que le Ministre entend suivre sa recommandation dans le sens qu'il envisage la création d'une administration pénitentiaire en charge de toutes les questions horizontales concernant le personnel, les infrastructures, la sécurité, la sûreté, le budget, la santé, les statistiques, la recherche et qu'il entend surtout privilégier la mise au travail, la formation et toutes les activités liées à la resocialisation intra-muros des détenus.

Pour ce qui est de l'exécution des peines et plus particulièrement des décisions qui relèvent du champ de compétences du Délégué à l'exécution des peines voire de la commission pénitentiaire, le Médiateur n'entend pas se départir de l'idée qui est à la base de l'institution d'un juge à l'application des peines.

Le Médiateur prend acte que dans une récente prise de position dans un quotidien luxembourgeois le Ministre s'est prononcé pour l'idée de voir attribuer à une instance judiciaire certaines compétences actuellement dévolues au Délégué à l'exécution des peines ou à la commission pénitentiaire.

Recommandation N°35 relative à la discrimination des enfants naturels par rapport aux enfants légitimes de la loi modifiée du 19 juin 1985 concernant les allocations familiales et portant création de la Caisse nationale des Prestations familiales

Le Médiateur, a été saisi par un certain nombre de personnes qui se sont plaintes d'une discrimination des enfants naturels par rapport aux enfants légitimes de la loi modifiée du 19 juin 1985 concernant les allocations familiales et portant création de la Caisse nationale des Prestations familiales ;

considérant que les parents qui habitent et travaillent au Luxembourg, et dont les enfants naturels ne sont pas élevés dans leur ménage, mais à l'étranger, doivent rapporter la preuve qu'ils sont à leur charge principale ;

que par contre, les parents se trouvant dans la même situation mais ayant des enfants légitimes ne sont pas obligés de rapporter la preuve de la charge principale ;

considérant qu'en effet, l'article 1^{er} de la loi modifiée du 19 juin 1985 concernant les allocations familiales et portant création de la Caisse nationale des Prestations familiales prévoit que :

« A droit aux allocations familiales dans les conditions prévues par la présente loi,

pour lui-même, tout enfant résidant effectivement et d'une façon continue au Luxembourg et y ayant son domicile légal ;

pour les membres de sa famille, conformément à l'instrument international applicable, toute personne soumise à la législation luxembourgeoise et relevant du champ d'application des règlements communautaires ou d'un autre instrument bi- ou multilatéral conclu par le Luxembourg en matière de sécurité sociale et prévoyant le paiement des allocations familiales suivant la législation du pays d'emploi. Est considéré comme membre de la famille d'une personne au sens de la présente loi l'enfant appartenant au groupe familial de cette personne, tel que défini à l'article 2. Les membres de la famille visés par le présent texte doivent résider dans un pays visé par les règlements ou instruments en question. » ;

que l'article 2 de la même loi prévoit que :

« (2) Sont considérés comme appartenant à un même groupe familial au sens de la présente loi, pour autant qu'ils remplissent les

conditions d'octroi des allocations familiales, tous les enfants légitimes ou légitimés issus des mêmes conjoints, ainsi que les enfants adoptés par les mêmes conjoints en vertu d'une adoption plénière.

(3) Sont assimilés aux enfants légitimes d'une personne, aussi longtemps qu'ils sont légalement déclarés et élevés dans son ménage et qu'ils remplissent les conditions visées à l'alinéa précédent :

a) les enfants adoptés en vertu d'une adoption simple;

b) ses enfants naturels qu'elle a reconnus;

c) les enfants du conjoint ou du partenaire au sens de l'article 2 de la loi du 9 juillet 2004 relative aux effets légaux de certains partenariats (L. 09.07.2004);

d) ses petits-enfants, lorsqu'ils sont orphelins ou que les parents ou celui d'entre eux qui en a la garde effective sont incapables au sens de la loi. » ;

considérant qu'ainsi les enfants visés à l'alinéa 3 précité ne sont pas à considérer comme membre de la famille au sens de la loi modifiée du 19 juin 1985 lorsqu'ils ne sont pas élevés dans le ménage du travailleur;

considérant qu'il résulte de ce qui précède que le parent dont l'enfant naturel n'est pas élevé dans son ménage n'ouvre pas droit aux allocations familiales ;

que le travailleur dont l'enfant légitime n'est pas élevé dans son ménage mais à l'étranger ouvre cependant droit aux allocations familiales ;

considérant que conformément à l'article 73 du règlement (CEE) n° 1408/71, « le travailleur salarié ou non salarié soumis à la législation d'un Etat membre a droit, pour les membres de sa famille qui résident sur le territoire d'un autre Etat membre, aux prestations familiales prévues par la législation du premier Etat, comme s'ils résidaient sur le territoire de celui-ci » ;

qu'en vertu de l'article 1^{er} f) i) du même règlement, la qualité de membre de la famille est définie par la législation au titre de laquelle les prestations sont servies. Par conséquent pour les enfants du travailleur occupé au Luxembourg la qualité de membre de la famille de ce dernier doit être remplie conformément à la législation luxembourgeoise (articles 1^{er} et 2 combinés précités) ;

considérant que pour permettre néanmoins le paiement des allocations familiales en faveur des enfants naturels qui ne résident pas dans le ménage du travailleur mais à l'étranger, la Caisse nationale des Prestations familiales fait application de l'article 1^{er} f) i) du règlement (CEE) N° 1408/71 qui prévoit que :

« Le terme "membre de la famille" désigne toute personne définie ou admise comme membre de la famille ou désignée comme membre du ménage par la législation au titre de laquelle les prestations sont servies ou, dans les cas visés à l'article 22 paragraphe 1 point a) et à l'article 31, par la législation de l'État membre sur le territoire duquel elle réside; toutefois, si ces législations ne considèrent comme membre de la famille ou du ménage qu'une personne vivant sous le toit du travailleur salarié ou non salarié ou de l'étudiant, cette condition est réputée remplie lorsque la personne en cause est principalement à la charge de ce dernier ».

qu'en vertu de cet article, même si l'enfant n'habite pas dans le ménage du parent, il est considéré comme membre de la famille si le parent rapporte la preuve de la charge principale ;

considérant que suivant une circulaire de Madame la Ministre de la Famille, la preuve de la charge principale est rapportée si le travailleur, qui ne touche que le salaire social minimum, verse régulièrement et mensuellement 150 euros par enfant à titre de contribution alimentaire, et 200 euros dans les autres cas. Des versements réguliers sur une période continue de 6 mois au minimum doivent être prouvés ;

considérant que l'article 2 de la loi modifiée du 19 juin 1985 consacre une discrimination, contraire à l'article 14 de la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales relatif à l'interdiction de discrimination, combiné avec l'article 8 de la Convention relatif au droit au respect de la vie privée et familiale ;

considérant que le comité-directeur de la Caisse nationale des Prestations familiales a déjà proposé une modification de l'article 2 de la loi précitée dans son avis sur le projet de loi relatif aux effets légaux de certains partenariats, en suggérant de lier le groupe familial dans tous les cas de figure à une condition de ménage commun, et d'introduire dans la loi nationale la condition de la charge principale déjà ancrée dans le droit communautaire ;

qu'au vu de ce qui précède et afin que les enfants légitimes et les enfants visés à l'alinéa 3 de l'article 2 de la loi modifiée du 19 juin 1985 concernant les allocations familiales et portant création de la Caisse nationale des Prestations familiales soient traités de manière égale, une modification de cette loi s'impose ;

recommande au Ministre de la Famille et de l'Intégration de réexaminer les dispositions afférentes de la loi modifiée du 19 juin 1985 concernant les allocations familiales et portant création de la Caisse nationale des Prestations familiales.

Réponse:

En date du 11 mai 2010 Madame la Ministre de la Famille et de l'Intégration a informé le Médiateur que ses services seraient en train de préparer un projet de loi réformant globalement les allocations familiales.

Dans le cadre de cette réforme il serait prévu d'introduire le principe de l'égalité des enfants. Ce projet aurait été retardé afin de pouvoir tenir compte des propositions gouvernementales actuellement en discussion.

Recommandation N°36 relative au coût et à la simplification des procédures de recouvrement de créances par voie d'huissier de justice

Le Médiateur a été saisi depuis son entrée en fonctions par un nombre non négligeable de citoyens exposés à des procédures de recouvrement par voie d'huissier de justice.

Indépendamment de toute question de fond, la presque totalité des débiteurs se sont plaints des coûts de la procédure et surtout des coûts liés au recouvrement forcé de petites créances.

En effet, pour des créances ne dépassant pas 100 ou 200 €, il n'est pas rare de constater que les frais d'un recouvrement forcé se chiffrent jusqu'au sextuple de la créance principale.

Or, il ne peut être dans l'intérêt d'une justice bien comprise d'exposer des débiteurs, qui se trouvent souvent dans des situations très

précaires, à des frais pouvant s'élever à plusieurs centaines d'euros pour s'acquitter d'une dette dont le principal n'excède pas 50 euros.

Après avoir procédé à une analyse approfondie de la matière, plusieurs mesures seraient à envisager afin de réduire le coût des procédures de recouvrement forcé.

1. La défiscalisation intégrale de la procédure de recouvrement pour toute créance inférieure à 1.250 euros

Il est proposé d'abolir la TVA, les droits de timbre et les droits d'enregistrement (exemption de droit d'enregistrement) grevant les actes de procédure dans des affaires dont l'enjeu financier ne dépasse pas le montant de 1.250 €. Cette mesure contribuerait largement à assurer une proportionnalité plus raisonnable entre le coût d'un recouvrement forcé et le montant de la créance.

2. Le droit fixe

Il serait utile, toujours dans l'intérêt d'une proportion raisonnable entre le coût d'une procédure de recouvrement et le montant d'une créance, d'établir une proportionnalité entre le droit à percevoir et le montant à recouvrer. Cette pratique existe d'ores-et-déjà en Belgique où elle a fait ses preuves.

3. L'accès aux bases de données informatiques de l'Etat et du CCSS

L'impossibilité pour l'huissier d'accéder directement à certaines banques de données entraîne souvent des coûts supplémentaires alors que les huissiers sont obligés à procéder à la recherche de certaines données concernant les débiteurs, leurs employeurs ou organismes débiteurs à leur égard d'une pension, d'une prestation sociale ou d'une rente à l'égard, auprès des administrations ou établissements publics compétents.

Si les huissiers de justice obtenaient un accès informatique à certaines banques de données, les recherches d'adresses auprès des Communes ainsi que celles effectuées à l'heure actuelle sur base d'injonctions délivrées par les Justices de Paix sur base de l'article 11 de la loi modifiée du 11 novembre 1970 sur les cessions et saisies des rémunérations de travail ainsi que les pensions et rentes pourraient être directement effectuées par

l'huissier, comme c'est notamment le cas en Belgique. Les banques de données principalement concernées seraient celle du CCSS afin de pouvoir déterminer les qualités d'un éventuel employeur ou d'un éventuel organisme débiteur d'une pension, d'une prestation sociale ou d'une rente, celle tenue auprès du Ministère des Transports afin de pouvoir vérifier si un éventuel débiteur dispose d'une voiture et celle existant auprès de l'Administration du Cadastre et de la Topographie afin de pouvoir déterminer si un débiteur dispose d'un bien immobilier. Il est évident que ces accès devraient être paramétrés de manière à ne divulguer que les informations strictement nécessaires à l'exercice du ministère.

4. Les frais de route

Afin de garantir un maximum de transparence en matière de mise en compte de frais de route, il serait indiqué d'avoir recours à un système forfaitaire qui tiendrait compte de la distance moyenne entre le siège de l'huissier et l'endroit auquel un acte est à poser. Ce modèle a fait ses preuves en Belgique. A son image, on pourrait prévoir pour le Grand-Duché entre 3 et 6 tarifs.

5. Le principe de l'unicité des actes posés par l'huissier de justice

Si les bases légales et réglementaires actuellement en vigueur énumèrent et précisent les différents actes qu'un huissier de justice est habilité à poser, elles n'en déterminent cependant pas le nombre.

En principe un huissier de justice ne devrait pas poser pour la deuxième fois le même acte, sauf dans des cas exceptionnels dûment justifiés dans l'acte-même et dont la justification serait ainsi portée à la connaissance du justiciable.

Il appartient aux autorités judiciaires de contrôler de se prononcer en cas de contestation sur la nécessité de la pluralité d'actes.

6. La procédure de validation des saisies-arrêts spéciales sur salaire

Les textes actuellement en vigueur prévoient une procédure de validation d'une saisie-arrêt spéciale sur salaire, sur demande de la partie la plus diligente ou sur opposition du débiteur même dans les cas où la partie saisissante peut se prévaloir d'un titre exécutoire.

S'il est vrai que les droits de la défense méritent une protection toute particulière, on peut néanmoins s'interroger sur la justification d'une pareille procédure si les procédures applicables ont été observées.

Dans l'intérêt d'une plus grande rapidité des procédures de recouvrement par le biais de saisies-arêts spéciales sur salaires, mais également dans l'intérêt d'un désencombrement certain des audiences des justices de paix directement concernées, il serait utile de restreindre l'accès à la procédure de validation, en cas d'existence d'un titre exécutoire aux seules contestations de la procédure, à faire valoir par la partie débitrice ou la partie tierce saisie dans un délai relativement court.

7. Les sommations

Les sommations adressées par huissier au débiteur sont en principe à charge du créancier, sauf si les conditions générales d'un contrat prévoient cette procédure par voie d'huissier de justice pour faire courir les intérêts à charge du débiteur. En ce cas, les frais de l'acte de sommation devraient être fixés par le législateur.

8. Le système du Tiers payant automatique en matière d'honoraires médicaux impayés

Dans l'intérêt d'un désencombrement majeur des Justices de Paix, mais également en vue d'abolir des coûts de procédure générés par la mise en intervention d'huissiers de justice par le corps médical, il serait important de modifier les termes du Titre XI, art 67 de la Convention modifiée du 13 décembre 1993 entre l'UCM et l'AMMD conclue en exécution de l'article 61 et du CAS - Convention pour médecins -

En effet l'obligation imposée par ce texte au médecin et au médecin-dentiste de soumettre un titre exécutoire ou un document judiciaire attestant du fait que le débiteur est sans domicile ou résidence connu à l'UCM afin d'obtenir par la voie du Tiers payant paiement des mémoires non honorés par les patients n'a pas seulement fait augmenter d'une façon spectaculaire le nombre d'ordonnances de paiement causant ainsi un encombrement majeur des greffes concernés, mais elle a également généré un surcoût en matière de recouvrement alors que certains médecins font appel à des huissiers de justice pour traiter ces dossiers. Il est

évident que les frais générés par l'intervention de l'huissier de justice seront imputés au débiteur. Ceci est particulièrement délicat en matière d'honoraires médicaux qui généralement ne portent que sur des sommes modiques et où la moindre intervention d'un huissier de justice fait de suite augmenter le coût total de l'opération de recouvrement à un multiple de la créance principale.

Il serait donc logique de procéder à la réintroduction de l'ancien système qui laissait au médecin concerné le libre choix, soit de faire parvenir son mémoire non honoré à l'UCM pour obtenir paiement de la part du tiers payant, soit d'entamer la voie judiciaire.

9. Regrouper les textes législatifs et réglementaires concernant les huissiers de justice

Dans un souci de transparence et de clarté, il serait utile de codifier tous les textes législatifs et réglementaires concernant les huissiers de justice et de les compléter par des dispositions régissant la déontologie de la profession de l'huissier de justice.

Y devrait figurer notamment une obligation d'information dans le chef des huissiers de justice, qui, afin d'amener le débiteur à s'acquitter de ses dettes sans autres frais supplémentaires, devraient être obligés d'informer les justiciables lors de l'exécution de tout acte du coût de la procédure entamée, du coût global des actes à venir, du déroulement précis de la procédure ainsi que des moyens de défense à leur disposition. Un tel code aurait l'avantage de faciliter l'accès à toutes les dispositions légales et réglementaires en la matière, tant aux créanciers qu'aux débiteurs et de leur faire connaître au mieux leurs droits et obligations.

10. Réflexions sur l'évolution de la profession de l'huissier de justice à moyen et à long terme

S'il est indéniable que l'huissier de justice joue un rôle important dans le domaine de la justice et qu'il ne saurait se voir substituer, du moins dans certaines de ses fonctions, par d'autres auxiliaires de la justice, il faudrait néanmoins se poser la question sur les coûts des procédures.

De par la loi, les justiciables sont obligés, dans certaines procédures judiciaires notamment introductives d'instance et d'exécution, de recourir aux services d'un huissier de justice.

Or, plus particulièrement en ce qui concerne l'intervention de l'huissier de justice en matière de recouvrement se pose la question des frais. Si l'huissier de justice peut procéder à un recouvrement d'une créance auprès d'un débiteur solvable, celui-ci doit également s'acquitter des frais engendrés par la procédure de recouvrement. Dans le cas du débiteur indigent par contre, ces frais seront mis à charge du demandeur qui ne se voit pas seulement spolié de son dû au principal, mais qui de surcroît doit supporter les frais de l'exécution.

Il est évident que le montant de ces frais est très largement tributaire de l'attitude du débiteur et que partant il risque d'être plus élevé si le recouvrement s'annonce difficile.

Or, depuis la mise en vigueur de la loi modifiée sur l'organisation judiciaire du 7 mars 1980, qui par l'article 186 a aboli le casuel des greffiers, le principe de la gratuité des services rendus par l'administration judiciaire est largement acquis.

Afin d'étendre ce principe également à la procédure introductive d'instance et à la procédure d'exécution de décisions judiciaires et plus généralement à toutes les procédures dans lesquelles des textes légaux et réglementaires prévoient obligatoirement l'intervention d'un huissier de justice, procédures qui dans nombre de cas génèrent des frais disproportionnés, il serait opportun de prévoir, à terme, la fonctionnarisation des huissiers de justice en tant qu'agents de l'administration judiciaire avec un cadre de personnel propre et correspondant à leur formation.

Une telle réforme, accompagnée d'une législation fiscale adaptée, permettrait au justiciable de faire l'économie des coûts de l'intervention de l'huissier de justice tout en mettant ces coûts à charge de l'Etat.

Réponse:

Dans sa prise de position du 25 mars 2009 le Ministre de la Justice a informé le Médiateur que sa recommandation comprend des pistes de réflexion intéressantes qui feront l'objet d'une analyse plus approfondie.

Recommandation N°38 relative aux décisions susceptibles de recours dans le cadre de la procédure de reclassement de travailleurs incapables d'occuper leur dernier poste de travail

Considérant que le Médiateur a été saisi d'un certain nombre de réclamations concernant la procédure de reclassement par des personnes qui s'estimaient incapables d'occuper leur dernier poste de travail en raison de leur état de santé;

considérant que suivant l'article L.552-2. du Code du Travail, le Contrôle médical de la Sécurité sociale saisit, en accord avec l'intéressé, la Commission mixte de reclassement, désignée ci-après par «Commission mixte», lorsqu'il estime que la personne concernée est susceptible de présenter une incapacité pour exercer son dernier poste de travail ;

considérant qu'en vertu du même article du Code du Travail, si l'intéressé remplit les conditions prévues pour un reclassement interne ou externe, la commission mixte saisit le médecin du travail compétent en application du livre III, titre II concernant les services de santé au travail qui convoque et examine l'intéressé endéans les quinze jours;

considérant que si le médecin du travail estime que l'intéressé est capable d'exercer son dernier poste de travail ou régime de travail, il en informe par avis motivé le Contrôle médical de la Sécurité sociale et la Commission mixte;

considérant que dans ce cas l'article L.552-2. du Code du Travail n'oblige pas la Commission mixte à prendre une décision susceptible de recours rejetant la demande de reclassement de l'intéressé;

considérant que si le médecin du travail compétent estime que l'intéressé est incapable d'exercer son dernier poste ou régime de travail, il retourne le dossier à la Commission mixte, qui décide le reclassement interne ou externe de l'intéressé;

considérant que l'article L.326-6. du Code du Travail prévoit que si un travailleur, reprend son activité après une absence ininterrompue de plus de six semaines pour cause de maladie ou d'accidents de travail, l'employeur est tenu d'en avertir le médecin du travail. Le médecin peut soumettre le travailleur à un examen médical ayant pour but d'apprécier son aptitude à reprendre son ancien emploi ou de déterminer l'opportunité d'une muta-

tion, d'une réadaptation ou d'une adaptation du poste de travail;

que suite à une décision de reclassement interne et dans le cadre de l'examen médical prévu à l'article L.326-6. du Code du Travail, le médecin du travail peut arriver à la conclusion que le nouveau poste ou régime de travail est adapté aux capacités résiduelles de travail de la personne concernée telles qu'elles ont été retenues dans son avis médical établi lors de la procédure de reclassement;

que la personne concernée peut ne pas partager cet avis;

considérant que tous ces litiges ont trait à des contestations de droit civil;

Le Médiateur recommande au Ministre du Travail, de l'Emploi et de l'Immigration de proposer une modification des articles L.552-2 et L.326-6. du Code du Travail et de prévoir qu'une décision susceptible de recours soit transmise à l'intéressé lorsque:

la Commission mixte ne donne pas suite à une demande de reclassement au motif que, suivant l'avis du médecin du travail, la personne concernée est capable d'occuper son dernier poste de travail ;

en vertu de l'article L.326-6. du Code du Travail, suite à une décision de reclassement interne, le médecin du travail opine que le nouveau poste ou régime de travail est adapté aux capacités résiduelles de travail de la personne concernée.

Réponse:

Dans sa réponse du 15 mars 2010 le Ministre du Travail et de l'Emploi tout en reconnaissant l'utilité d'un droit de recours tel que recommandé par le Médiateur, estime que la Commission mixte ne serait pas l'organe approprié pour prendre une décision susceptible de recours.

Tout en étant pas convaincu par cette prise de position le Médiateur prend acte que le Ministre a continué sa recommandation au Ministre de la Santé en lui demandant d'envisager la possibilité d'un droit de réexamen auprès du médecin chef de division de la santé au travail dont la décision serait susceptible de recours.

A ce jour le Médiateur reste toujours en attente d'une prise de position de la part du Ministre de la Santé.

Recommandation N°39 relative aux instructions sur les voies de recours figurant au verso des bulletins d'impôt émis par l'Administration des Contributions directes

Les relations que l'Administration des Contributions directes entretient avec les contribuables sont des relations d'autorité. Dans la pratique quotidienne, on peut toujours constater que les contribuables se sentent très souvent démunis face à l'administration et qu'ils ressentent un sentiment d'infériorité dans leurs relations avec celle-ci.

Ce sentiment provient du fait que l'administration pratique un langage juridique mal connu des contribuables et les problèmes ressentis par ceux-ci à comprendre une législation trop complexe et hermétique ne font que le renforcer.

Entre-temps, l'idée que toute administration y compris l'Administration des Contributions directes doit avant tout être une administration de service est généralement acceptée. Cela implique la promotion d'une culture de qualité de service. Les agents de l'administration doivent se mettre à la place du contribuable, s'adapter à ce dernier et ne pas se contenter d'exécuter leur mission légale au sens très étroit du terme. Les relations entre les deux parties évolueront ainsi vers un partenariat fondé sur la collaboration entre les autorités et les contribuables.

Des mesures concrètes doivent être prises en vue de sensibiliser davantage les agents à cette exigence de qualité de service au sein de l'administration fiscale, d'améliorer la communication et le dialogue entre le contribuable et l'administration et d'accroître l'efficacité des recours internes à l'administration. Il ne suffit pas en effet de prévoir des garanties en faveur du contribuable, il faut encore que celles-ci soient effectives en pratique.

Il incombe dès lors à l'administration dans son rôle de prestataire de services de faire surtout un effort de pédagogie. Cela requiert que l'administration clarifie et simplifie son langage.

Certes, les instructions sur les voies de recours dans leur forme actuelle sont conformes aux prescriptions précises de la loi générale des

impôts du 22 mai 1931, dite « Abgabenordnung » (AO). Un jugement du Tribunal d'administratif du 28 janvier 2009 (n° 24695) confirmé par la Cour administrative dans un arrêt du 14 juillet 2009 (n° 25366C) en a constaté la validité au regard des prescriptions légales.

Il n'en reste pas moins qu'elles ne sont plus compatibles avec la conception moderne de l'administration et de sa mission telle qu'esquissée ci-avant.

Une refonte des instructions sur les voies de recours imprimées au verso des bulletins émis par l'Administration des Contributions directes s'impose.

1. Lisibilité des instructions

L'idée d'une administration de service ne peut pas se baser sur l'image d'un contribuable familier des lois fiscales et restant toujours parfaitement informé.

L'administration s'efforçant de tenir un rôle de prestataire de services doit pouvoir se mettre à la place du citoyen et adapter son fonctionnement aux besoins de ce dernier. Cela implique que l'administration se préoccupe de la bonne compréhension de ses instructions par les contribuables.

Les instructions concernant les voies de recours ont plutôt l'apparence de conditions générales de vente imprimées en caractères minuscules, difficilement lisibles, souvent indigestes et généralement ignorées des consommateurs.

Il importe notamment que les instructions sur les voies de recours soient rédigées de façon claire et compréhensible. Cela requiert une impression de texte qui permet une lecture aisée et une présentation qui fasse ressortir d'emblée les droits et obligations du contribuable dans un langage juridique accessible au contribuable non-professionnel.

Les instructions qui se trouvent actuellement imprimées au verso des bulletins d'impôt ne sont guère lisibles du fait qu'il s'agit d'un seul modèle qui intègre toute une série d'instructions différentes en fonction des divers bulletins prévus par la procédure fiscale.

La tâche du contribuable est rendue plus difficile du fait qu'il doit d'abord faire le bon choix des instructions qui s'appliquent à lui.

Les possibilités actuelles de l'informatique devraient permettre de limiter les instructions quant aux voies de recours à celles qui s'appliquent directement au bulletin en question, ce qui permettrait une meilleure présentation formelle et une lisibilité accrue.

2. Défaut d'instructions sur le recours juridictionnel

Les instructions sur les voies de recours actuellement en usage n'informent pas le contribuable sur la possibilité d'introduire un recours devant le tribunal administratif au cas où le Directeur des Contributions directes n'a pas donné suite à la réclamation dans un délai de six mois prenant cours à partir de l'introduction de sa réclamation.

Dans ce cadre, le contribuable devrait également être informé au sujet des conditions de forme et de recevabilité à observer dans l'exercice de ce recours.

Toutes ces indications pourront aussi être utilement répétées dans les accusés de réception qui sont adressés aux contribuables suite à l'introduction de leur réclamation.

3. Défaut d'instructions au sujet du sursis à exécution

La page d'information imprimée au verso des bulletins d'impôt indique la règle prévue au paragraphe 251 AO selon laquelle l'effet du bulletin d'impôt n'est pas suspendu par l'introduction d'une réclamation. Le contribuable doit par conséquent s'acquitter des impôts dans le délai imparti.

Cette information est cependant insuffisante, car elle omet d'informer le contribuable sur la possibilité de demander au bureau d'imposition un sursis à exécution prévu au même paragraphe.

4. Confusion entre une demande de redressement auprès du préposé et une réclamation au sens du § 228 AO

Aux termes du paragraphe 228 AO, les contribuables peuvent attaquer les bulletins d'impôts dans un délai de trois mois par voie de réclamation sur laquelle le Directeur des Contributions directes statuera.

Le paragraphe 249 AO prescrit les conditions de forme à observer par le réclamant qui dis-

pose du choix d'introduire une réclamation au sens du paragraphe 228 AO par la voie écrite ou par une déclaration orale qui doit obligatoirement être actée par procès-verbal. En outre, il suffit qu'il ressorte de l'écrit que le contribuable se sent lésé par le bulletin d'impôt et qu'il sollicite un réexamen de l'imposition (§ 249 (2) AO : « *Ein Rechtsmittel gilt als eingelegt, wenn aus dem Schriftstück oder aus der Erklärung hervorgeht, dass sich der Erklärende durch die Entscheidung beschwert fühlt und Nachprüfung begehrt* »).

Bien que la loi générale des impôts (AO) restreigne ainsi au strict minimum les conditions de forme à remplir par les réclamants, ces derniers doivent faire attention à ce que leur réclamation ne soit pas interprétée en tant que « demande en redressement du bulletin selon le paragraphe 94 alinéa 1^{er} AO ».

Le paragraphe 94 AO prévoit en effet la possibilité pour le bureau d'imposition de redresser les bulletins d'impôt et les décisions administratives à caractère individuel (§ 235 AO) avec le consentement du contribuable endéans le délai de réclamation de trois mois. Il est important de signaler qu'il ne s'agit pas d'un recours proprement dit prévu par la loi, mais d'une possibilité de redressement des bulletins par le bureau d'imposition.

Le paragraphe 249 (3) AO prescrit que la réclamation au sens du paragraphe 228 AO est à introduire auprès du bureau d'imposition auteur du bulletin litigieux, tout en ajoutant que l'introduction auprès du Directeur des Contributions directes est également valable. Il est évident que le réclamant se dirigeant vers le bureau d'imposition rédige sa réclamation en adressant à ce dernier sa demande de réexamen de son imposition.

Or, au cas où il en ressort formellement qu'il attend du bureau d'imposition lui-même une information sur le maintien ou le redressement du bulletin, son courrier risque d'être interprété en tant que « demande en redressement du bulletin selon le paragraphe 94 alinéa 1^{er} AO », demande qui n'a pas pour effet de suspendre le délai de recours de trois mois.

Les contribuables ne disposant que des informations marquées au verso des bulletins d'impôt ne sont pas conscients de ce risque et il est possible qu'ils soient induits en erreur par le libellé desdites instructions selon lesquelles les réclamations peuvent être introduites auprès du bureau d'imposition, auteur du bulletin concerné.

Il faut par conséquent que les instructions concernant les voies de recours soient rédigées et complétées de façon à exclure le risque d'un tel malentendu.

Dans ce contexte, le Médiateur est d'avis qu'aux termes de la loi générale des impôts, toute contestation écrite d'un contribuable respectant les conditions de forme minimales prévues au paragraphe 249 AO devrait être qualifiée de réclamation au sens du paragraphe 228 AO même s'il résulte du libellé de son écrit qu'il attend du préposé lui-même une prise de position. A moins que le bureau d'imposition ne puisse redresser le bulletin en question dans le sens voulu par le contribuable, qui retirera alors sa réclamation, il devrait continuer toute réclamation au Directeur des Contributions directes conformément au paragraphe 249 AO (§ 249 (3) 4^e phrase « *Das Rechtsmittel ist in den Fällen der Sätze 2 und 3 der zuständigen Stelle zu übermitteln* »).

Le Médiateur recommande au Directeur des Contributions directes de refondre les instructions concernant les voies de recours

1. en améliorant leur lisibilité

- par une impression de texte qui permette une lecture aisée ;
- par une présentation claire et limitée aux instructions applicables au bulletin d'imposition en question ;
- par une rédaction dans un langage accessible aux contribuables ;

2. en les complétant par des indications relatives au recours juridictionnel et à la possibilité d'une demande d'un sursis à exécution ;

3. en éliminant le risque d'une confusion entre "une demande de redressement" au sens du paragraphe 94 AO et d'une réclamation au sens du paragraphe 228 AO.

Réponse:

Par courrier du 12 juillet 2010 le Ministre des Finances a fait part au Médiateur des suites que l'Administration des Contributions directes a réservé à cette recommandation :

«1. Lisibilité des instructions

Impression de texte qui permette une lecture aisée

La taille des lettres a été sensiblement augmentée par l'adoption de la police Arial 11, standard préconisé dans le courrier entre administrations et administrés ; l'emploi d'entêtes de taille différente, de cadres, de mots relevés dans le texte, d'espaces différents entre lignes permettent de mieux dégager la structure du texte.

Présentation claire et limitée aux instructions applicables au bulletin d'imposition en question

Les voies de recours ont été reformulées dans un langage plus accessible sans pour autant négliger la précision requise afin de ne pas perdre leur validité juridique.

L'effort essentiel a consisté en la discrimination des voies de recours par type de bulletin ; c'est ainsi que le projet prévoit de lier, informatiquement, des voies de recours spécifiques à des types d'impôt qui correspondent aux différentes impositions au sens large. En effet, il est prévu d'imprimer six différentes versions de voies de recours, correspondant aux bulletins les plus usuels.

Il s'agit des voies de recours spécifiques aux bulletins suivants (types d'impôt entre parenthèses) :

- bulletin de l'impôt sur le revenu (001000) et bulletin de l'impôt sur le revenu des collectivités (002000)
- bulletin de la base d'assiette et de la fixation de l'impôt commercial communal (117000)
- bulletin de la valeur unitaire de la fortune d'exploitation (006117)
- bulletin de l'impôt sur la fortune (006000)
- bulletin d'établissement séparé et/ou en commun de revenus (000011)
- bulletin de la fixation séparée et/ou en commun de bonifications d'impôts (200011)

Dans le courrier adressé au Médiateur le Ministre a annexé les diverses versions.

L'expression la plus générale sera celle jointe aux bulletins de l'impôt sur le revenu, qui servira également pour certains types de bulletins avec lesquels la majorité des contribuables ne seront pas confrontés.

C'est ainsi que les contribuables ne verront apparaître sur leurs bulletins que les seules instructions spécifiques se rapportant à leur décision.

Rédaction dans un langage accessible aux contribuables

Un grand soin a été porté à la clarté des formulations concernant l'instance devant laquelle la réclamation est à porter, notamment par indication de l'adresse, ainsi que du délai de réclamation et de la forme. Le texte, réduit à l'extrême, s'écarte d'une terminologie purement juridique dans la mesure où une vulgarisation ne risque pas de distordre les prescriptions légales.

2. Indications relatives au recours juridictionnel et à la possibilité d'une demande d'un sursis à exécution

Vu la multitude des indications indispensables et afin d'éviter d'entraver de nouveau la lisibilité des voies de recours, il semble préférable de communiquer les indications sur la possibilité de porter un recours devant le Tribunal administratif avec l'accusé de réception, systématiquement envoyé à tout contribuable ayant introduit une réclamation ou un recours hiérarchique formel devant le directeur.

En effet, il échet de distinguer entre le recours introduit contre le bulletin d'impôt du bureau d'imposition, en cas de silence du directeur de plus de six mois suite à une réclamation, et le recours contre une décision directoriale sur réclamation. Les explications afférentes risqueraient d'alourdir les instructions. De plus, aucun contribuable ne peut saisir le Tribunal administratif sans avoir au préalable porté l'affaire devant le directeur, sous peine d'irrecevabilité (*omisso medio*). Ainsi tout réclamant, sans exception, se verra renseigner sur l'option du recours juridictionnel.

En ce qui concerne la demande d'un sursis à exécution, il a été tenu compte de cette recommandation dans les instructions sur les voies de recours relatives aux bulletins d'impôt au sens strict, i.e. fixant un impôt.

Supplémentairement aux demandes du Médiateur, il est rendu attentif dans les indications proposées au risque de la réformation en défaveur (§ 243 de la loi générales des impôts), auquel s'expose le réclamant.

3. Elimination du risque d'une confusion entre une demande de redressement au sens du § 94 AO et d'une réclamation au sens du § 228 AO.

L'élimination de cette confusion profite aux contribuables tout comme à l'administration et simplifie la décision d'interpréter les missives des contribuables, tantôt en des injonctions de procéder à un simple redressement ponctuel du bulletin par le bureau d'imposition,

avec émission d'un nouveau bulletin avant que le bulletin original ne soit coulé en force et sans risque de redressement d'office en défaveur, tantôt en des réclamations devant le directeur, appelé au réexamen intégral de l'imposition en faveur comme en défaveur, qui statue par décision susceptible de recours devant le tribunal.

Le projet propose de subdiviser les indications à porter sur le bulletin en deux parties, dans un ordre logique. Tout d'abord y figure sous l'entête encadré d'« Instruction » l'information concernant la demande en simple redressement prévue par le § 94 AO. Suivent, sous l'entête également encadré d'« Instruction sur les voies de recours » réclamation au sens du § 228 AO » les indications nécessaires pour le cas où le contribuable choisit la voie de la réclamation devant le directeur. La première voie n'excluant pas la seconde, le contribuable ayant infructueusement demandé un redressement auprès de son bureau d'imposition peut, dans la suite, introduire une réclamation auprès du directeur, pour autant qu'elle parvienne dans les trois mois de la notification du bulletin. »

Le Médiateur se félicite des suites que l'Administration des Contributions directes a réservées à sa recommandation.

E. Nouvelles recommandations

Recommandation N°40 relative à la transmission d'une copie d'une épreuve d'examen à un élève et au respect des garanties minimales prévues par la procédure administrative non contentieuse

Le Médiateur considérant qu'il a été saisi d'une réclamation par un élève qui n'avait pas réussi une épreuve de langue lors de son examen de fins d'études secondaires techniques;

considérant que la réclamante souhaitant faire valoir ses droits et éventuellement exercer un recours contre cette décision, a demandé au Ministre ayant l'Education nationale dans ses attributions de lui transmettre une copie de l'épreuve en question qui avait été remise aux correcteurs;

considérant que le Ministre refusa de lui remettre une telle copie en s'appuyant sur le règlement grand-ducal du 31 juillet 2006 portant organisation de l'examen de fin d'études secondaires dont l'article 14 prévoit que «sur demande écrite adressée au commissaire, le candidat peut consulter sa copie au siège de la commission et des explications sont fournies par le commissaire, le directeur ou l'un des correcteurs.»;

que le Ministre estima que la réclamante pouvait consulter sa copie sur place et obtenir des explications de la part d'un des membres de la commission compétente et que le fait de remettre l'épreuve d'examen au candidat ne serait d'aucune utilité pédagogique puisqu'elle n'apporterait pas de plus-value sur ce plan;

considérant que l'article 4 de la loi du 1^{er} décembre 1978 réglant la procédure administrative non contentieuse prévoit que les règles de la procédure administrative non contentieuse «s'appliquent à toutes les décisions administratives individuelles pour lesquelles un texte particulier n'organise pas une procédure spéciale présentant au moins des garanties équivalentes pour l'administré.»;

considérant que l'article 11 du règlement grand-ducal du 8 juin 1979 relatif à la procédure à suivre par les administrations relevant de l'Etat et des communes dispose que «tout administré a droit à la communication intégrale du dossier relatif à sa situation administrative, chaque fois que celle-ci est atteinte, ou susceptible de l'être, par une décision administrative prise ou en voie de l'être.»;

considérant que la jurisprudence administrative interprète cette disposition en ce sens que la communication intégrale du dossier ne se résume pas à une simple inspection sur place, mais englobe le droit à obtenir transmission, en copie et aux frais du demandeur, des pièces de son dossier administratif;

considérant qu'il n'appartient pas au Médiateur de juger de l'utilité pédagogique d'une décision administrative mais de la légalité de celle-ci;

considérant qu'il n'est pas contesté que la situation administrative de la réclamante a été atteinte par l'échec à son épreuve de fins d'études secondaires;

considérant que le droit réservé à tout candidat par l'article 14 du règlement grand-ducal du 31 juillet 2006 portant organisation de l'examen de fin d'études secondaires ne présente pas au moins des garanties équivalentes au droit de tout administré tel qu'énoncé à l'article 11 du règlement grand-ducal du 8 juin 1979 relatif à la procédure à suivre par les administrations relevant de l'Etat et des communes;

considérant dès lors que le refus du Ministre compétent de transmettre une copie d'une épreuve d'examen à un élève qui en fait la demande n'est pas conforme au niveau de protection minimum tel que défini par la procédure administrative non contentieuse;

recommande au Ministre de l'Education nationale et de la Formation professionnelle de transmettre une copie d'une épreuve d'examen à tout élève ou à son représentant légal qui en fait la demande.

Réponse:

Dans sa prise de position du 8 février 2010, tout en rappelant les dispositions de l'article 14 du règlement grand-ducal du 31 juillet 2006 portant organisation de l'examen de fin d'études secondaires et du règlement grand-ducal modifié du 31 juillet 2006 portant organisation de l'examen de fin d'études secondaires techniques et l'examen de fin d'études de la formation de technicien, la Ministre de l'Education nationale a répondu au Médiateur qu'elle ne pourrait respecter sa recommandation qu'en modifiant cet article en ajoutant la phrase suivante : « Sur demande écrite adressée au commissaire le candidat peut consulter sa copie au siège de la commission et des explications sont fournies par le commissaire, le directeur ou un des correcteurs. »

Par le même courrier la Ministre s'est engagée à soumettre cette recommandation pour avis aux collèges des directeurs et aux syndicats des enseignants.

En date du 25 mars 2010 la Ministre de l'Education nationale et de la Formation professionnelle a transmis au Médiateur les prises de position des collèges des directeurs et des syndicats des enseignants en l'informant qu'au vu de ces avis elle ne serait pas en mesure de suivre sa recommandation.

A la lecture des arguments avancés dans les prédits avis et qui au demeurant ne l'ont nullement convaincu, le Médiateur regrette profondément que la Ministre entend se tenir à des dispositions d'un règlement grand-ducal dont la légalité est fortement sujette à caution alors qu'il organise une procédure spéciale qui pour l'administré ne présente pas des garanties au moins équivalentes au droit commun.

Recommandations N°41 relative à la saisine de la Commission mixte de reclassement en présence d'avis médicaux contradictoires

Le Médiateur considérant qu'il est régulièrement saisi de réclamations concernant la procédure de reclassement;

considérant que dans nombre de cas dont il a été saisi, le Contrôle médical de la Sécurité sociale a estimé que les personnes concernées ne présentaient pas une incapacité de travail pour leur dernier poste de travail;

considérant qu'en vertu de L.552-2. du Code du Travail, dès lors que le Contrôle médical de la Sécurité sociale estime qu'un assuré ne présente pas une incapacité pour exercer son dernier poste de travail et qu'il s'abstient par conséquent de saisir la Commission mixte d'une demande de reclassement, il est mis fin à la procédure sans que la personne concernée ait la possibilité de contester la position prise par le Contrôle médical de la Sécurité sociale;

considérant cependant que dans un certain nombre de cas soumis au Médiateur, le médecin du travail dans le cadre de la procédure de l'article L.326-6. du Code du Travail est, en accord avec le médecin traitant, arrivé à la conclusion que les personnes concernées n'étaient pas capable d'exercer leur dernier poste ou régime de travail;

considérant qu'aucune saisine directe de la Commission mixte par le médecin du travail n'est prévue par le Code du Travail;

recommande au Ministre du Travail, de l'Emploi et de l'Immigration de proposer l'insertion d'une nouvelle disposition dans le Code du Travail prévoyant que dans le cas où le médecin-conseil de l'Administration du Contrôle médical de la Sécurité sociale estime qu'un

assuré social ne présente pas une incapacité pour son dernier poste de travail alors qu'au contraire le médecin traitant et le médecin du travail arrivent tous les deux à la conclusion que la personne concernée est inapte pour exercer son dernier poste ou régime de travail, la Commission mixte sera saisie par l'Administration du Contrôle médical de la Sécurité sociale sur demande lui adressée par le médecin du travail.

Nonobstant d'itératifs rappels dont le dernier date du 18 août 2010, le Médiateur reste toujours dans l'attente d'une prise de position du Ministre du Travail et de l'Emploi.

Recommandations N°42 relative 1. à la mise en place d'une structure d'écoute, d'information et de médiation; 2. à l'indemnisation des dommages résultant de soins de santé

I. Mise en place d'une structure d'écoute, d'information et de médiation indépendante en matière de santé et de sécurité des soins

Le Médiateur est régulièrement saisi par des demandes d'information, voire par des doléances émanant de patients qui s'estiment lésés à la suite de traitements ou d'interventions de nature médicale dispensés, en ce qui concerne la plupart des saisines, en milieu hospitalier ou para-hospitalier.

Dans une très grande majorité des cas, après une première analyse, ces saisines semblent avoir pour origine, un manque de communication et de dialogue entre le professionnel de santé et le patient.

Le Médiateur se doit de constater que très souvent les citoyens qui font appel à ses services en pareil cas ne souffrent pas en premier lieu d'un grave dommage, corporel ou moral, qui serait survenu à la suite d'un acte médical ou de soins. Force est de constater que la grande majorité des citoyens qui font appel au Médiateur en cette matière font plutôt état, après une intervention médicale plus ou moins invasive, d'un sentiment d'insécurité quant à leur état de santé et son évolution ainsi que de questionnements quant à la nature et l'évolution de leurs pathologies respectives et surtout quant à l'impact de cette évolution sur leur vie familiale, professionnelle

et sociale. Souvent ces citoyens qui ont subi une thérapie médicale ou une intervention chirurgicale se plaignent de n'avoir reçu que des informations très sommaires quant à leur maladie ou quant aux changements à apporter au mode de vie que leur maladie spécifique impose ou rend du moins indiqués.

Le Médiateur s'est également vu confronter à certains dossiers dont l'instruction l'amène à ne pas exclure l'engagement d'une éventuelle responsabilité civile, et dans quelques très rares cas, également d'une éventuelle responsabilité pénale d'un professionnel du domaine de la santé.

Il n'est certainement pas question de mettre en cause le sens du devoir et de l'éthique professionnelle d'une écrasante majorité des médecins ou des autres professionnels de santé dont la préoccupation première est de dispenser des services médicaux et paramédicaux de qualité.

Cependant, et au vu de l'expérience faite en France après la mise en place d'un pôle santé et sécurité des soins, il serait utile et nécessaire que le Grand-Duché de Luxembourg se dote également d'un instrument destiné à renforcer les efforts déjà déployés par les autorités publiques compétentes et les différents acteurs du domaine de la santé en matière d'intensification du contrôle de la qualité et de la sécurité des soins ainsi que de la garantie d'un maximum de transparence.

De par l'obligation de moyens qui leur incombe, les professionnels de la santé ont le devoir de garantir aux patients des soins sécurisés. Il s'agit-là d'une exigence légitime. La sécurité du soin est la mission première des professionnels de santé. Il faut donc s'assurer que tous les moyens soient mis en œuvre pour éviter la survenance d'événements indésirables liés aux soins médicaux.

Si l'on admet l'hypothèse, tout à fait justifiable, que les événements indésirables dans le domaine des soins médicaux et paramédicaux ne sont pas moins fréquents, toutes proportions gardées, au Grand-Duché de Luxembourg que dans les pays limitrophes, il serait à cet égard indiqué d'envisager la création d'un mécanisme appelé notamment à s'assurer du respect des meilleures pratiques en matière de la qualité et de la sécurité des soins médicaux et paramédicaux, à favoriser le dialogue et à garantir un maximum de transparence dans les relations entre les différents intervenants du domaine de la santé et

le patient et à fournir à toute personne les informations sollicitées sur les droits qu'elle peut faire valoir en tant que patient.

Dans un monde qui affiche une tendance accrue à la judiciarisation avec une médecine de plus en plus sophistiquée où à tort ou à raison les professionnels de santé se sentent de plus en plus critiqués et fragilisés dans leur exercice et où les usagers aspirent légitimement à être dûment écoutés et informés, il semble utile de confier la triple mission décrite plus haut à une structure d'écoute, d'information et de médiation, capable de favoriser et de soutenir davantage au sein du monde de la santé une démarche de dialogue et de transparence.

Il est important de souligner qu'une telle structure, équidistante entre le patient et le professionnel ou l'établissement de santé, serait notamment appelée à renouer le dialogue rompu entre le professionnel de santé et le patient, à rapprocher les parties dans un esprit d'ouverture et de compréhension mutuelle afin de trouver une issue donnant satisfaction à toutes les parties impliquées.

Une telle structure investie d'une indépendance totale tant à l'égard du monde de la santé et des institutions publiques qu'à l'égard des patients devrait également contribuer à diminuer les contentieux médicaux dont les tribunaux sont saisis et qui demandent tant de la part du patient que du professionnel de santé concerné un investissement financier considérable dans des procédures souvent longues avec une issue peu prévisible.

La structure d'écoute, d'information et de médiation à créer serait évidemment également à la disposition de tout professionnel de santé qui se voit confronté à un événement indésirable ou à un quelconque autre problème dans l'exercice de sa profession.

Dans cet ordre d'idées, il est évident que la médiation ne fonctionnera utilement qu'à condition que la partie mise en cause ne pourra s'y soustraire.

Afin de remplir pleinement l'objectif d'un meilleur dialogue et d'un maximum de transparence, cette structure ne devrait cependant fonctionner qu'à titre subsidiaire et donc en deuxième ligne.

Il serait dans cette logique nécessaire que chaque établissement de santé, voire chaque profession de santé se dote d'une

structure d'écoute, d'information et de médiation interne dont la composition devrait garantir un maximum de neutralité. Il appartiendrait au patient de saisir d'abord l'intervention des médiateurs locaux et seulement en cas d'échec celle du médiateur national.

Dans l'exercice de sa fonction, le médiateur obtiendra nécessairement connaissance d'un grand nombre d'événements indésirables survenus dans le domaine médical ou paramédical.

Ces événements, dans la mesure où ils sont susceptibles d'avoir un impact réel ou présumé sur la santé publique pour autant qu'ils ne concernent pas des cas uniques et isolés, seront continués par le médiateur national aux différents responsables de la santé afin d'en tenir compte, notamment dans le cadre de l'assurance de la qualité des prestations hospitalières prévue aux articles 21 et 23 du règlement grand-ducal du 13 mars 2009 établissant le plan hospitalier national et déterminant les missions et la composition minimale des structures d'évaluation et d'assurance qualité des prestations hospitalières et les modalités de coordination nationale de ces structures.

En conclusion, il est proposé de procéder à la création d'une structure d'écoute, d'information et de médiation locale et nationale dans le domaine de la santé, compétente pour informer et recevoir toutes les réclamations qui mettent en cause:

- Le non-respect des droits des patients
- La qualité du système de santé
- La sécurité des soins
- L'accès aux soins

La structure de médiation appelée à réaliser ces objectifs sera double. En première ligne, le patient ou le professionnel de santé devra saisir la structure de médiation locale fonctionnant au sein de son établissement. En cas d'échec de la médiation locale, le médiateur national pourra être saisi par la partie la plus diligente.

Le secret médical ne pourra être opposé aux structures de médiation.

Le médiateur national peut s'entourer, à charge de son budget, de tout avis d'expert ou de toute expertise contradictoire jugée utile dans le cadre de l'accomplissement de sa mission. Il ne transmettra aux parties que les conclusions finales de l'expert. Tout refus

d'un patient ou d'un professionnel de la santé de se soumettre à une expertise ou de collaborer avec l'expert mettra fin à la médiation.

Le médiateur rédigera un rapport final sur l'issue de la médiation.

La question de savoir s'il incombe de confier la mission d'écoute, d'information et de médiation nationale à un nouvel organe à créer ou de l'intégrer dans une structure d'ores et déjà existante relève essentiellement de l'opportunité politique.

Le Médiateur donne cependant à considérer que son périmètre de compétences inclut d'ores et déjà tous les établissements publics de santé.

Ainsi il serait pour le moins indiqué de réfléchir également sur la possibilité d'intégrer la structure proposée dans le périmètre d'action du Médiateur.

2. L'indemnisation des dommages résultant de soins de santé

En tant que remarque préliminaire, il est important de rappeler que le domaine de la santé n'échappe pas aux règles normales du droit civil, voire du droit pénal.

Il arrive cependant fréquemment qu'un patient subit un dommage suite à des soins de santé sans que la moindre faute professionnelle n'ait pu être constatée dans le chef des professionnels de santé concernés.

Deux cas de figure répondent plus particulièrement à cette situation : il s'agit premièrement des infections nosocomiales contractées alors même que tous les protocoles d'hygiène hospitalière ont été respectés et deuxièmement des dommages résultant d'aléas thérapeutiques. S'il est clair que chaque thérapie médicale comporte un risque, fût-il minime, il est tout aussi évident que les patients victimes de tels aléas peuvent être affectés par des dommages.

Tant les victimes d'infections nosocomiales provoquées sans qu'une faute soit imputable à un professionnel de santé que celles d'aléas thérapeutiques peuvent subir des dommages corporels ou moraux, voire les deux à la fois, qui compromettent sérieusement leur qualité de vie, leur avenir professionnel et familial et/ou alors leur situation financière.

S'il est acquis que toutes les victimes de maladies graves ou de dommages corporels ou moraux graves peuvent bénéficier des différentes aides ou mesures proposées par le système de sécurité sociale, tant en ce qui concerne la prise en charge d'un éventuel traitement, d'un appareillage prothétique, d'un agencement du domicile adapté à des besoins spécifiques, de différentes facilités concernant l'emploi comme le reclassement, qu'en ce qui concerne l'octroi d'une pension d'invalidité transitoire ou permanente, il n'en reste pas moins que ces patients subissent un préjudice moral et surtout financier certain qui, lorsqu'il survient à un âge relativement jeune, ou s'il concerne une personne qui assure seule le revenu de toute une famille, peut pousser les concernés jusqu'au bord de la précarité.

Se pose dès lors la question de la couverture par l'Etat de tout ou de partie des dommages résultant de tels événements indésirables.

Cette question est étroitement liée à celle de savoir où devraient se situer les limites de l'intervention de l'Etat-providence.

Réponse:

Dans sa prise de position du 3 février 2010 le Ministre de la Santé a informé le Médiateur qu'il entendait finaliser au cours du premier semestre 2010 un avant-projet de loi portant sur la mise en place d'une structure de médiation dans le domaine des soins de santé.

Recommandations N°43 relative à l'accès à la jurisprudence en matière de sécurité sociale

Considérant que le site des organismes de Sécurité sociale www.secu.lu contient une rubrique consacrée à la jurisprudence (base de données « OASIS ») qui ne couvre cependant que partiellement les domaines de l'assurance accident, de l'assurance pension et de la procédure,

considérant par ailleurs que les publications écrites regroupant les jurisprudences importantes en la matière sont assez rares (Bulletins des Assurances sociales, Pasicrisis rouge),

considérant que l'accès à la jurisprudence en

matière de Sécurité sociale au sens large (incluant l'Administration de l'Emploi, la Caisse nationale des Prestations familiales et la Commission mixte de reclassement) est indispensable pour la bonne compréhension des droits et des obligations par les citoyens et pour garantir l'égalité des armes entre les administrations et les justiciables,

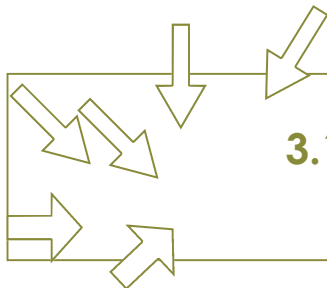
considérant qu'à l'instar de la publication des jugements et arrêts des juridictions administratives dans le bulletin de jurisprudence administrative (Pasicrisie administrative) et sur leur site internet, la publication systématique des décisions des juridictions sociales sur le site internet de même que l'élaboration d'une Pasicrisie sociale seraient de mise.

Le Médiateur recommande au Ministre de la Sécurité sociale de prendre les dispositions requises pour assurer la publication des décisions des juridictions sociales à l'instar des décisions des juridictions administratives.

A ce jour le Médiateur reste dans l'attente d'une prise de position de la part du Ministre de la Sécurité sociale.



3.1. Service du Contrôle Externe des Lieux Privatifs de Liberté (CELPL)



3.1. Service du Contrôle Externe des Lieux Privatifs de Liberté (CELPL)

Au plan international

Le 18 décembre 2002, l'Assemblée générale de l'Organisation des Nations Unies à New York a adopté le Protocole facultatif se rapportant à la Convention contre la Torture et autres Peines et Traitements cruels, inhumains ou dégradants (OPCAT). Entré en vigueur le 22 juin 2006, l'OPCAT prévoit l'instauration d'un système de visites régulières par des organismes internationaux et nationaux indépendants ayant pour objet le contrôle du respect des droits de l'homme dans tous les lieux où se trouvent des personnes privées de liberté.

Aussi incombe-t-il aux organismes visés d'assurer une prévention efficace de tous traitements cruels, inhumains ou dégradants et de veiller à l'instauration de conditions de détention aussi humaines que possible.

Au plan national

Au Luxembourg l'idée du contrôle externe des lieux privatifs de liberté remonte à 2007, année au cours de laquelle Monsieur le Premier Ministre a annoncé l'intention du Gouvernement d'instaurer un tel service au Luxembourg et de confier la mission de contrôle externe au Médiateur du Grand-Duché de Luxembourg.

Suite à l'élaboration d'un projet de loi déposé à la Chambre des Députés par le Ministre de la Justice en date du 13 mars 2008, la loi du 11 avril 2010 portant approbation de l'OPCAT et désignation du Médiateur en tant que Mécanisme national de Prévention est entrée en vigueur le 20 avril 2010.

Il est à noter que la notion de « lieux privatifs de liberté » est à comprendre au sens large, désignant l'ensemble de tous les lieux publics et privés où les personnes détenues ou internées ne sont pas autorisées à sortir à leur gré. Il s'agit en l'occurrence de tous les lieux où se trouvent des personnes privées de leur liberté en vertu d'une décision judiciaire ou de toute autre décision émanant d'une autorité administrative.

Il convient de souligner que le travail du Contrôleur externe des lieux privatifs de liberté se distingue de manière fondamentale de celui effectué par le Médiateur. Alors que le Médiateur intervient en aval des conflits qui opposent le citoyen à l'administration afin d'obtenir les cas échéant une correction de toute décision, de toute procédure contraire au bon fonctionnement des services visés, le nouveau mécanisme de contrôle extérieur des lieux privatifs de liberté se situe lui en amont de l'émergence de toutes les situations susceptibles de générer des conflits individuels.

Le contrôle externe des lieux privatifs de liberté est essentiellement un instrument d'évaluation des conditions de vie et de traitement des personnes détenues ou internées.

En guise de préparation à sa nouvelle fonction le Médiateur a sollicité de nombreuses réunions d'information avec les différents acteurs concernés au plan national.

Ainsi, le Médiateur a notamment eu des échanges de vue avec les autorités politiques, judiciaires, pénitentiaires et policières.

Il a également rencontré des représentants du corps médical, de l'association du personnel de garde des établissements péniten-

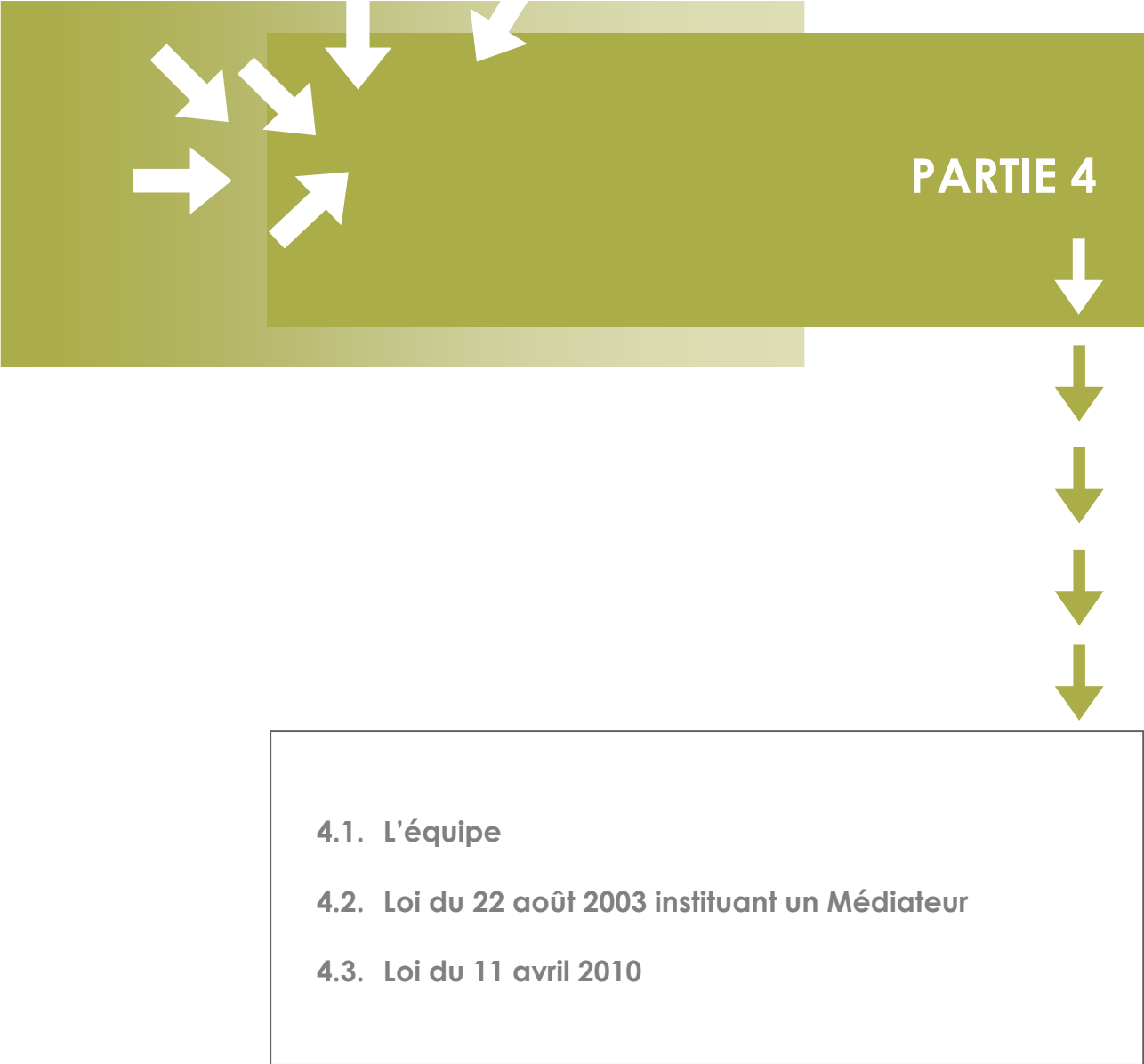
tiaires, des associations professionnelles des infirmiers et des infirmiers psychiatriques de même que des membres de la représentation du personnel des établissements pénitentiaires.

Le Médiateur s'est également entretenu avec des représentants de la société civile active dans le domaine pénitentiaire et des droits de l'homme.

Finalement, le Médiateur a également eu une entrevue avec des membres de la Commission consultative des Droits de l'Homme et avec l'ORK.

A la suite de ces réunions, un programme détaillé des visites a été élaboré pour la période de septembre 2010 à septembre 2011. Les premières visites réalisées en septembre 2010 au Centre pénitentiaire de Luxembourg et au Centre pénitentiaire agricole de Givenich ont essentiellement porté sur les modalités d'entrée et d'accueil des détenus ainsi que sur les différents aspects touchant à la santé des détenus.

Les rapports de visite ainsi que les recommandations du service du contrôle externe des lieux privés de liberté seront publiés à l'issue d'une procédure contradictoire avec les autorités concernées et présentés en temps utile sur le site www.ombudsman.lu (celpl).



PARTIE 4

4.1. L'équipe

4.2. Loi du 22 août 2003 instituant un Médiateur

4.3. Loi du 11 avril 2010



4.1. L'équipe

Marc Fischbach
médiateur

Sandrine Mackel

Tél.: (+352) 26 27 01 01-22
smackel@ombudsman.lu

Lynn Bertrand

Séverine Callens

Tél.: (+352) 26 27 01 01-29
lbertrand@ombudsman.lu

Tél.: (+352) 26 27 01 01-28
scallens@ombudsman.lu

Francine Ewers

Susie Kirch

Tél.: (+352) 26 27 01 01-26
fewers@ombudsman.lu

Tél.: (+352) 26 27 01 01-25
skirch@ombudsman.lu

Jean-Paul Hoffmann

Serge Legil

Tél.: (+352) 26 27 01 01-24
jphoffmann@ombudsman.lu

Tél.: (+352) 26 27 01 01-21
slegil@ombudsman.lu

Romain Mertzig

Carole Biver

Tél.: (+352) 26 27 01 01-23
rmertzig@ombudsman.lu

Laurent Zanotelli



4.2. Loi du 22 août 2003 instituant un Médiateur

Loi du 22 août 2003 instituant un médiateur

Nous Henri, Grand-Duc de Luxembourg, Duc de Nassau,

Notre Conseil d'Etat entendu;

De l'assentiment de la Chambre des Députés;

Vu la décision de la Chambre des Députés du 16 juillet 2003 et celle du Conseil d'Etat du 18 juillet 2003 portant qu'il n'y a pas lieu à second vote;

Avons ordonné et ordonnons:

Chapitre 1er – Du mandat et des attributions du médiateur

Art. 1er.- Institution et mission du médiateur

(1) Il est institué un médiateur, rattaché à la Chambre des députés. Celui-ci ne reçoit, dans l'exercice de ses fonctions, d'instructions d'aucune autorité.

(2) Le médiateur a pour mission de recevoir, dans les conditions fixées par la présente loi, les réclamations des personnes visées à l'article 2, paragraphe (1), formulées à l'occasion d'une affaire qui les concerne, relatives au fonctionnement des administrations de l'Etat et des communes, ainsi que des établissements publics relevant de l'Etat et des communes, à l'exclusion de leurs activités industrielles, financières et commerciales.

Art. 2.- Modalités de la saisine du médiateur

(1) Toute personne physique ou morale de droit privé qui estime, à l'occasion d'une affaire la concernant, qu'une autorité visée à l'article premier n'a pas fonctionné conformément à la mission qu'elle doit assurer ou contrevient aux conventions, lois et règlements en vigueur, peut, par une réclamation individuelle écrite ou moyennant déclaration orale faite à son secrétariat, demander que l'affaire soit portée à la connaissance du médiateur.

(2) La personne qui s'estime lésée peut faire parvenir sa réclamation directement ou par l'intermédiaire d'un membre de la Chambre des députés au médiateur. Chaque membre de la Chambre des députés peut, en outre, de son propre chef, saisir le médiateur d'une question de sa compétence.

Art. 3.- Recevabilité des réclamations

(1) La réclamation doit être précédée des démarches administratives appropriées auprès des organes mis en cause aux fins d'obtenir satisfaction.

(2) La réclamation adressée au médiateur n'interrompt pas les délais de recours, notamment devant les juridictions compétentes.

(3) Le médiateur ne peut intervenir dans une procédure engagée devant une juridiction, ni remettre en cause le bien-fondé d'une décision juridictionnelle. Il peut, cependant, en cas d'inexécution d'une décision de justice passée en force de chose jugée, enjoindre à l'organisme mis en cause de s'y conformer dans un délai qu'il fixe.

(4) Les différends ayant trait aux rapports de travail entre les administrations visées à l'article premier et leurs fonctionnaires ou autres agents ne peuvent faire l'objet d'une saisine du médiateur.

(5) La réclamation doit porter sur une affaire concrète concernant l'auteur de la réclamation. Les réclamations ne doivent pas porter sur le fonctionnement de l'administration en général.

Art. 4.- Moyens d'action du médiateur

(1) Lorsqu'une réclamation lui paraît justifiée, le médiateur conseille le réclamant et l'administration et suggère toutes les recommandations à l'endroit du service visé et du réclamant qui lui paraissent de nature à permettre un règlement à l'amiable de la réclamation dont il est saisi. Les recommandations peuvent notamment comporter des propositions visant à améliorer le fonctionnement du service visé.

(2) Lorsqu'il apparaît au médiateur, à l'occasion d'une réclamation dont il a été saisi, que l'application de la décision incriminée aboutit à une iniquité, il peut recommander, dans le respect des dispositions législatives et réglementaires, au service mis en cause toute solution permettant de régler en équité la situation du ré-

clamant et suggérer les modifications qu'il lui paraît opportun d'apporter aux textes législatifs ou réglementaires qui sont à la base de la décision.

(3) Le médiateur est informé des suites données à son intervention dans un délai qu'il fixe.

(4) Le médiateur a l'obligation d'informer la personne qui se trouve à l'origine de la réclamation par écrit des suites réservées à sa recommandation. Lorsqu'une réclamation ne lui paraît pas justifiée, le médiateur en informe le réclamant en motivant sa décision.

(5) A défaut de réponse satisfaisante dans le délai qu'il a fixé ou en cas d'inaction de l'administration suite à son intervention, le médiateur a la possibilité de procéder à la publication de ses recommandations. Si l'injonction du médiateur, en cas d'inexécution par l'administration d'une décision de justice passée en force de chose jugée, n'est pas suivie d'effet, le médiateur rédige un rapport spécial adressé à la Chambre des députés et publié au Mémorial.

(6) La décision du médiateur de ne pas donner de suite à une réclamation n'est pas susceptible d'un recours devant une juridiction.

Art. 5.- Moyens budgétaires du médiateur

Le budget des recettes et dépenses de l'Etat arrête annuellement la dotation au profit du médiateur au vu de l'état prévisionnel établi par ce dernier. Les comptes du médiateur sont contrôlés annuellement selon les modalités à fixer par la Chambre des députés. L'apurement des comptes se fait parallèlement à celui des comptes de la Chambre des députés.

Art. 6.- Accès à l'information

Le médiateur peut demander, par écrit ou oralement, au service visé par l'enquête tous les renseignements qu'il juge nécessaires. Le service visé est obligé de remettre au médiateur dans les délais fixés par celui-ci tous les dossiers concernant l'affaire en question. Les Ministres et toutes autorités publiques visées au premier article doivent faciliter la tâche du médiateur. Ils doivent autoriser les fonctionnaires, employés et ouvriers placés sous leur autorité à répondre aux questions du médiateur. Le caractère secret ou confidentiel des pièces dont il demande la communication ne peut lui être opposé sauf en matière de secret concernant la défense nationale, de sûreté de l'Etat ou de politique extérieure.

Art. 7.- Secret professionnel

En vue d'assurer le respect des dispositions relatives au secret professionnel, le médiateur veille à ce qu'aucune mention permettant l'identification des personnes dont le nom lui aurait été révélé ne soit faite dans les documents établis sous son autorité ou dans ses communications.

Art. 8.- Publication d'un rapport d'activités

Le médiateur présente annuellement à la Chambre des députés un rapport dans lequel il établit le bilan de son activité. Il peut en plus présenter des rapports trimestriels intermédiaires s'il l'estime nécessaire. Ces rapports contiennent les recommandations que le médiateur juge utiles et exposent les difficultés éventuelles que celui-ci a rencontrées dans l'exercice de sa fonction. Les rapports sont rendus publics par la Chambre des députés. Le médiateur peut être entendu soit à sa demande, soit à la demande de la Chambre, selon les modalités fixées par celle-ci.

Chapitre 2 – Du statut du médiateur

Art. 9.- Nomination et durée du mandat du médiateur

(1) Le Grand-Duc nomme à la fonction de médiateur la personne qui lui est proposée par la Chambre des députés. La désignation par la Chambre des députés se fait à la majorité des députés présents, le vote par procuration n'étant pas admis.

(2) Le médiateur est nommé pour une durée de huit ans non renouvelable.

(3) Avant d'entrer en fonction, le médiateur prête serment entre les mains du Grand-Duc ou de son délégué conformément aux termes de la loi modifiée du 16 avril 1979 fixant le statut général des fonctionnaires de l'Etat.

Art. 10.- Fin du mandat du médiateur

(1) Le mandat du médiateur prend fin d'office:

a) soit à l'expiration de la durée du mandat telle que prévue à l'article 9;

b) soit lorsque le médiateur atteint l'âge de 68 ans;

c) soit lorsque le médiateur accepte d'exercer une des fonctions incompatibles avec son mandat visées à l'article 11.

(2) La Chambre des députés peut, à la majorité des députés présents, le vote par procuration n'étant pas admis, demander au Grand-Duc de mettre fin au mandat du médiateur dans les cas suivants:

- a) lorsque le médiateur en formule lui-même la demande;
- b) lorsque l'état de santé du médiateur compromet l'exercice de sa fonction;
- c) lorsque le médiateur se trouve, pour une autre raison, dans l'incapacité d'exercer son mandat.

(3) Lorsque le médiateur n'exerce pas sa mission conformément à la présente loi, sa révocation peut être demandée par un tiers des députés. Cette demande fait l'objet d'une instruction dont les modalités sont précisées dans le Règlement de la Chambre des députés. Les résultats de l'instruction sont soumis à la Chambre. Celle-ci décide, à la majorité des députés présents, le vote par procuration n'étant pas admis, s'il y a lieu de proposer la révocation du médiateur au Grand-Duc.

Art. 11.- Incompatibilités du mandat du médiateur

(1) Le médiateur ne peut, pendant la durée de son mandat, exercer d'autre fonction ou emploi ni dans le secteur privé ni dans le secteur public, que cette fonction soit élective ou non.

(2) Le titulaire d'un mandat public conféré par élection, qui accepte sa nomination en qualité de médiateur, est démis de plein droit de son mandat électif.

(3) Le médiateur ne peut prendre part directement ou indirectement à une entreprise, fourniture ou affaire quelconque dans lesquelles son intérêt se trouverait en opposition avec ceux de sa fonction.

Art. 12.- Indemnités du médiateur

(1) Le médiateur touche une indemnité correspondant au traitement d'un fonctionnaire de l'Etat dont la fonction est classée au grade S1 de la rubrique VI „Fonctions spéciales à indice fixe“ de l'annexe A „Classification des fonctions“ de la loi modifiée du 22 juin 1963 fixant le régime des traitements des fonctionnaires de l'Etat. Pendant l'exercice de ses fonctions, les dispositions légales et réglementaires sur les traitements et pensions des fonctionnaires de l'Etat lui sont applicables.

(2) Pour le cas où le médiateur est issu de la fonction publique, il est mis en congé pendant la durée de son mandat de son administration d'origine. Il continue à relever du régime de sécurité sociale correspondant à son statut.

En cas de cessation de son mandat avant l'âge légal de retraite, pour une raison autre que celle prévue à l'article 10(3), le titulaire est, sur sa demande, réintégré dans son administration d'origine à un emploi correspondant au traitement qu'il a touché précédemment, augmenté des échelons et majorations de l'indice se rapportant aux années de service passées comme médiateur jusqu'à concurrence du dernier échelon du grade. A défaut de vacance de poste, il peut être créé un emploi hors cadre, correspondant à ce traitement. Cet emploi sera supprimé de plein droit à la première vacance qui se produira dans une fonction appropriée du cadre normal.

(3) Pour le cas où le médiateur est issu du secteur privé, il reste affilié au régime de sécurité sociale auquel il était soumis pendant l'exercice de sa dernière occupation.

En cas de cessation de son mandat avant l'âge légal de retraite, pour une raison autre que celle prévue à l'article 10(3), le titulaire touche, pendant la durée maximale d'un an, une indemnité d'attente de 310 points indiciaires par an. Cette indemnité d'attente est réduite dans la mesure où l'intéressé touche un revenu professionnel ou bénéficie d'une pension personnelle.

Art. 13.- Qualifications requises

Pour être nommé médiateur, il faut remplir les conditions suivantes:

1. posséder la nationalité luxembourgeoise;
2. jouir des droits civils et politiques;
3. offrir les garanties de moralité requises;
4. être porteur d'un diplôme d'études universitaires documentant un cycle complet de quatre années d'études accomplies avec succès dans l'une des matières déterminées par la Chambre des députés et posséder une expérience professionnelle dans un domaine utile à l'exercice de la fonction ;
5. avoir une connaissance adéquate des trois langues administratives telles que définies par la loi du 24 février 1984 sur le régime des langues.

Chapitre 3 - Fonctionnement du secrétariat du médiateur

Art. 14.- Mise en place d'un secrétariat du médiateur

(1) Dans l'exercice de ses fonctions, le médiateur est assisté par des agents qui ont la qualité de fonctionnaire. Les dispositions légales et réglementaires sur les traitements et pensions des fonctionnaires de l'Etat leur sont applicables. Leurs rémunérations et pensions sont à charge de l'Etat.

(2) Les collaborateurs prêtent, avant d'entrer en fonction, entre les mains du médiateur le serment suivant : « Je jure fidélité au Grand-Duc, obéissance à la Constitution et aux lois de l'Etat. Je promets de remplir mes fonctions avec intégrité, exactitude et impartialité. »

(3) Le secrétariat est placé sous la responsabilité du médiateur qui a sous ses ordres le personnel. Les pouvoirs conférés par la loi modifiée du 16 avril 1979 fixant le statut général des fonctionnaires de l'Etat et par la loi modifiée du 22 juin 1963 fixant le régime des traitements des fonctionnaires de l'Etat au chef d'administration sont exercés à l'égard des collaborateurs du médiateur par le médiateur. Les pouvoirs conférés par les lois précitées au Ministre du ressort ou au Gouvernement en conseil sont exercés à l'égard des collaborateurs du médiateur par le Bureau de la Chambre des députés.

(4) La loi modifiée du 27 mars 1986 fixant les conditions et les modalités selon lesquelles le fonctionnaire de l'Etat peut se faire changer d'administration s'applique également aux fonctionnaires du secrétariat du médiateur.

Art. 15.- Cadre du personnel du secrétariat du médiateur

Le cadre du personnel du secrétariat du médiateur comprend les fonctions et emplois suivants :

(1) Dans la carrière supérieure – carrière de l'attaché

- des conseillers première classe
- des conseillers
- des conseillers adjoints
- des attachés premiers en rang
- des attachés
- des attachés stagiaires

(2) Dans la carrière moyenne – carrière du rédacteur

- des inspecteurs principaux premiers en rang
- des inspecteurs principaux
- des inspecteurs
- des chefs de bureau
- des chefs de bureau adjoints
- des rédacteurs principaux
- des rédacteurs
- des rédacteurs stagiaires

(3) Dans la carrière inférieure – carrière de l'expéditionnaire

- des premiers commis principaux
- des commis principaux
- des commis
- des commis adjoints
- des expéditionnaires
- des expéditionnaires-stagiaires

(4) Le cadre du personnel sera complété par des employés et des ouvriers dans la limite des crédits budgétaires.

Chapitre 4 – Dispositions modificatives, financières et finales

Art. 16.- Dispositions modificatives

(1) La loi modifiée du 22 juin 1963 fixant le régime des traitements des fonctionnaires de l'Etat est modifiée comme suit :

(a) A l'annexe A – Classification des fonctions –, rubrique I – Administration générale, sont ajoutées les mentions suivantes :

- au grade 12, est ajoutée la mention : « Secrétariat du médiateur – attaché ».
- au grade 13, est ajoutée la mention : « Secrétariat du médiateur – attaché premier en rang ».
- au grade 14, est ajoutée la mention : « Secrétariat du médiateur – conseiller adjoint ».
- au grade 15, est ajoutée la mention : « Secrétariat du médiateur – conseiller ».
- au grade 16, est ajoutée la mention : « Secrétariat du médiateur – conseiller première classe ».

(b) A l'annexe A – Classification des fonctions –, rubrique VI – Fonctions spéciales à indice fixe, est ajoutée la mention suivante :

- au grade S1, est ajoutée la mention « médiateur ».

(c) A l'annexe D - Détermination –, rubrique I – Administration générale, sont ajoutées les mentions suivantes :

- dans la carrière supérieure de l'administration, grade de computation de la bonification d'ancienneté 12, au grade 12, est ajoutée la mention : « attaché du secrétariat du médiateur ».
- dans la carrière supérieure de l'administration, grade de computation de la bonification d'ancienneté 12, au grade 13, est ajoutée la mention : « attaché premier en rang du secrétariat du médiateur ».
- dans la carrière supérieure de l'administration, grade de computation de la bonification d'ancienneté 12, au grade 14, est ajoutée la mention : « conseiller adjoint du secrétariat du médiateur ».
- dans la carrière supérieure de l'administration, grade de computation de la bonification d'ancienneté 12, au grade 15 est ajoutée la mention : « conseiller du secrétariat du médiateur ».
- dans la carrière supérieure de l'administration, grade de computation de la bonification d'ancienneté 12,

au grade 16, est ajoutée la mention : « conseiller première classe du secrétariat du médiateur ».

(d) A l'article 22, VI, 20°, il est ajouté à la suite de la mention « attaché de Gouvernement » la mention de « attaché du secrétariat du médiateur ».

(e) A l'article 22, VII, a), alinéa 10, il est ajouté à la suite de la mention « attaché de Gouvernement » la mention de « attaché du secrétariat du médiateur ».

(2) A l'article 10, alinéa 1er de la loi modifiée du 28 mars 1986 portant harmonisation des conditions et modalités d'avancement dans les différentes carrières des administrations et services de l'Etat, il est ajouté à la suite de la mention « attaché de Gouvernement » la mention de « attaché du secrétariat du médiateur ».

Art. 17.- Disposition financière

La loi du 20 décembre 2002 concernant le budget des recettes et des dépenses de l'Etat pour l'exercice 2003 est modifiée comme suit :

Il est ajouté au budget des dépenses Chapitre III. – Dépenses courantes sous « 00 – Ministère d'Etat » à la section « 00.1 – Chambre des députés » l'article suivant :

« 10.001 médiateur (crédit non limitatif et sans distinction d'exercice) ».

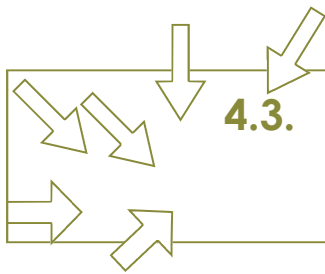
Art. 18.- Entrée en vigueur

La présente loi entre en vigueur le premier jour du troisième mois qui suit la publication au Mémorial.

Mandons et ordonnons que la présente loi soit insérée au Mémorial pour être exécutée et observée par tous ceux que la chose concerne.

Le Premier Ministre, Ministre d'Etat,
Jean-Claude Juncker

Château de Berg, le 22 août 2003.
Henri



4.3. Protocole - Convention contre la torture Loi du 11 avril 2010

PROTOCOLE – CONVENTION CONTRE LA TORTURE

Loi du 11 avril 2010

(1) portant approbation du protocole facultatif se rapportant à la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, adopté par l'Assemblée Générale de l'Organisation des Nations Unies à New York, le 18 décembre 2002 et
(2) portant désignation du médiateur en tant que mécanisme national de prévention et fixant ses attributions.

Nous Henri, Grand-Duc de Luxembourg, Duc de Nassau,

Notre Conseil d'Etat entendu;

De l'assentiment de la Chambre des Députés;

Vu la décision de la Chambre des Députés du 17 mars 2010 et celle du Conseil d'Etat du 23 mars 2010 portant qu'il n'y a pas lieu à second vote;

Avons ordonné et ordonnons:

Art. 1er. Est approuvé le Protocole facultatif se rapportant à la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, adopté par l'Assemblée Générale de l'Organisation des Nations Unies à New York le 18 décembre 2002, dénommé ci-après «le Protocole».

Art. 2. Le médiateur est désigné comme mécanisme national de prévention au sens de l'article 3 du Protocole.

Art. 3. Dans le cadre de ses compétences prévues à l'article 2, le médiateur a pour mission d'assurer le contrôle externe des lieux où se trouvent des personnes privées de liberté. En cette qualité, il lui appartient de contrôler et d'évaluer, sur le territoire national, ces mêmes lieux.

Art. 4. (1) Le contrôle visé à l'article 3 est exercé notamment par des visites sur place dont les dates et modalités sont librement fixées par le médiateur. Avant toute visite, le médiateur informe les autorités responsables du lieu de détention. Toutefois, il peut décider de procéder à une visite sans préavis lorsque des circonstances particulières l'exigent.

(2) Dans le cadre de ses visites, le médiateur peut choisir librement les personnes qu'il veut rencontrer et il peut s'entretenir confidentiellement avec toute personne privée de liberté ainsi qu'avec toute personne susceptible de fournir des informations utiles à l'exercice de sa mission. Le médiateur a libre accès à tous les équipements et installations des lieux de détention.

(3) Le médiateur peut se faire accompagner dans ses visites des lieux de détention par des experts dont il juge la présence utile pour l'exercice de sa mission.

(4) Les renseignements demandés dans le cadre de la mission définie à l'article 3 concernent le nombre de personnes privées de liberté se trouvant dans les lieux de détention, le nombre de lieux de détention et leur emplacement ainsi que le traitement de ces personnes et leurs conditions de détention.

(5) Pour des motifs graves liés à la sécurité publique, à des catastrophes naturelles ou à des troubles sérieux dans l'établissement où la visite doit avoir lieu, les autorités peuvent faire connaître au médiateur leurs objections à la visite au moment où celle-ci est demandée et proposer son report. Il appartient au médiateur de décider du report de cette visite.

(6) La mission prévue à l'article 3 s'exerce sans préjudice des compétences que la loi peut attribuer en cette matière à d'autres personnes ou organismes.

Art. 5. Le médiateur peut demander, par écrit ou oralement, au service visé par l'enquête, tous les renseignements qu'il juge nécessaires. Le service visé est obligé de remettre au médiateur dans les délais fixés par celui-ci tous les dossiers réclamés. Les membres du Gouvernement et toutes autres autorités publiques doivent faciliter la tâche du médiateur. Ils doivent autoriser tous les intervenants placés sous leur autorité à répondre aux questions du médiateur.

Le caractère secret ou confidentiel des pièces dont il demande la communication ne peut pas lui être opposé.

Art. 6. En vue d'assurer le respect des dispositions relatives au secret professionnel, le médiateur veille à ce qu'aucune mention permettant l'identification des personnes dont le nom lui aurait été révélé ne soit faite dans les documents établis sous son autorité ou dans ses communications.

Art. 7. Le médiateur peut établir à l'issue de chaque contrôle exercé dans le cadre de sa mission définie aux articles 3 et 4 un rapport contenant ses constats. Il publie un rapport annuel. Ces rapports sont communiqués aux autorités compétentes qui peuvent faire valoir leurs observations par écrit. Dans ses rapports, le médiateur peut émettre des avis, formuler des recommandations et présenter les propositions prévues à l'article 19 du Protocole.

Mandons et ordonnons que la présente loi soit insérée au Mémorial pour être exécutée et observée par tous ceux que la chose concerne.

Le Ministre de la Justice,
François Biltgen

Château de Berg, le 11 avril 2010.
Henri

Annexe

Protocole facultatif se rapportant à la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, adopté par l'Assemblée Générale de l'Organisation des Nations Unies à New York le 18 décembre 2002

Préambule

Les Etats Parties au présent Protocole,

réaffirmant que la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants sont interdits et constituent des violations graves des droits de l'homme;

convaincus que d'autres mesures sont nécessaires pour atteindre les objectifs de la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants (ci-après dénommée la Convention) et renforcer la protection des personnes privées de liberté contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants;

rappelant les art. 2 et 16 de la Convention, qui font obligation à tout Etat Partie de prendre des mesures efficaces pour empêcher que des actes de torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants soient commis dans tout territoire sous sa juridiction;

conscients qu'il incombe au premier chef aux Etats d'appliquer ces articles, que le renforcement de la protection des personnes privées de liberté et le plein respect de leurs droits de l'homme sont une responsabilité commune partagée par tous, et que les organes internationaux chargés de veiller à l'application de ces principes complètent et renforcent les mesures prises à l'échelon national;

rappelant que la prévention efficace de la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants requiert un programme d'éducation et un ensemble de mesures diverses, législatives, administratives, judiciaires et autres;

rappelant également que la Conférence mondiale sur les droits de l'homme a déclaré avec fermeté que les efforts tendant à éliminer la torture devaient, avant tout, être centrés sur la prévention et a lancé un appel en vue de l'adoption d'un protocole facultatif se rapportant à la Convention, visant à mettre en place un système préventif de visites régulières sur les lieux de détention;

convaincus que la protection des personnes privées de liberté contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants peut être renforcée par des moyens non judiciaires à caractère préventif, fondés sur des visites régulières sur les lieux de détention;

sont convenus de ce qui suit:

Partie I

Principes généraux

Art. 1er. Le présent Protocole a pour objectif l'établissement d'un système de visites régulières, effectuées par des organismes internationaux et nationaux indépendants, sur les lieux où se trouvent des personnes privées de liberté, afin de prévenir la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants.

Art. 2. 1. Il est constitué un Sous-Comité pour la prévention de la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants du Comité contre la torture (ci-après dénommé le Sous-Comité de la prévention), qui exerce les fonctions définies dans le présent Protocole.

2. Le Sous-Comité de la prévention conduit ses travaux dans le cadre de la Charte des Nations Unies et s'inspire des buts et principes qui y sont énoncés, ainsi que des normes de l'Organisation des Nations Unies relatives au traitement des personnes privées de liberté.

3. Le Sous-Comité de la prévention s'inspire également des principes de confidentialité, d'impartialité, de non-sélectivité, d'universalité et d'objectivité.

4. Le Sous-Comité de la prévention et les Etats Parties coopèrent en vue de l'application du présent Protocole.

Art. 3. Chaque Etat Partie met en place, désigne ou administre, à l'échelon national, un ou plusieurs organes de visite chargés de prévenir la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants (ci-après dénommés mécanisme national de prévention).

Art. 4. 1. Chaque Etat Partie autorise les mécanismes visés aux art. 2 et 3 à effectuer des visites, conformément au présent Protocole, dans tout lieu placé sous sa juridiction ou sous son contrôle où se trouvent ou pourraient se trouver des personnes privées de liberté sur l'ordre d'une autorité publique ou à son instigation, ou avec son consentement exprès ou tacite (ci-après dénommé lieu de détention). Ces visites sont effectuées afin de renforcer, s'il y a lieu, la protection desdites personnes contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants.

2. Aux fins du présent Protocole, on entend par privation de liberté toute forme de détention ou d'emprisonnement, ou le placement d'une personne dans un établissement public ou privé de surveillance dont elle n'est pas autorisée à sortir à son gré, ordonné par une autorité judiciaire ou administrative ou toute autre autorité publique.

Partie II

Sous-Comité de la prévention

Art. 5. 1. Le Sous-Comité de la prévention se compose de dix membres. Lorsque le nombre des ratifications ou adhésions au présent Protocole aura atteint cinquante, celui des membres du Sous-Comité de la prévention sera porté à vingt-cinq.

2. Les membres du Sous-Comité de la prévention sont choisis parmi des personnalités de haute moralité ayant une expérience professionnelle reconnue dans le domaine de l'administration de la justice, en particulier en matière de droit pénal et d'administration pénitentiaire ou policière, ou dans les divers domaines ayant un rapport avec le traitement des personnes privées de liberté.

3. Dans la composition du Sous-Comité de la prévention, il est dûment tenu compte de la nécessité d'assurer une répartition géographique équitable ainsi que la représentation des diverses formes de civilisation et systèmes juridiques des Etats Parties.

4. Dans la composition du Sous-Comité de la prévention, il est également tenu compte de la nécessité d'assurer une représentation respectueuse de l'équilibre entre les sexes, sur la base des principes d'égalité et de non-discrimination.

5. Le Sous-Comité de la prévention ne peut comprendre plus d'un ressortissant d'un même Etat.

6. Les membres du Sous-Comité de la prévention siègent à titre individuel, agissent en toute indépendance et impartialité et doivent être disponibles pour exercer efficacement leurs fonctions au sein du Sous-Comité de la prévention.

Art. 6. 1. Chaque Etat Partie peut désigner, conformément au par. 2 ci-après, deux candidats au plus, possédant les qualifications et satisfaisant aux exigences énoncées à l'art. 5, et fournit à ce titre des informations détaillées sur les qualifications des candidats.

2. a) Les candidats désignés doivent avoir la nationalité d'un Etat Partie au présent Protocole;
b) L'un des deux candidats au moins doit avoir la nationalité de l'Etat Partie auteur de la désignation;
c) Il ne peut être désigné comme candidats plus de deux ressortissants d'un même Etat Partie;
d) Tout Etat Partie doit, avant de désigner un candidat ressortissant d'un autre Etat Partie, demander et obtenir le consentement dudit Etat Partie.

3. Cinq mois au moins avant la date de la réunion des Etats Parties au cours de laquelle aura lieu l'élection, le Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies envoie une lettre aux Etats Parties pour les inviter à présenter leurs candidats dans un délai de trois mois. Le Secrétaire général dresse la liste par ordre alphabétique de tous les candidats ainsi désignés, avec indication des Etats Parties qui les ont désignés.

Art. 7. 1. Les membres du Sous-Comité de la prévention sont élus selon la procédure suivante:

a) Il est tenu compte au premier chef des exigences et critères énoncés à l'art. 5 du présent Protocole;
b) La première élection aura lieu au plus tard six mois après la date d'entrée en vigueur du présent Protocole;
c) Les membres du Sous-Comité de la prévention sont élus par les Etats Parties au scrutin secret;
d) Les membres du Sous-Comité de la prévention sont élus au cours de réunions biennales des Etats Parties, convoquées par le Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies. A ces réunions, où le quorum est constitué par les deux tiers des Etats Parties, sont élus membres du Sous-Comité de la prévention les candidats qui obtiennent le plus grand nombre de voix et la majorité absolue des voix des représentants des Etats Parties présents et votants.

2. Si, au cours de l'élection, il s'avère que deux ressortissants d'un Etat Partie remplissent les conditions requises pour être élus membres du Sous-Comité de la prévention, c'est le candidat qui obtient le plus grand nombre de voix qui est élu. Si les deux candidats obtiennent le même nombre de voix, la procédure est la suivante:

a) Si l'un seulement des candidats a été désigné par l'Etat Partie dont il est ressortissant, il est élu membre du Sous-Comité de la prévention;
b) Si les deux candidats ont été désignés par l'Etat Partie dont ils sont ressortissants, un vote séparé au scrutin secret a lieu pour déterminer celui qui est élu;
c) Si aucun des deux candidats n'a été désigné par l'Etat Partie dont il est ressortissant, un vote séparé au scrutin secret a lieu pour déterminer celui qui est élu.

Art. 8. Si un membre du Sous-Comité de la prévention décède, se démet de ses fonctions ou n'est plus en mesure pour quelque autre raison de s'acquitter de ses attributions au Sous-Comité de la prévention, l'Etat Partie qui l'a désigné propose, en tenant compte de la nécessité d'assurer un équilibre adéquat entre les divers domaines de compétence, un autre candidat possédant les qualifications et satisfaisant aux exigences énoncées à l'art. 5, qui siège jusqu'à la réunion suivante des Etats Parties, sous réserve de l'approbation de la majorité des Etats Parties. Cette approbation est considérée comme acquise à moins que la moitié des Etats Parties ou davantage n'émettent une opinion défavorable dans un délai de six semaines à compter du moment où ils ont été informés par le Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies de la nomination proposée.

Art. 9. Les membres du Sous-Comité de la prévention sont élus pour quatre ans. Ils sont rééligibles une fois si leur candidature est présentée de nouveau. Le mandat de la moitié des membres élus lors de la première élection prend fin au bout de deux ans; immédiatement après la première élection, le nom de ces membres est tiré au sort par le Président de la réunion visée à l'al. d du par. 1 de l'art. 7.

Art. 10. 1. Le Sous-Comité de la prévention élit son bureau pour une période de deux ans. Les membres du bureau sont rééligibles.

2. Le Sous-Comité de la prévention établit son règlement intérieur, qui doit contenir notamment les dispositions suivantes:

a) Le quorum est de la moitié des membres plus un;
b) Les décisions du Sous-Comité de la prévention sont prises à la majorité des membres présents;
c) Le Sous-Comité de la prévention se réunit à huit clos.

3. Le Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies convoque la première réunion du Sous-Comité de la prévention. Après sa première réunion, le Sous-Comité de la prévention se réunit à toute occasion prévue par son règlement intérieur. Les sessions du Sous-Comité de la prévention et du Comité contre la torture ont lieu simultanément au moins une fois par an.

Partie III

Mandat du Sous-Comité de la prévention

Art. 11. Le Sous-Comité de la prévention:

- a) Effectue les visites mentionnées à l'art. 4 et formule, à l'intention des Etats Parties, des recommandations concernant la protection des personnes privées de liberté contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants;
- b) En ce qui concerne les mécanismes nationaux de prévention:
 - i) Offre des avis et une assistance aux Etats Parties, le cas échéant, aux fins de la mise en place desdits mécanismes,
 - ii) Entretient avec lesdits mécanismes des contacts directs, confidentiels s'il y a lieu, et leur offre une formation et une assistance technique en vue de renforcer leurs capacités,
 - iii) Leur offre des avis et une assistance pour évaluer les besoins et les moyens nécessaires afin de renforcer la protection des personnes privées de liberté contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants,
 - iv) Formule des recommandations et observations à l'intention des Etats Parties en vue de renforcer les capacités et le mandat des mécanismes nationaux de prévention de la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants;
- c) Coopère, en vue de prévenir la torture, avec les organes et mécanismes compétents de l'Organisation des Nations Unies ainsi qu'avec les organisations ou organismes internationaux, régionaux et nationaux qui oeuvrent en faveur du renforcement de la protection de toute les personnes contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants.

Art. 12. Afin que le Sous-Comité de la prévention puisse s'acquitter du mandat défini à l'art. 11, les Etats Parties s'engagent:

- a) A recevoir le Sous-Comité de la prévention sur leur territoire et à lui donner accès aux lieux de détention visés à l'art. 4 du présent Protocole;
- b) A communiquer au Sous-Comité de la prévention tous les renseignements pertinents qu'il pourrait demander pour évaluer les besoins et les mesures à prendre pour renforcer la protection des personnes privées de liberté contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants;
- c) A encourager et à faciliter les contacts entre le Sous-Comité de la prévention et les mécanismes nationaux de prévention;
- d) A examiner les recommandations du Sous-Comité de la prévention et à engager le dialogue avec lui au sujet des mesures qui pourraient être prises pour les mettre en oeuvre.

Art. 13. 1. Le Sous-Comité de la prévention établit, d'abord par tirage au sort, un programme de visites régulières dans les Etats Parties en vue de s'acquitter de son mandat tel qu'il est défini à l'art. 11.

2. Après avoir procédé à des consultations, le Sous-Comité de la prévention communique son programme aux Etats Parties afin qu'ils puissent prendre, sans délai, les dispositions d'ordre pratique nécessaires pour que les visites puissent avoir lieu.

3. Les visites sont conduites par au moins deux membres du Sous-Comité de la prévention. Ceux-ci peuvent être accompagnés, si besoin est, d'experts ayant une expérience et des connaissances professionnelles reconnues dans les domaines visés dans le présent Protocole, qui sont choisis sur une liste d'experts établie sur la base des propositions des Etats Parties, du Haut Commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme et du Centre des Nations Unies pour la prévention internationale du crime. Pour établir la liste d'experts, les Etats Parties intéressés proposent le nom de cinq experts nationaux au plus. L'Etat Partie intéressé peut s'opposer à l'inscription sur la liste d'un expert déterminé, à la suite de quoi le Sous-Comité de la prévention propose le nom d'un autre expert.

4. Le Sous-Comité de la prévention peut, s'il le juge approprié, proposer une brève visite pour faire suite à une visite régulière.

Art. 14. 1. Pour permettre au Sous-Comité de la prévention de s'acquitter de son mandat, les Etats Parties au présent Protocole s'engagent à lui accorder:

- a) L'accès sans restriction à tous les renseignements concernant le nombre de personnes se trouvant privées de liberté dans les lieux de détention visés à l'art. 4, ainsi que le nombre de lieux de détention et leur emplacement;
- b) L'accès sans restriction à tous les renseignements relatifs au traitement de ces personnes et à leurs conditions de détention;
- c) Sous réserve du par. 2 ci-après, l'accès sans restriction à tous les lieux de détention et à leurs installations et équipements;
- d) La possibilité de s'entretenir en privé avec les personnes privées de liberté, sans témoins, soit directement, soit par le truchement d'un interprète si cela paraît nécessaire, ainsi qu'avec toute autre per-

sonne dont le Sous- Comité de la prévention pense qu'elle pourrait fournir des renseignements pertinents;

e) La liberté de choisir les lieux qu'il visitera et les personnes qu'il rencontrera.

2. Il ne peut être fait objection à la visite d'un lieu de détention déterminé que pour des raisons pressantes et impérieuses liées à la défense nationale, à la sécurité publique, à des catastrophes naturelles ou à des troubles graves là où la visite doit avoir lieu, qui empêchent provisoirement que la visite ait lieu. Un Etat Partie ne saurait invoquer l'existence d'un état d'urgence pour faire objection à une visite.

Art. 15. Aucune autorité publique ni aucun fonctionnaire n'ordonnera, n'appliquera, n'autorisera ou ne tolérera de sanction à l'encontre d'une personne ou d'une organisation qui aura communiqué des renseignements, vrais ou faux, au Sous-Comité de la prévention ou à ses membres, et ladite personne ou organisation ne subira de préjudice d'aucune autre manière.

Art. 16. 1. Le Sous-Comité de la prévention communique ses recommandations et observations à titre confidentiel à l'Etat Partie et, le cas échéant, au mécanisme national de prévention.

2. Le Sous-Comité de la prévention publie son rapport, accompagné d'éventuelles observations de l'Etat Partie intéressé, à la demande de ce dernier. Si l'Etat Partie rend publique une partie du rapport, le Sous-Comité de la prévention peut le publier, en tout ou en partie. Toutefois, aucune donnée personnelle n'est publiée sans le consentement exprès de la personne concernée.

3. Le Sous-Comité de la prévention présente chaque année au Comité contre la torture un rapport public sur ses activités.

4. Si l'Etat Partie refuse de coopérer avec le Sous-Comité de la prévention conformément aux dispositions des art. 12 et 14, ou de prendre des mesures pour améliorer la situation à la lumière des recommandations du Sous-Comité de la prévention, le Comité contre la torture peut, à la demande du Sous-Comité de la prévention, décider à la majorité de ses membres, après que l'Etat Partie aura eu la possibilité de s'expliquer, de faire une déclaration publique à ce sujet ou de publier le rapport du Sous-Comité de la prévention.

Partie IV

Mécanismes nationaux de prévention

Art. 17. Chaque Etat Partie administre, désigne ou met en place au plus tard un an après l'entrée en vigueur ou la ratification du présent Protocole, ou son adhésion audit Protocole, un ou plusieurs mécanismes nationaux de prévention indépendants en vue de prévenir la torture à l'échelon national. Les mécanismes mis en place par des entités décentralisées pourront être désignés comme mécanismes nationaux de prévention aux fins du présent Protocole, s'ils sont conformes à ses dispositions.

Art. 18. 1. Les Etats Parties garantissent l'indépendance des mécanismes nationaux de prévention dans l'exercice de leurs fonctions et l'indépendance de leur personnel.

2. Les Etats Parties prennent les mesures nécessaires pour veiller à ce que les experts du mécanisme national de prévention possèdent les compétences et les connaissances professionnelles requises. Ils s'efforcent d'assurer l'équilibre entre les sexes et une représentation adéquate des groupes ethniques et minoritaires du pays.

3. Les Etats Parties s'engagent à dégager les ressources nécessaires au fonctionnement des mécanismes nationaux de prévention.

4. Lorsqu'ils mettent en place les mécanismes nationaux de prévention, les Etats Parties tiennent dûment compte des Principes concernant le statut des institutions nationales pour la promotion et la protection des droits de l'homme.

Art. 19. Les mécanismes nationaux de prévention sont investis à tout le moins des attributions suivantes:

a) Examiner régulièrement la situation des personnes privées de liberté se trouvant dans les lieux de détention visés à l'art. 4, en vue de renforcer, le cas échéant, leur protection contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants;

b) Formuler des recommandations à l'intention des autorités compétentes afin d'améliorer le traitement et la situation des personnes privées de liberté et de prévenir la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, compte tenu des normes pertinentes de l'Organisation des Nations Unies;

c) Présenter des propositions et des observations au sujet de la législation en vigueur ou des projets de loi en la matière.

Art. 20. Pour permettre aux mécanismes nationaux de prévention de s'acquitter de leur mandat, les Etats Parties au présent Protocole s'engagent à leur accorder:

- a) L'accès à tous les renseignements concernant le nombre de personnes privées de liberté se trouvant dans les lieux de détention visés à l'art. 4, ainsi que le nombre de lieux de détention et leur emplacement;
- b) L'accès à tous les renseignements relatifs au traitement de ces personnes et à leurs conditions de détention;
- c) L'accès à tous les lieux de détention et à leurs installations et équipements;
- d) La possibilité de s'entretenir en privé avec les personnes privées de liberté, sans témoins, soit directement, soit par le truchement d'un interprète si cela paraît nécessaire, ainsi qu'avec toute autre personne dont le mécanisme national de prévention pense qu'elle pourrait fournir des renseignements pertinents;
- e) La liberté de choisir les lieux qu'ils visiteront et les personnes qu'ils rencontreront;
- f) Le droit d'avoir des contacts avec le Sous-Comité de la prévention, de lui communiquer des renseignements et de le rencontrer.

Art. 21. 1. Aucune autorité publique ni aucun fonctionnaire n'ordonnera, n'appliquera, n'autorisera ou ne tolérera de sanction à l'encontre d'une personne ou d'une organisation qui aura communiqué des renseignements, vrais ou faux, au mécanisme national de prévention, et ladite personne ou organisation ne subira de préjudice d'aucune autre manière.

2. Les renseignements confidentiels recueillis par le mécanisme national de prévention seront protégés. Aucune donnée personnelle ne sera publiée sans le consentement exprès de la personne concernée.

Art. 22. Les autorités compétentes de l'Etat Partie intéressé examinent les recommandations du mécanisme national de prévention et engagent le dialogue avec lui au sujet des mesures qui pourraient être prises pour les mettre en oeuvre.

Art. 23. Les Etats Parties au présent Protocole s'engagent à publier et à diffuser les rapports annuels des mécanismes nationaux de prévention.

Partie V Déclaration

Art. 24. 1. Au moment de la ratification, les Etats Parties peuvent faire une déclaration indiquant qu'ils ajournent l'exécution des obligations qui leur incombent en vertu de la troisième ou de la quatrième partie du présent Protocole.

2. Cet ajournement vaut pour un maximum de trois ans. A la suite de représentations dûment formulées par l'Etat Partie et après consultation du Sous-Comité de la prévention, le Comité contre la torture peut proroger cette période de deux ans encore.

Partie VI Dispositions financières

Art. 25. 1. Les dépenses résultant des travaux du Sous-Comité de la prévention créé en vertu du présent Protocole sont prises en charge par l'Organisation des Nations Unies.

2. Le Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies met à la disposition du Sous-Comité de la prévention le personnel et les installations qui lui sont nécessaires pour s'acquitter efficacement des fonctions qui lui sont confiées en vertu du présent Protocole.

Art. 26. 1. Il est établi, conformément aux procédures pertinentes de l'Assemblée générale, un fonds spécial, qui sera administré conformément au règlement financier et aux règles de gestion financière de l'Organisation des Nations Unies, pour aider à financer l'application des recommandations que le Sous-Comité de la prévention adresse à un Etat Partie à la suite d'une visite, ainsi que les programmes d'éducation des mécanismes nationaux de prévention.

2. Le Fonds spécial peut être financé par des contributions volontaires versées par les gouvernements, les organisations intergouvernementales et non gouvernementales et d'autres entités privées ou publiques.

Partie VII

Dispositions finales

Art. 27. 1. Le présent Protocole est ouvert à la signature de tout Etat qui a signé la Convention.

2. Le présent Protocole est soumis à la ratification de tout Etat qui a ratifié la Convention ou y a adhéré. Les instruments de ratification seront déposés auprès du Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies.

3. Le présent Protocole est ouvert à l'adhésion de tout Etat qui a ratifié la Convention ou qui y a adhéré.

4. L'adhésion se fera par le dépôt d'un instrument d'adhésion auprès du Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies.

5. Le Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies informera tous les Etats qui auront signé le présent Protocole ou qui y auront adhéré du dépôt de chaque instrument de ratification ou d'adhésion.

Art. 28. 1. Le présent Protocole entrera en vigueur le trentième jour suivant la date du dépôt auprès du Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies du vingtième instrument de ratification ou d'adhésion.

2. Pour chaque Etat qui ratifiera le présent Protocole ou y adhérera après le dépôt auprès du Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies du vingtième instrument de ratification ou d'adhésion, le présent Protocole entrera en vigueur le trentième jour suivant la date du dépôt par cet Etat de son instrument de ratification ou d'adhésion.

Art. 29. Les dispositions du présent Protocole s'appliquent, sans limitation ni exception aucune, à toutes les unités constitutives des Etats fédéraux.

Art. 30. Il ne sera admis aucune réserve au présent Protocole.

Art. 31. Les dispositions du présent Protocole sont sans effet sur les obligations contractées par les Etats Parties en vertu d'une convention régionale instituant un système de visite des lieux de détention. Le Sous-Comité de la prévention et les organes établis en vertu de telles conventions régionales sont invités à se consulter et à coopérer afin d'éviter les doubles emplois et de promouvoir efficacement la réalisation des objectifs du présent Protocole.

Art. 32. Les dispositions du présent Protocole sont sans effet sur les obligations qui incombent aux Etats Parties en vertu des quatre Conventions de Genève du 12 août 1949 et des Protocoles additionnels du 8 juin 1977 s'y rapportant, ou sur la possibilité qu'a tout Etat Partie d'autoriser le Comité international de la Croix-Rouge à se rendre sur des lieux de détention dans des cas non prévus par le droit international humanitaire.

Art. 33. 1. Tout Etat Partie peut dénoncer le présent Protocole à tout moment, par notification écrite adressée au Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies, qui en informe alors les autres Etats Parties au Protocole et à la Convention. La dénonciation prend effet un an après la date à laquelle la notification est reçue par le Secrétaire général.

2. Une telle dénonciation ne libère pas l'Etat Partie des obligations qui lui incombent en vertu du présent Protocole en ce qui concerne tout acte ou toute situation qui se sera produit avant la date à laquelle la dénonciation prendra effet, ou toute mesure que le Sous-Comité de la prévention aura décidé ou pourra décider d'adopter à l'égard de l'Etat Partie concerné; elle ne fera nullement obstacle à la poursuite de l'examen de questions dont le Sous-Comité de la prévention était déjà saisi avant la date à laquelle la dénonciation a pris effet.

3. Après la date à laquelle la dénonciation par un Etat Partie prend effet, le Sous-Comité de la prévention n'entreprend l'examen d'aucune question nouvelle concernant cet Etat.

Art. 34. 1. Tout Etat Partie au présent Protocole peut proposer un amendement et déposer sa proposition auprès du Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies. Le Secrétaire général communique la proposition d'amendement aux Etats Parties au présent Protocole en leur demandant de lui faire savoir s'ils sont favorables à l'organisation d'une conférence d'Etats Parties en vue de l'examen de la proposition et de sa mise aux voix. Si, dans les quatre mois qui suivent la date d'une telle communication, le tiers au moins des Etats Parties se prononcent en faveur de la tenue de ladite conférence, le Secrétaire général organise la conférence sous les auspices de l'Organisation des Nations Unies. Tout amendement adopté à la majorité des deux tiers des Etats Parties présents et votants à la conférence est soumis par le Secrétaire général à l'acceptation de tous les Etats Parties.

2. Un amendement adopté selon les dispositions du par. 1 du présent article entre en vigueur lorsque les deux tiers des Etats Parties au présent Protocole l'ont accepté conformément à la procédure prévue par leurs constitutions respectives.

3. Lorsque les amendements entrent en vigueur, ils ont force obligatoire pour les Etats Parties qui les ont acceptés, les autres Etats Parties demeurant liés par les dispositions du présent Protocole et par tout amendement antérieur qu'ils auraient accepté.

Art. 35. Les membres du Sous-Comité de la prévention et des mécanismes nationaux de prévention jouissent des privilèges et immunités qui leur sont nécessaires pour exercer leurs fonctions en toute indépendance. Les membres du Sous-Comité de la prévention jouissent des privilèges et immunités prévus à la section 22 de la Convention sur les privilèges et immunités des Nations Unies, du 13 février 1946, sous réserve des dispositions de la section 23 de ladite Convention.

Art. 36. Lorsqu'ils se rendent dans un Etat Partie, les membres du Sous-Comité de la prévention doivent, sans préjudice des dispositions et des buts du présent Protocole ni des privilèges et immunités dont ils peuvent jouir:

- a) Respecter les lois et règlements en vigueur dans l'Etat où ils se rendent;
- b) S'abstenir de toute action ou activité incompatible avec le caractère impartial et international de leurs fonctions.

Art. 37. 1. Le présent Protocole, dont les textes anglais, arabe, chinois, espagnol, français et russe font également foi, sera déposé auprès du Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies.

2. Le Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies fera tenir une copie certifiée conforme du présent Protocole à tous les Etats.



SECRETARIAT DU MEDIEATEUR - 36, rue du Marché-aux-Herbes - L-1728 Luxembourg
Tél.: 26 27 01 01 - Fax: 26 27 01 02 - e-mail: ombudsman@ombudsman.lu
www.ombudsman.lu