

2013

R
A
P
P
O
R
T

***Rapport
d'activité***

***du 1^{er} janvier 2013
au 31 décembre 2013***





Chambre des députés



RAPPORT

(du 1^{er} janvier 2013 au 31 décembre 2013)

adressé à la Chambre des députés

par

Lydie ERR
médiateure

Chambre des députés

Monsieur Mars DI BARTOLOMEO,
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 de la médiatrice du Grand-Duché de Luxembourg, couvrant la période du 1^{er} janvier 2013 au 31 décembre 2013.

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.

La médiatrice,

Lydie ERR



INDEX

AVANT-PROPOS DE LA MEDiateURE —9 L'institution du médiateur à la veille de son dixième anniversaire

PARTIE 1

1.1.	Statistiques	15
1.2.	Attributions et compétence de la médiateure	23
1.3.	Affaires relevant de l'Etat	26
1.3.1.	Immigration.....	26
	- Asile politique.....	27
	- Bureau des passeports, visas et légalisations	28
1.3.2.	Fiscalité	29
	- Administration de l'enregistrement et des domaines	29
	- Administration des contributions directes.....	34
1.3.3.	Affaires générales relevant de l'Etat	39
	- Ministère d'Etat	39
	- Ministère de l'Intérieur	40
	- Ministère de l'Enseignement supérieur et de la Recherche	41
	- Ministère des Classes Moyennes	44
	- Ministère de la Famille et de l'Intégration	45
	- Syndicat des Eaux du Barrage d'Esch-sur-Sûre	49
	- Ministère de l'Agriculture	50
	- Prénoms germanisés.....	51
1.4.	Affaires relevant des communes	53
1.4.1.	Affaires communales générales	53
1.4.2.	Inscription au registre de la population	55
1.4.3.	Urbanisme	56
1.5.	Affaires concernant les établissements publics relevant de l'Etat et des communes....	58
1.5.1.	Affaires de sécurité sociale (y compris l'ADEM et la CNPF)	58
A.	Sécurité sociale	58
	- Caisse nationale de santé	58
	- Assurance dépendance	63
	- Commission mixte de reclassement	65
	- Association d'assurance contre les accidents	66
B.	Agence pour le développement de l'emploi (ADEM)	67
C.	Caisse nationale des prestations familiales (CNPF)	71

PARTIE 2

- 2.1. Des recommandations de la médiatrice et des suites y réservées par les autorités
Compétentes76
- 2.2 Des avis et des suggestions d'ordre pratique aux administrations95

PARTIE 3

- 3.1. Annexe: Avis d'expert sur l'effet translatif de propriété d'un compromis de vente 104



Avant-propos de la médiatrice

L'institution du médiateur à la veille de son dixième anniversaire

En 2003, la loi sur l'institution d'un médiateur est entrée en vigueur ; les bureaux ont été ouverts au public en mai 2004. Le service aura donc 10 ans d'existence en 2014. Cet anniversaire présente une occasion appropriée pour une analyse et l'identification de quelques améliorations possibles de la loi.

Je voudrais citer un extrait du programme gouvernemental concernant trois questions importantes concernant le médiateur :

« le gouvernement analysera la possibilité de réformer l'institution du médiateur, notamment en lui conférant la protection et la promotion des droits de l'homme. Par ailleurs, il sera veillé à ce que tous les réclamants envers les établissements chargés de la gestion d'un service public et cofinancé par des deniers publics, reçoivent un traitement égal. Le gouvernement veillera à l'application de la protection des personnes à besoins spécifiques tant dans le secteur public que dans le secteur privé. »

En raison de ce qui précède, je ne développerai pas autrement la question de la nécessité d'inclusion des établissements chargés de la gestion d'un service public dans les champs de compétence du médiateur, ni la nécessité de protection des droits des personnes à besoins spécifiques.

Tout d'abord, je voudrais développer les arguments de la nécessaire inclusion de la mission de protection et de promotion des droits de l'homme dans la loi sur le médiateur avant d'aborder quelques autres questions de divers ordres.

Le médiateur et la question de la promotion et de la protection des droits de l'homme

La mission d'origine du médiateur est l'application du droit des citoyens à une bonne administration tel qu'inscrit à l'article 41 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union Européenne.

Au cours de son existence, le médiateur, chargé initialement de l'unique mission de résolution alternative de conflits entre l'administration et ses administrés.

En 2011 il a été chargé du Contrôle externe des lieux privatifs de liberté (CELPL), c'est-à-dire d'une mission prévue dans un protocole facultatif se greffant sur la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants.

En 2012 le médiateur a été chargé de la mission de promotion et de protection des droits des personnes à besoins spécifiques.

Actuellement, le gouvernement projette de confier au médiateur la fonction de rapporteur national sur la traite des êtres humains. Ce projet risque d'augmenter la confusion de la fonction du médiateur dans l'opinion publique.

Par ailleurs, il ne peut échapper à l'attention de personne que le projet de loi, revêtant un caractère urgent, pèche par une imprécision notoire quant aux compétences dudit rapporteur et par une absence totale de moyens humains et financiers mis à sa disposition pour exécuter la nouvelle tâche.

Quant aux compétences, il est essentiel que la loi précise que le secret des données du dossier ne peut être opposé au rapporteur. Il faut être conscient que le seul accès aux dossiers clôturés condamnera d'avance à l'échec toute institution qui serait chargée du rapport en question.

Il est évident que l'autorité à charger du rapport doit, pour pouvoir assurer le suivi des activités de lutte contre la traite, disposer par ailleurs de son propre personnel et travailler en équipe multidisciplinaire qui n'existe pas au sein de la médiation.

L'article 2(1) de la loi organique du 22 août 2003 instituant un Médiateur dispose clairement que celui-ci a pour obligation de veiller au respect des conventions, lois et règlements en vigueur. Il est évident que cette disposition inclut les Conventions internationales en matière de droits humains.

S'il ne peut y avoir de doute à ce sujet, il serait logique, voire indispensable de préciser dans la loi que le médiateur est chargé de la promotion et de la protection des droits de l'homme.

C'est à bon escient que l'ancien commissaire européen des droits de l'homme du Conseil de l'Europe, Monsieur Thomas Hammarberg a déclaré :

« Les médiateurs sont les principaux défenseurs des droits de l'homme – leur indépendance doit être respectée ».

Dans son « point de vue », l'auteur, spécialiste en droits humains, a précisé que:

« L'institution du médiateur présente une grande diversité, certains médiateurs mettent l'accent sur la violation des droits civils des citoyens, d'autres sur les cas de mal administration... ces modèles reflétant des contextes nationaux [...] L'une des leçons est l'importance majeure de l'indépendance. L'indépendance est également un élément essentiel des Principes de Paris, adoptés à l'occasion d'une rencontre internationale et approuvée ultérieurement par l'Assemblée Générale des Nations Unies, ainsi que par le Conseil de l'Europe. Ces principes guident le Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe dans sa coopération avec les médiateurs nationaux. »

En raison de ses fonctions préventives et réparatrices, également en matière de droits humains, on pourrait réfléchir à l'opportunité pour le médiateur d'être accrédité auprès du CIC (comité international de coordination des institutions nationales pour la promotion et la protection des droits de l'homme), selon les Principes de Paris. L'Assemblée Parlementaire du Conseil de l'Europe (APCOE) a adopté lors de sa dernière session un rapport intitulé «Renforcer l'institution du médiateur en Europe», dans lequel elle recommande cette accréditation des médiateurs aux Etats membres du Conseil de l'Europe.

A part cette résolution du Conseil de l'Europe, le réseau des médiateurs de l'Union européenne a également pris position dans le même sens lors de son congrès à Dublin en septembre 2013. Il a en effet ajouté aux principes régissant l'action des médiateurs/ombudsmans, la dimension nécessaire des droits humains de la mission de ces derniers.

Je tiens à préciser que la dimension nécessaire des droits de l'homme dans la mission du médiateur s'applique évidemment dans le seul cadre de ses compétences. Le médiateur n'entre donc aucunement en compétition avec d'autres organisations de promotion et de protection des droits de l'homme (CCDH, ORK, CET), les compétences de chacune de ces dernières organisations étant en effet différentes, soit par la nature de leurs compétences, soit par le champ d'action de ces dernières.

L'idée de la création d'une maison des droits de l'homme, regroupant les trois organisations ci-avant mentionnées et le médiateur prouve, si besoin en était, que les missions de ces organisations sont complémentaires entre elles.

La question des délais de recours

L'alinéa 2 de l'article 3 de la loi organique précitée stipule que la réclamation auprès du médiateur n'interrompt pas les délais de recours devant les juridictions. Cette interdiction s'explique par la volonté compréhensible d'éviter que le recours au médiateur ne devienne un moyen dilatoire des affaires pendantes en justice.

Il s'avère en pratique que des réclamants en cours de médiation non achevée au moment de l'expiration du délai de forclusion, sont parfois obligés d'entamer une procédure judiciaire pour ne pas perdre la possibilité de la voie judiciaire. Pour éviter au réclamant de devoir exposer des frais judiciaires inutiles, la loi belge a prévu récemment une suspension de quatre mois des délais de forclusion pour des affaires dont le médiateur est saisi.

La loi luxembourgeoise sur la médiation civile et commerciale prévoit dans le cadre d'une médiation judiciaire un délai de 3 mois à 4 mois pendant lequel la procédure judiciaire est suspendue.

Il est permis de conclure de ce qui précède qu'un délai de suspension de trois mois pour les réclamations, dont le médiateur est saisi, permettrait à certains réclamants de faire l'économie de frais inutiles, dans l'hypothèse d'une médiation susceptible d'aboutir rapidement à une solution consensuelle.

L'avis du médiateur sur des questions de sa compétence

La diversité des institutions européennes de médiation reflète les contextes nationaux spécifiques, mais plusieurs institutions disposent soit du droit d'auto-saisine, soit de celui de donner des avis sur des questions de leur compétence ou alors des deux à la fois. Or la loi luxembourgeoise ne prévoit ni le droit d'auto-saisine, ni le droit pour le médiateur, dans ses fonctions déterminées par la prédite loi du 22 août 2003, de donner son avis sur des questions de sa compétence.

Il serait opportun que le médiateur puisse, de sa propre initiative, donner son avis sur des questions relevant de sa compétence et sur celles concernant des dossiers qu'il a traités.

Ce droit constituerait un moyen lui permettant d'intervenir rapidement et directement sur des questions d'intérêt général.

Le médiateur et la réforme constitutionnelle

Le médiateur luxembourgeois, créé par la loi de 2003 n'est pas mentionné dans la constitution.

La réforme constitutionnelle en cours qui, par son envergure s'apparente de plus en plus à une refonte, présente l'occasion d'inscrire le médiateur dans notre loi fondamentale.

L'association des Ombudsmans et Médiateurs de la Francophonie (AOMF) a approuvé le 28/11/2013, lors de son 8^{ème} congrès à Dakar un texte recommandant aux Etats membres de l'AOMF la constitutionnalisation de leurs institutions d'Ombudsmans ou de Médiateurs. Cette recommandation mérite une réflexion et ceci plus particulièrement en raison du contexte national, ci-avant mentionné.

Le guide des bonnes pratiques administratives

Finalement je voudrais attirer une attention particulière sur la recommandation 49 relative au code de bonne conduite, largement inspiré par le Code européen de bonne conduite administrative qui a été adopté par le Parlement européen en septembre 2001.

La commission des pétitions de la Chambre des Députés recommande au gouvernement d'adopter le code en question. Il s'agit en effet de *soft-law*, c'est-à-dire de règles de conduite adéquate au sein de l'administration, qui ne doit pas passer par la procédure légale usuelle.

Pour clarifier la nature particulière desdites règles, la dénomination de « guide de bonnes pratiques administratives » aurait l'avantage de ne pas laisser subsister de doute sur la nature « *sui generis* » du document en question.

L'application dudit guide contribuera à la clarification et la transparence de la prise de décisions publiques. Il permettra en effet:

- à l'usager de connaître l'étendue et les limites de ses droits et devoirs;
- aux fonctionnaires de connaître exactement l'étendue de leurs devoirs ainsi que les limites de ceux-ci;
- au médiateur de contrôler la prise de décision administrative, non seulement par rapport à la conformité au droit, mais aussi par rapport à la façon de laquelle elle a été prise, en se basant sur des critères connus parce qu'inscrits dans le guide des bonnes pratiques.

L'accord de coalition prévoit dans le chapitre « réforme et simplification administrative » que le Gouvernement mettra en œuvre un Code de bonne conduite administrative. Je m'en réjouis et recommande l'application du code tel que présenté dans la recommandation 49 dans les meilleurs délais.

Un mot d'explication sur la raison pour laquelle le présent rapport comporte une seule recommandation. Bien que le rapport annuel précédent ait été discuté et approuvé en commission des pétitions le 27 juin 2013, il n'a pas été discuté en séance publique avant l'été comme il aurait dû l'être selon le règlement interne de la Chambre.

Ce fait s'explique par la démission du Gouvernement et la fixation d'élections anticipées. Depuis lors les membres du Gouvernement en place étaient chargés des affaires courantes et il était, de ce fait, inapproprié de leur soumettre pour avis des propositions envisagées pour quelques recommandations en gestation.

Ainsi la publication de recommandations, au sujet desquelles aucune discussion n'a pu être menée avec les membres du Gouvernement, me semblait être un exercice plutôt inapproprié en raison des circonstances.

En ce qui concerne les projets de recommandation en cours, je recueillerai l'avis des ministres compétents avant de décider ou non d'en faire des recommandations formelles.

Le présent rapport comprend une nouvelle rubrique intitulée « avis et suggestions pratiques ». Je voudrais préciser que parmi les suggestions pratiques, certaines ont été faites, acceptées et appliquées au courant de l'année, d'autres sont en attente d'être formalisées, soit par une instruction interne, soit par un règlement grand-ducal. Finalement il y a en annexe un avis d'expert sur l'effet translatif de propriété d'un compromis de vente.

Pour revenir à l'extrait du programme gouvernemental cité ci-avant, je me réjouis de constater que les priorités du Gouvernement semblent coïncider avec les miennes. Je suis persuadée que la réalisation du projet de réforme concernant l'institution du médiateur est à la fois dans l'intérêt d'une plus grande cohérence de la loi et d'une amélioration de son application dans l'intérêt du citoyen.

La médiatrice,

Lydie ERR



Partie 1



1.1. Statistiques

1.2. Attributions et compétence

1.3. Affaires relevant de l'Etat

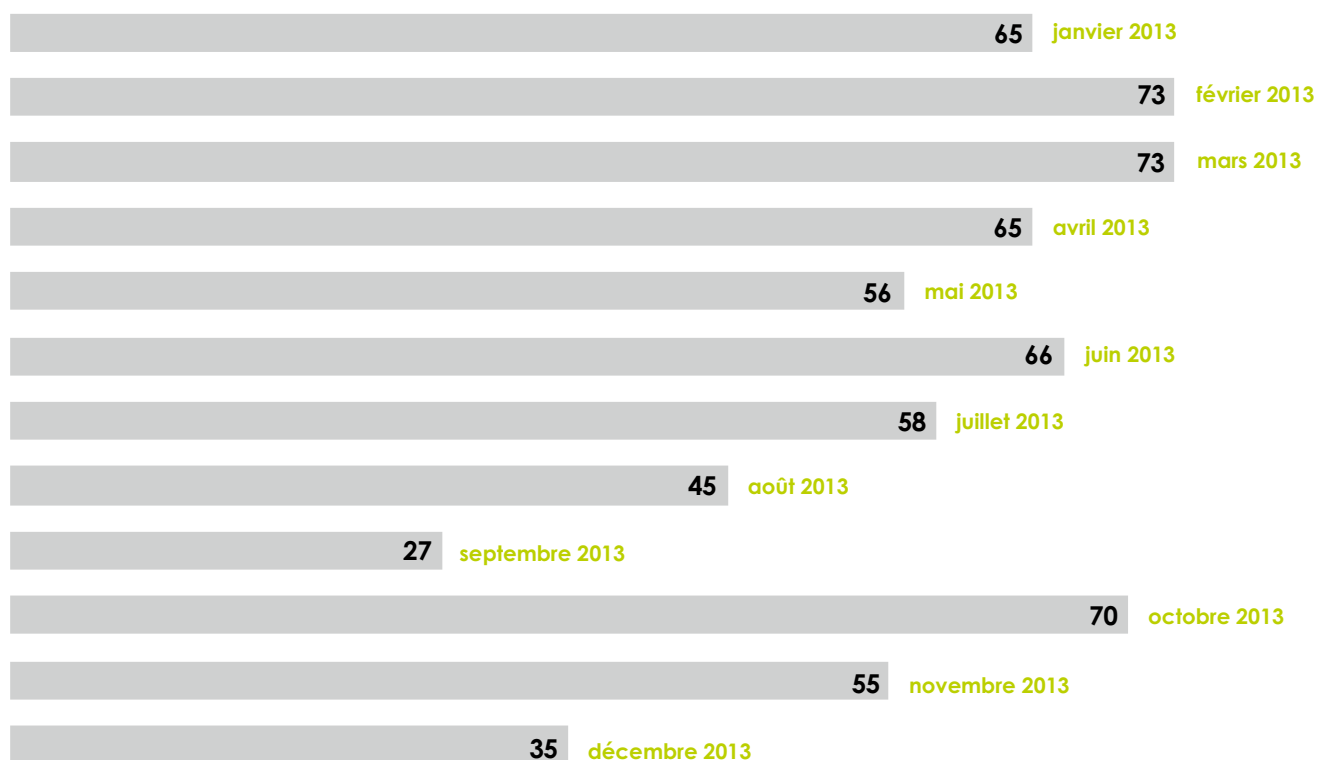
1.4. Affaires relevant des communes

1.5. Affaires concernant les établissements publics



1.1. Statistiques

NOMBRE DE RECLAMATIONS PAR MOIS



RELEVÉ GLOBAL -

du 1^{er} janvier 2013 au 31 décembre 2013

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 la médiatrice 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:
80,39%

Ventilation par suites réservées à la réclamation

Nombre total de réclamations

688

Dossiers en cours	181 (y compris 9 dossiers clôturés provisoirement)
Dossiers clôturés	507

 Transmis à un autre médiateur	0
Réclamations non fondées	180
Désistement du réclamant	62
Pas de correction obtenue	40
Correction partielle obtenue	42
Correction totale obtenue	122
Demandes irrecevables	28
Refus d'examiner	33

Ventilation détaillée

Demandes irrecevables	28
 Jugements coulés en force de chose jugée	5
Incompétence ratione materiae	21
Incompétence ratione loci	0
Non-immixtion dans une affaire judiciaire pendante	2
Refus d'examiner	33
 Demandes prématurées	8
Demandes manifestement non fondées	11
Absence de démarches préalables	14
Actio popularis	0
Obscurum libellum	0

Légende:

dossiers clôturés: les dossiers dont l'instruction est clôturée

réclamations irrecevables: les réclamations dont l'objet n'est pas dans la compétence de la médiatrice, 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, visas, passeports

Nombre d'affaires	96
Affaires clôturées	67
Affaires en cours	29

taux de correction:
80%

En cours	29
Correction totale/partielle	28
Pas de correction	7
Réclamations non fondées	19
Refus d'examiner	1
Demandes irrecevables	1
Désistement du réclamant	11
Transmis à un autre médiateur	0

➔ 1.1.1.2. Logement et Classes moyennes

Nombre d'affaires	23
Affaires clôturées	15
Affaires en cours	8 (* y compris 2 affaires clôturées provisoirement)

taux de correction:
83,33%

En cours*	8
Correction totale/partielle	5
Pas de correction	1
Réclamations non fondées	4
Refus d'examiner	2
Demandes irrecevables	0
Désistement du réclamant	3
Transmis à un autre médiateur	0

➔ 1.1.1.3. Fiscalité (ACD, AED, Administration des douanes et accises)

Nombre d'affaires	73
Affaires clôturées	54
Affaires en cours	19 (*y compris 2 affaires clôturées provisoirement)

taux de correction:
84%

En cours*	19
Correction totale/partielle	21
Pas de correction	4
Réclamations non fondées	26
Refus d'examiner	2
Demandes irrecevables	0
Désistement du réclamant	1
Transmis à un autre médiateur	0

1.1.2. Affaires relevant des communes

➔ 1.1.2.1. Urbanisme

Nombre d'affaires	23
Affaires clôturées	15
Affaires en cours	8

taux de correction:
80%

En cours	8
Correction totale/partielle	4
Pas de correction	1
Réclamations non fondées	3
Refus d'examiner	1
Demandes irrecevables	1
Désistement du réclamant	5
Transmis à un autre médiateur	0

➔ 1.1.2.2. Affaires communales générales

Nombre d'affaires	63
Affaires clôturées	34
Affaires en cours	29 (*y compris 1 affaire clôturée provisoirement)

taux de correction:
66,66%

En cours*	29
Correction totale/partielle	6
Pas de correction	3
Réclamations non fondées	14
Refus d'examiner	2
Demandes irrecevables	0
Désistement du réclamant	9
Transmis à un autre médiateur	0

1.1.3. Affaires concernant les établissements 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	165
Affaires clôturées	128
Affaires en cours	37 (*y compris 2 affaires clôturées provisoirement)

taux de correction:
87,72%

En cours*	37
Correction totale/partielle	50
Pas de correction	5
Réclamations non fondées	54
Refus d'examiner	8
Demandes irrecevables	0
Désistement du réclamant	9
Transmis à un autre médiateur	0

➔ 1.1.3.2. Agence pour le développement de l'emploi (ADEM)

Nombre d'affaires	36
Affaires clôturées	31
Affaires en cours	5

taux de correction:
66,66%

En cours	5
Correction totale/partielle	8
Pas de correction	4
Réclamations non fondées	11
Refus d'examiner	3
Désistement du réclamant	5
Demandes irrecevables	0
Transmis à un autre médiateur	0

➔ 1.1.3.3. Caisse nationale des prestations familiales (CNPF)

Nombre d'affaires	37
Affaires clôturées	25
Affaires en cours	12

taux de correction:
75%

En cours	12
Correction totale/partielle	6
Pas de correction	2
Réclamations non fondées	12
Refus d'examiner	3
Demandes irrecevables	0
Désistement du réclamant	2
Transmis à un autre médiateur	0

➔ 1.1.3.4. Fonds national de solidarité (FNS)

Nombre d'affaires	19
Affaires clôturées	16
Affaires en cours	3

taux de correction:
85,71%

En cours	3
Correction totale/partielle	6
Pas de correction	1
Réclamations non fondées	7
Refus d'examiner	2
Désistement du réclamant	0
Demandes irrecevables	0
Transmis à un autre médiateur	0



1.2. Attributions et compétence de la médiatrice

Dans plusieurs dossiers, la compétence de la médiatrice a été contestée par différentes administrations.

La réparation d'un préjudice par un établissement public

Dans le cadre d'une réclamation ayant pour objet l'indemnisation d'un préjudice causé au réclamant lors de la construction d'une conduite d'eau par le Syndicat des Eaux du Barrage d'Esch-sur-Sûre (SEBES), cette dernière a opposé à la médiatrice l'alinéa (2) de l'article 1 de la loi du 22 août 2003 instituant un médiateur qui exclut de la compétence de celui-ci les activités industrielles, financières et commerciales des établissements publics.

Cette restriction avait été proposée par le Conseil d'Etat dans son avis du 11 février 2003. L'idée du Conseil d'Etat a été « *d'éviter toute discrimination là où un établissement public n'assurant pas un service public se trouve dans une situation de concurrence avec des entreprises privées* ». D'après le Conseil d'Etat, seuls les établissements publics n'exerçant pas d'activités industrielles ou commerciales seraient à intégrer dans le champ de compétence du médiateur. Le Conseil d'Etat a vu l'activité industrielle ou commerciale par opposition à l'activité de service public.

Finalement, la Commission des institutions et de la révision constitutionnelle a considéré la restriction proposée par le Conseil d'Etat comme trop vague et trop générale. Elle a maintenu la compétence de principe pour tous les établissements publics en excluant les activités commerciales, industrielles et financières.

En tant qu'établissement assurant un service public et procédant dans le cadre de cette mission à la construction d'une conduite d'eau, le SEBES fait donc partie des attributions de la médiatrice.

Le SEBES a invoqué en outre que le litige se situerait en dehors du domaine administratif. Il

ne concernerait que des intérêts civils qui relèveraient exclusivement de la compétence des juridictions civiles.

Or aux termes de l'article 1 de la loi du 22 août 2003 instituant un médiateur, ce dernier peut être saisi de réclamations relatives au fonctionnement des administrations de l'Etat et des communes ainsi que des établissements publics. En tant qu'établissement public, le SEBES tombe sous la compétence de la médiatrice. Il suffit que l'établissement public se voie reprocher de ne pas avoir fonctionné conformément à la mission qu'elle doit assurer ou de contrevenir aux conventions, lois et règlements en vigueur. Les termes de la loi sont formulés d'une manière telle qu'ils englobent une demande en réparation d'un préjudice causé par un établissement public à un particulier.

Les activités commerciales du Fonds du logement

La médiatrice a été saisie d'une réclamation à l'encontre du Fonds du logement au sujet de l'exécution d'un compromis de vente d'un local à destination commerciale situé au rez-de-chaussée d'une résidence construite par le Fonds du logement. Le président du Fonds du logement a opposé que la vente de cette surface constitue une activité commerciale au sens de l'alinéa (2) de l'article 1 de la loi du 22 août 2003 instituant un médiateur et qui serait par conséquent soustraite à la compétence de ce dernier.

Le Fonds du logement est un établissement public autonome institué par la loi du 25 février 1979 concernant l'aide au logement. C'est la construction de logements à coûts modérés destinés tant à la vente qu'à la location qui constitue la mission du Fonds du logement. Sa mission consiste aussi à favoriser l'accession à la propriété des particuliers à revenus modestes.

Il est vrai que la loi du 8 novembre 2002 a éten-

du cette mission et le Fonds est dès lors autorisé à mettre en vente jusqu'à 40 % des logements en dehors des dispositions relatives au logement subventionné. Il s'agit de sauvegarder une certaine mixité sociale dans le cadre des projets développés par le Fonds du logement. L'objectif s'inscrit toujours dans le cadre d'une politique sociale et le Fonds n'entend pas entrer en concurrence avec les acteurs privés du marché.

En l'espèce, la réclamation concerne un ensemble résidentiel qui selon les informations publiées par le Fonds, comprend des appartements pour étudiants et 4 surfaces commerciales situées au rez-de-chaussée de la résidence. L'une de ces surfaces a été vendue par compromis de vente à la réclamante. La question se pose donc de savoir si la vente par le Fonds d'un local à destination commerciale situé au rez-de-chaussée d'une résidence à logements subventionnés constitue une activité commerciale.

L'article 2 du Code de commerce introduit par la loi du 21 juillet 1992 donne une définition des actes de commerce qui a été empruntée à la législation belge. En droit belge, une entreprise d'achat/vente d'immeubles constitue « un acte de commerce par entreprise ». Ces opérations ne deviennent cependant commerciales qu'à condition d'être répétées et d'être effectuées avec une intention lucrative.

Or le projet immobilier dans son ensemble s'inscrit dans le cadre de la mission sociale du Fonds du logement et l'affectation commerciale de 4 surfaces au rez-de-chaussée a été réalisée en vue d'une amélioration du cadre de vie des habitants et non pas dans un but de lucre. L'opération de vente des surfaces commerciales ne constitue pas une participation à la vie économique focalisée sur la réalisation de profits. Cette opération ne peut être détachée du projet immobilier qui revêt un caractère social très prononcé.

La médiateure s'estime compétente pour connaître ce dossier actuellement en cours de traitement.

Les litiges contractuels de l'Administration

Dans un autre dossier, la question s'est posée de savoir si la médiateure est compétente en

matière de litiges contractuels. Une société d'ingénieurs s'est plainte de l'attitude prise par l'Administration des bâtiments publics dans le cadre de l'exécution de contrats de construction d'un lycée. La réclamante s'est vu reprocher de ne pas avoir exécuté certains travaux selon les règles de l'art et de ne pas avoir respecté le cahier de charges.

Le ministère du Développement durable a fait savoir à la médiateure que « la mission du médiateur ne se situe pas dans le domaine de l'exécution, voire inexécution de contrats ».

La médiateure est certainement compétente au cas où les règles régissant la passation des marchés publics ne sont pas respectées. En outre, la médiateure est en droit de vérifier si l'administration a respecté les principes de bonne administration en traitant les dossiers concernant l'exécution d'un contrat. Dans certains pays, il y a même des « Procurement Ombudsman » spécialisés dans ces dossiers.

La définition de dysfonctionnement de la loi du 22 août 2003 est très large et englobe le non respect par l'administration des obligations contractuelles et des principes de bonne conduite dans les relations avec ses cocontractants.

La saisine du médiateur peut intervenir conjointement avec un recours juridictionnel

Il arrive encore que certaines administrations estiment que la médiateure n'a pas à entamer de démarches lorsque le litige est pendan devant les tribunaux.

S'il est prévu à l'article 3 (3) de la loi instituant un Médiateur, relatif à la recevabilité des réclamations que « *Le médiateur ne peut intervenir dans une procédure engagée devant une juridiction (...)* », ceci ne signifie pas que la médiateure ne peut pas essayer de rapprocher les parties au litige pour les aider à trouver une solution amiable à leur différend de sorte qu'elles pourraient se désister de leur action.

Admettre que la saisine d'une juridiction par une des parties mettrait fin à toute action de la médiateure d'essayer de favoriser un compromis, reviendrait à limiter de manière excessive son champ d'action.

Cette interprétation signifierait également que les parties seraient obligées de trouver un compromis dans les délais de recours. A défaut de trouver une solution amiable dans les délais ouverts pour le recours, l'administré devrait choisir entre la saisine de la médiatrice et la saisine des juridictions compétentes, sachant que si la partie n'a pas intenté de recours en temps utile, sa position face à l'administration se trouve considérablement affaiblie.

La médiatrice rappelle donc aux administrations que la saisine des juridictions n'empêche pas les parties au litige d'essayer de trouver une solution consensuelle extrajudiciaire.

Il ressort clairement des travaux parlementaires que *« la saisine du médiateur peut intervenir avant ou conjointement avec un recours juridictionnel »* (Rapport de la Commission des Institutions et de la Révision constitutionnelle, page 4).

Le secret médical est inopposable au médiateur

Dans un autre dossier, le service médical de la Fonction publique a refusé de prendre position par rapport à une réclamation en opposant à la médiatrice le secret médical.

Or il résulte de l'article 6 de la loi du 22 août 2003 instituant un médiateur que le secret médical ne peut pas lui être opposé par le service visé par son enquête. Cet article précise limitativement les domaines dans lesquels le caractère secret ou confidentiel est opposable à la médiatrice : la défense nationale, la sûreté de l'Etat et la politique extérieure.

Ce texte est clair et les travaux parlementaires ne laissent aucun doute sur l'intention du législateur. Le commentaire de l'article 7 du projet de loi n° 4832 explique très bien le texte de la loi :

Article 7

« Le Médiateur dispose de moyens importants d'analyse et d'investigation auprès des services publics. Cet article consacre un vaste droit à

l'information. En principe, le Médiateur peut accéder à tous les dossiers se rapportant à l'affaire qu'il traite. Les agents des services faisant l'objet d'une enquête sont obligés de répondre aux questions du Médiateur. Ainsi, le Médiateur doit bénéficier du concours actif de l'administration. Cette nécessaire collaboration avec les autorités administratives doit faciliter la tâche du Médiateur. Ce principe connaît une exception. En effet, l'accès à l'information peut lui être refusé lorsque le dossier en question a trait à la défense nationale, à la sûreté de l'Etat ou à la politique extérieure. »

Dans sa réponse, la médiatrice s'est également référée à la proposition du Conseil d'Etat de restreindre le droit à l'information du médiateur par les mêmes exceptions que celles prévues dans la loi du 25 juillet 2002 portant institution d'un comité luxembourgeois des droits de l'enfant. Ces exceptions ont trait au secret professionnel. Cette proposition a été écartée par la Commission des Institutions et de la Révision constitutionnelle et le texte légal qui a été voté n'a pas tenu compte des limitations proposées par le Conseil d'Etat. Le secret médical ne peut donc pas être opposé à la médiatrice.

Il y a encore lieu d'ajouter que le secret médical ne peut pas jouer au détriment des intérêts de la personne concernée. En sollicitant une médiation suivant la procédure prévue par la loi du 22 août 2003, le réclamant a nécessairement exprimé son accord pour que le service concerné par la réclamation se justifie à l'égard de la médiatrice. La mission de celle-ci ne consiste pas seulement à essayer de régler à l'amiable des réclamations mais aussi à expliquer aux réclamants la position de l'administration et à prendre position par rapport à la réclamation.

La médiatrice a fait savoir au médecin conseil que son refus de la médiation ne permet même pas de réaliser cet objectif élémentaire et qu'en opposant le secret médical, il enfreint la loi du 22 août 2003 instituant un médiateur.

L'Administration des services médicaux du secteur public a finalement pris position dans ce dossier quant au fond.



1.3. Affaires relevant de l'Etat

1.3.1. Immigration

La médiatrice entretient de bonnes relations avec la Direction de l'Immigration. Elle salue le fait que celle-ci prend soin, dans la grande majorité des cas, de répondre à ses courriers de manière précise et rapide. De cette manière les dossiers dont elle est saisie peuvent être rapidement traités. L'intervention de la médiatrice consiste en grande partie en une assistance aux personnes qui s'estiment insuffisamment informées au sujet de l'état d'instruction de leur dossier.

La médiatrice a été saisie d'un dossier par une dame, ressortissante de l'Union européenne, qui a demandé l'autorisation pour sa mère et pour sa sœur de la rejoindre au Grand-Duché pour une durée de six mois. Ces demandes ont fait l'objet d'un refus par le ministre. La réclamante souhaitait qu'au moins sa mère puisse la rejoindre alors qu'elle était à sa charge. La médiatrice a dès lors conseillé à la réclamante de reformuler une demande d'autorisation de séjour en tant que membre de famille, en prenant soin de se renseigner au préalable sur les conditions d'une telle autorisation.

Dans un premier temps, le ministre a indiqué que la preuve n'était pas rapportée que la mère de la réclamante était à charge de celle-ci.

Dans son recours gracieux adressé au ministre, la réclamante explique que pour des raisons pratiques elle fait parvenir de l'argent à la société de son beau-frère qui le remet à la mère de la main à la main. Elle joint une attestation testimoniale de son beau-frère confirmant ce fait.

La Direction de l'immigration a finalement fait droit à la demande de regroupement familial pour la mère de la réclamante.

La médiatrice a été saisie d'un dossier par un ressortissant d'un pays tiers disposant d'une autorisation de séjour à durée illimitée dans un Etat membre de l'Union européenne. Il a soumis à la Direction de l'immigration une demande d'autorisation de séjour pour travailleur salarié en vue d'occuper un poste qualifié au sein d'une association.

La Direction de l'immigration a sollicité dans un premier temps de la part du demandeur la présentation de ses diplômes homologués.

Or le ministère de l'Enseignement supérieur exige, pour l'inscription de son diplôme au registre des titres, que le demandeur produise un certificat de résidence établissant son lieu de résidence à Luxembourg, certificat qui ne lui est toutefois pas délivré tant qu'il ne dispose pas d'une autorisation de séjour.

Le demandeur se trouve dès lors dans une situation inextricable.

La médiatrice s'est adressée à la Direction de l'immigration pour faire part de la situation au ministre du Travail, de l'Emploi et de l'Immigration. Après une réponse, qui reprenait l'exigence de la présentation des diplômes homologués avant tout autre progrès en cause, les services de la médiatrice ont contacté les deux ministères de manière informelle afin de sortir de cette impasse. La Direction de l'immigration s'est déclarée prête à se contenter d'un certificat de la part du ministère de l'Enseignement supérieur, attestant d'un accord de principe pour l'inscription du diplôme en question au registre des titres. Ce certificat permettrait à la Direction de l'immigration de délivrer une autorisation de séjour au demandeur, pour pouvoir procéder ensuite à l'inscription au registre des titres.

Asile politique

La loi du 5 mai 2006 relative au droit d'asile et à des formes complémentaires de protection a pour objet la procédure de détermination du statut de réfugié et du statut conféré par la protection subsidiaire ainsi que l'octroi d'une protection temporaire en cas d'afflux massif de personnes déplacées en provenance de pays tiers qui ne peuvent rentrer dans leur pays d'origine.

Par « réfugié » il faut entendre tout ressortissant d'un pays tiers qui, parce qu'il craint avec raison d'être persécuté du fait de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de ses opinions politiques ou de son appartenance à un certain groupe social, se trouve hors du pays dont il a la nationalité et qui ne peut ou, du fait de cette crainte, ne veut se réclamer de la protection de ce pays ou tout apatride qui, se trouvant pour les raisons susmentionnées hors du pays dans lequel il avait sa résidence habituelle, ne peut ou, du fait de cette crainte, ne veut y retourner et qui n'entre pas dans le champ d'application de l'article 34.

Par « personne pouvant bénéficier de la protection subsidiaire », il faut entendre tout ressortissant d'un pays tiers ou tout apatride qui ne peut être considéré comme un réfugié, mais pour lequel il y a des motifs sérieux et avérés de croire que la personne concernée, si elle était renvoyée dans son pays d'origine ou, dans le cas d'un apatride, dans le pays dans lequel il avait sa résidence habituelle, courrait un risque réel de subir les atteintes graves définies à l'article 37, l'article 39, paragraphes (1) et (2), n'étant pas applicable à cette personne, et cette personne ne pouvant pas ou, compte tenu de ce risque, n'étant pas disposée à se prévaloir de la protection de ce pays.

Enfin la « protection temporaire », est une procédure de caractère exceptionnel assurée, en cas d'afflux massif ou d'afflux massif imminent de personnes déplacées en provenance de pays tiers qui ne peuvent rentrer dans leur pays d'origine, une protection immédiate et temporaire à ces personnes.

La médiatrice a été saisie de plusieurs dossiers par des demandeurs de protection internationale de nationalité irakienne et de confession chrétienne qui se sont vu refuser la protection internationale par le ministre du Travail, de l'Emploi et de l'Immigration.

Il ressortait des recherches effectuées par les services du ministère que la situation des chrétiens en Irak n'est pas à ce point dangereuse que tout membre de la minorité chrétienne serait, du seul fait d'être chrétien, exposé à des persécutions au sens de la Convention de Genève. Le ministre estime également que le Kurdistan est une région où une fuite interne serait possible pour les chrétiens.

Dans un arrêt de la Cour administrative du 26 février 2013, les juges ont statué en faveur de demandeurs de protection internationale de nationalité irakienne et de confession chrétienne en leur conférant le statut de protection subsidiaire. L'arrêt retient que « l'Irak est un pays où l'insécurité reste permanente ». Il retient aussi que les personnes concernées « pourraient en théorie bénéficier d'une possibilité de fuite interne, à condition de pouvoir rejoindre le Kurdistan sans de nouveau devoir passer par une autre région d'Irak, respectivement la ville de Bagdad, ce qui n'est pratiquement guère possible.[...] ».

Etant donné que les réclamants qui ont saisi la médiatrice se trouvent dans une situation très similaire, la médiatrice a demandé au ministre s'il est disposé à reconsidérer sa décision de refus.

Le ministre a clairement notifié à la médiatrice son intention d'attendre la décision qui serait prise par le Tribunal administratif.

Etant donné toutefois que la médiatrice a été saisie de plusieurs de ces dossiers et qu'elle constate que les juges ont dans plusieurs cas tranché en faveur de l'octroi de la protection internationale, elle s'est une nouvelle fois adressée à la Direction de l'immigration en lui demandant de réétudier les dossiers en question à la lumière de la jurisprudence.

Le ministre a attiré toutefois l'attention sur l'article 26 de la loi modifiée du 5 mai 2006 relative au droit d'asile et à des formes complémentaires de protection, qui dispose que le ministre procède à une analyse de la situation personnelle des requérants ainsi qu'à une analyse de la situation actuelle dans leur pays d'origine.

La médiatrice constate dans différents jugements et arrêts des juridictions administratives que le passage des chrétiens d'Irak vers une région plus sûre n'est guère possible sans passer par Bagdad. Il est incontestable qu'un retour au pays passera forcément par Bagdad

ce qui fait courir aux chrétiens d'Irak un risque sérieux pour leur sécurité. Tous les chrétiens d'Irak, pour autant que la preuve de leur identité et de leur appartenance à la confession chrétienne sont rapportées, sont confrontés au même problème.

La médiatrice en conclut que la question des chrétiens d'Irak mériterait d'être repensée au vu des faits et de la jurisprudence et se propose d'en rediscuter avec le responsable du Gouvernement avant de décider de finaliser sa suggestion à ce sujet.

Bureau des passeports, visas et légalisation

Titres de voyages

Un titre de voyage pour étranger est un document de voyage délivré par l'Etat luxembourgeois en remplacement du passeport que l'étranger n'arrive pas à obtenir de son pays d'origine.

Par règlement grand-ducal du 19 juin 2013 modifiant le règlement grand-ducal modifié du 26 janvier 2005 fixant les modalités d'un titre de voyage pour étranger, la compétence en matière de titre de voyage pour étrangers est passée du Bureau des passeports, visas et légalisations à la Direction de l'immigration. Ce transfert de compétence fait suite à la recommandation n° 46/2012 de la médiatrice. Ce changement a également été l'occasion de revoir les conditions d'octroi du titre de voyage. Jusqu'alors, pour pouvoir prétendre à un titre de voyage, le règlement grand-ducal modifié du 26 janvier 2005 fixant les modalités pour l'obtention d'un titre de voyage pour étrangers dispose que la personne concernée doit :

- être titulaire d'un permis de séjour, ou avoir obtenu de la part de l'autorité luxembourgeoise compétente l'accord pour l'octroi d'un tel permis;
- apporter la preuve qu'une demande en obtention d'un passeport national a été rejetée par les autorités du pays d'origine ou pouvoir justifier qu'une demande en obtention d'un passeport national a été introduite auprès de l'ambassade du pays d'origine depuis six mois au moins et qu'elle est restée sans suites;
- autoriser le ministère des Affaires étrangères

et de l'Immigration à s'enquérir auprès de l'Ambassade du pays d'origine sur les raisons qui sont à la base du refus de la délivrance d'un passeport national ou, le cas échéant, de la procédure de délivrance excessivement longue.

Le nouveau règlement grand-ducal du 19 juin 2013 dispose que :

(1) Le titre de voyage pour étrangers est un document de voyage délivré à des personnes résidant (...) 1 sur le territoire du Grand-Duché de Luxembourg et dont l'identité et la nationalité sont établies, mais qui ne sont pas en mesure d'obtenir un passeport national de la part des autorités de leur pays d'origine (Règl. g.-d. du 19 juin 2013) « ou auxquelles il est impossible de demander l'établissement ou la prolongation d'un titre de voyage en raison de circonstances exceptionnelles ».

(2) Dans des cas exceptionnels, un tel titre de voyage peut également être délivré lorsque la procédure de délivrance d'un passeport national est excessivement longue (Règl. g.-d. du 19 juin 2013) « ou difficile, de sorte qu'elle est considérée comme dépassant les limites du raisonnable ».

Ainsi certains dossiers qui avaient été présentés au médiateur pour lesquels il était dans l'impossibilité d'intervenir, pourraient aujourd'hui éventuellement être revus à la lumière de ce nouveau texte qui prévoit la possibilité d'agir dans des circonstances exceptionnelles à condition que l'identité et la nationalité de la personne concernée soient établies à l'exclusion de tout doute.

La médiatrice a été saisie de certains dossiers concernant l'octroi de titre de voyage pour des personnes bénéficiant du statut de la protection subsidiaire.

Dans deux dossiers, se posait le problème du renouvellement de la carte d'identité de la personne bénéficiaire de la protection internationale, renouvellement indispensable pour pouvoir prétendre à un nouveau passeport. Ce renouvellement ne pouvait toutefois se faire que dans le pays d'origine. Or il ne saurait être exigé du bénéficiaire de la protection subsidiaire de devoir retourner dans son pays d'origine sachant qu'il y encourt de sérieux risques.

Le Bureau des passeports a délivré un titre de voyage aux personnes qui se trouvaient dans ce cas.

Visas

La médiatrice a été saisie de plusieurs dossiers de refus d'octroi de visas touristiques, soit que l'engagement de prise en charge de la personne qui accueille le ressortissant du pays tiers est jugé insuffisant, soit que le demandeur ne prouve pas qu'il possède les moyens de subvenir à ses besoins lors de son séjour, soit encore que l'objet et les conditions de séjour sont imprécises.

La médiatrice constate que souvent les réclamants ne comprennent pas les motifs du refus et ne savent pas comment faire pour que leur demande soit acceptée, alors qu'il leur semble inconcevable que leur famille proche ne soit pas autorisée à venir leur rendre visite.

La famille M. s'est adressée à la médiatrice suite au refus du Bureau des passeports, visas et légalisations de faire droit à une demande de visa en faveur de la mère de la réclamante.

Alors que les autorités en charge du dossier de visa estiment que l'objet et les conditions du séjour ne sont pas justifiés, le réclamant explique que son épouse vient de donner naissance à des jumeaux et que sa belle-mère est puéricultrice de sorte qu'elle souhaite soutenir sa fille dans ces moments éprouvants.

Dans un autre cas, il s'agissait d'autoriser la venue d'un des parents, alors que la fille devait être opérée et que le mari ne pouvait arrêter son travail pour s'occuper des enfants.

La question des ressources financières reste primordiale, même si les personnes qui demandent un visa sont des membres de la famille ou des proches et même si la période pour laquelle les requérants souhaitent venir est relativement courte. Les procédures en place, certes indispensables, sont toutefois souvent complexes et difficiles à comprendre.

Dans ces cas, la médiatrice tente du mieux qu'elle peut d'expliquer aux réclamants la raison d'être de ces procédures et les assiste dans les difficultés de communication avec les services compétents.

1.3.2. Fiscalité

Administration de l'enregistrement et des domaines (AED)

Taxations d'office

La médiatrice continue d'être saisie de réclamations ayant pour objet des taxations d'office de TVA qui mettent en compte aux assujettis des montants dépassant de loin la TVA qui serait due si des déclarations régulières avaient été déposées.

Un des dossiers les plus marquants concerne une personne qui ensemble avec son père avait constitué en juillet 2008 une société à responsabilité limitée. C'était un projet qui a été abandonné tout de suite. Les fondateurs avaient résilié le bail conclu pour cette société qui n'a jamais été qu'une coquille sans activités. Aucune facture mettant en compte une TVA n'aurait été émise.

Malheureusement, les fondateurs ont oublié de transférer le siège social de la société et ont tardé à dissoudre et liquider la société. Ce n'est que par un acte notarié du 28 décembre 2012 que la liquidation de la société a été clôturée. Dans une clause de l'acte de dissolution de la société, les associés se sont engagés à assurer le paiement de toutes les dettes de la société.

Etant donné que la société n'existe plus au siège social statuaire, tous les courriers adressés par l'Administration de l'enregistrement et des domaines (AED) lui ont été retournés par les services postaux. Finalement, l'administration a effectué une visite des lieux et a constaté que la société n'existe plus à cette adresse. Elle s'est bien rendue compte que le même sort sera réservé à tout autre courrier adressé à la société. Au cours du mois d'avril 2011, l'AED a notifié cependant à la même adresse des taxations d'office pour les années 2009, 2010 et 2011 qui lui ont promptement été retournés. Après l'écoulement du délai de recours de trois mois les taxations d'office deviennent définitives.

L'AED a chargé un avocat du recouvrement de la dette de TVA auprès des fondateurs de

la société dont les adresses privées se trouvent indiquées dans les statuts de la société. Dans sa lettre de menaces, l'avocat de l'AED a exigé le paiement des bulletins de taxation d'office sous la menace d'une action pénale devant le tribunal correctionnel de Luxembourg pour non dépôt des comptes sociaux au registre du commerce et des sociétés.

Dans sa prise de position adressée à la médiatrice, le directeur de l'AED a insisté que les taxations d'office sont conformes aux textes applicables et que ses services ont procédé en toute légalité à une notification au siège social statuaire.

Lors d'une entrevue, il a signalé le nombre élevé d'assujettis malhonnêtes qui essaient de se dérober au paiement de leurs dettes de TVA par des changements d'adresses non signalés à l'administration. Il a souligné que l'administration est obligée d'émettre des taxations d'office qui ne peuvent être notifiées qu'à l'adresse officielle des assujettis et que ces derniers ne peuvent s'imputer qu'à eux-mêmes les conséquences de leur négligence d'avoir omis de régulariser l'adresse de leur société. En outre, en tant que professionnels, ils sont tenus de connaître et d'exécuter leurs obligations légales relatives à la déclaration de la TVA et méritent donc moins d'indulgence.

Il n'en reste pas moins que toute taxation d'office requiert une instruction minimale du dossier. Il ne faisait aucun doute que l'administration disposait des adresses privées des deux associés et avait donc la possibilité de demander des renseignements auprès d'eux.

Dès lors que les multiples envois postaux de l'AED ont été retournés et que l'AED s'était elle-même aperçue lors d'une visite des lieux que la société n'existait plus à l'adresse statuaire, elle savait pertinemment que tout nouveau courrier adressé à la société serait retourné par les services postaux. L'AED ne pouvait ignorer que le même sort serait réservé aux bulletins de taxation d'office et que la société et ses associés seraient en fait privés de leur droit à un recours effectif contre les bulletins de taxation d'office.

Il est indéniable que les associés, en négligeant de transférer le siège social de la société à une autre adresse ou en tardant à procéder à la liquidation de la société, ont commis une négligence.

L'administration ne saurait cependant avoir

un comportement consistant à exploiter à outrance cette négligence d'un administré de manière à aggraver inéluctablement sa situation au point de lui ôter toute possibilité de se défendre.

Le recours à la taxation d'office peut alors être considéré contraire au principe du « fair play » voire même comme une violation des droits de la défense.

L'objectif d'une taxation d'office est de parvenir à une imposition exacte et non pas d'aboutir à une sanction infligée à l'assujetti. Ce n'est qu'un palliatif auquel l'administration doit avoir recours à bon escient.

Dans ce dossier, la médiatrice a insisté que, sans avoir besoin d'effectuer de longues recherches pour trouver les adresses privées des fondateurs, l'AED aurait facilement pu les contacter et éclaircir la situation. L'application des principes de bonne administration aurait permis d'éviter les taxations d'office.

Le directeur de l'AED n'a pas tenu compte des observations de la médiatrice.

Les associés menacés par l'avocat de poursuites pénales pour non-dépôt des comptes sociaux de leur société au registre du commerce et des sociétés se sont laissés intimidés et ont payé les taxations d'office sous toutes réserves.

Finalement, le directeur de l'AED a même demandé aux anciens associés de la société le paiement de la note d'honoraires de cet avocat à titre de frais de poursuites.

Le dossier est toujours en cours de traitement.

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

Les bénéficiaires du crédit d'impôt sont tenus d'occuper l'immeuble acquis durant deux années. Conformément à l'article 11 de la loi modifiée du 30 juillet 2002 susvisée, toute cession de l'immeuble intervenue dans ce délai donne lieu au remboursement intégral du crédit d'impôt.

Ce délai d'occupation continue à faire l'objet de réclamations de la part de personnes qui ont vendu leur logement. Normalement, une vente a lieu en deux étapes : les parties concluent d'abord un compromis de vente et une fois le financement acquis, elles procèdent ensuite à la signature d'un acte notarié.

Dans certains cas soumis à la médiatrice, le compromis de vente a été conclu dans le délai de deux ans, tandis que l'acte notarié a été dressé par après. Le problème qui se pose alors est de déterminer la date du transfert de propriété. Au cas où celui-ci a eu lieu par le compromis de vente, le délai d'occupation n'a pas été respecté et le crédit d'impôt est à rembourser. En revanche, au cas où le transfert de propriété a eu lieu seulement à la date de l'acte notarié conclu après cette période biennale, la loi a été respectée.

Il est évident qu'en vertu de l'article 1589 du Code civil, une promesse de vente vaut vente lorsqu'il y a consentement réciproque des deux parties sur la chose et le prix.

Nul doute que malgré une clause de réitération de la vente par acte notarié, le compromis constitue en principe une vente parfaite dès sa signature.

Il est possible cependant aux parties de stipuler que le compromis n'emporte pas transfert de propriété. Ainsi l'AED accepte une clause inscrite dans le compromis de vente reportant le transfert de propriété de l'immeuble à la date de l'acte notarié.

Dans un de ces cas où le compromis de vente a été conclu endéans le délai de deux années et l'acte notarié par après, les parties ont prévu au compromis, outre un délai dans lequel l'acte notarié est à dresser, une clause limitant la durée de validité libellée comme suit: « *Le compromis est valable jusqu'au 8 août 2011* ». Il s'agit d'un terme extinctif à l'arrivée duquel le contrat devient automatiquement caduc.

La position de la médiatrice est que les parties, en introduisant ce terme extinctif, ont eu l'intention de limiter dans le temps les effets du compromis. Elles n'ont donc pas pu avoir l'intention de faire du compromis une vente parfaite et définitive. Cette solution est conforme à une jurisprudence constante de la Cour de cassation française selon laquelle un

terme fixé dans le compromis pour la signature de l'acte authentique n'empêche pas le transfert de propriété d'avoir lieu *solo consensu* et l'acheteur de demander la constatation judiciaire de la vente. En revanche, au cas où ce même terme est « *assorti de la sanction de la caducité de la promesse de vente* », cette dernière n'est pas translatrice de propriété.

L'AED n'accepte pas cette position et souligne que l'acte notarié a été conclu dans le délai prévu par les parties et avant l'arrivée du terme extinctif. Elle en tire la conclusion que « *l e compromis n'a jamais cessé d'exister : il n'y a eu ni caducité, ni extinction de ce dernier.* » L'administration considère que l'acte notarié ayant été signé, le compromis formerait avec celui-ci un ensemble. Elle affirme qu'« *il n'y a pas lieu de spéculer sur le destin du compromis au cas où l'acte notarié n'aurait pas été signé dans le délai: en effet la non-conclusion de l'acte notarié n'est jamais devenue réalité: donc le terme ne s'est pas réalisé et il n'y a pas eu caducité* ».

Si on accepte le point de vue de l'administration, il faudrait conclure qu'à défaut de signature de l'acte notarié, le compromis serait tombé caduc et que par la signature de l'acte notarié, le compromis serait devenu une vente parfaite. La qualification du compromis dépendrait de la signature de l'acte notarié.

Etant donné l'importance du problème de la qualification des compromis de vente qui s'est posée à plusieurs reprises, la médiatrice a jugé bon de consulter un professeur d'université spécialiste du droit des obligations. Après avoir examiné longuement le problème sous toutes ces facettes, le professeur a conclu dans son avis qu'en l'espèce, le transfert de propriété s'est effectivement réalisé à la date de l'acte notarié (l'avis d'expert mentionné ci-avant se trouve dans la Partie 3, 3.1. Annexe).

Le directeur de l'AED est resté sur sa position initiale sans même aborder et discuter l'avis du professeur.

Une médiation implique que toutes les parties discutent dans un souci d'objectivité leurs arguments respectifs et ne s'enferment pas dans une position intransigeante qui ne paraît pas justifiable.

La médiatrice a poursuivi ses démarches auprès du ministère des Finances.

Régime de l'exonération

La médiatrice a été saisie d'une personne dirigeant en nom personnel une entreprise de formation professionnelle continue agréée par le ministère de l'Education nationale et de la Formation professionnelle.

Souhaitant bénéficier de l'exonération prévue à l'article 44 alinéa q de la loi TVA, elle a demandé à l'AED une entrevue pour s'informer au sujet de la procédure à suivre, entrevue qui lui aurait été refusée.

Elle s'est adressée par la suite à l'AED par un courriel auquel l'administration lui a répondu qu'il ne lui appartient pas d'assumer le rôle de conseil juridique des assujettis qui n'auraient qu'à consulter des experts fiscaux.

Sur ce conseil, la réclamante a pris contact avec une fiduciaire qui l'informa que son activité tombe effectivement sous le champ d'application de l'article 44 susvisé. La fiduciaire lui recommanda d'adresser une lettre à l'AED pour demander une confirmation de cette conclusion.

Aucune suite n'ayant été réservée à ce courrier, la réclamante relança l'administration par téléphone, démarche qui elle aussi n'a abouti à aucun résultat. Avant de s'adresser à la médiatrice, elle contacta encore le responsable du service des relations avec le public sans obtenir de réponse non plus.

La médiatrice a adressé une lettre au directeur de l'AED lui signalant qu'il incombe à l'administration de fournir des informations aux assujettis sur les conditions de mise en œuvre du régime d'exonération de la TVA. Elle a précisé que l'obligation d'information constitue un principe de bonne administration que son prédécesseur avait déjà formulé à l'article 16 de son projet de code de bonne conduite administrative dans les termes suivants:

« L'agent public a l'obligation d'assister et d'informer le citoyen de manière compréhensible et précise sur ses droits, ses obligations ainsi que sur les démarches administratives que le citoyen doit entreprendre pour obtenir satisfaction ».

La médiatrice a dû attendre 17 semaines avant de recevoir une réponse du directeur qui confirma que l'activité de la réclamante bénéficie du régime de l'exonération de la TVA.

Dans les pays voisins, par exemple en France, les organismes dont l'activité s'inscrit dans le cadre de la formation professionnelle, adressent à l'administration, après s'être préalablement déclarés, « une demande d'attestation au titre d'activités s'inscrivant dans le cadre de la Formation professionnelle » et se voient ainsi officiellement confirmer le régime d'exonération.

L'instauration d'une telle procédure de demande faciliterait la vie des assujettis au Luxembourg.

Rectification d'une déclaration de succession

La médiatrice a été saisie par une dame âgée dont le frère est décédé début 2012. La réclamante est la seule héritière. Etant donné qu'elle est aveugle et handicapée physiquement, elle a mandaté un notaire pour s'occuper de la déclaration de succession. Le clerc de notaire a fait la déclaration et l'a déposée.

Ce n'est que lors de la réception de l'avis de paiement, soit un an après le décès de son frère, que la réclamante s'est rendue compte que certains terrains inclus dans la succession ont été évalués par le clerc de notaire à un prix beaucoup trop élevé. Ceux-ci ont en effet été évalués à une valeur qui était de quarante fois la valeur estimée par l'héritière. Le clerc de notaire a considéré qu'il s'agit de terrains de spéculation et n'a pas indiqué la valeur convenue avec l'héritière.

Or ces terrains figurent au plan d'aménagement général de la commune hors du périmètre d'agglomération en zone verte et dans une zone d'inondation. La réclamante estimait donc qu'ils n'ont aucune valeur de spéculation, étant donné qu'ils ne seront jamais constructibles.

La dame s'est alors adressée à l'(AED) pour réclamer contre l'avis de paiement. Or l'administration a répondu qu'il n'était plus possible de revenir sur la déclaration de succession puisque les parties déclarantes ne disposent que d'un délai de six semaines à partir du jour de la déclaration pour la rectifier, ceci en vertu de l'article 13 de la loi du 27 décembre 1817.

La réclamante n'était cependant pas en mesure de demander une rectification de la dé-

claration dans les six semaines, parce qu'elle n'avait pas connaissance du contenu de la déclaration et ne s'est rendue compte de l'erreur commise que lors de la réception de l'avis de paiement. Si celui-ci lui était parvenu dans le délai de six semaines, elle aurait eu la possibilité de réclamer, mais il ne lui est parvenu que près de sept mois plus tard.

Comme les déclarants n'ont pas d'autre possibilité de recours si les droits de succession ne leur semblent pas corrects, la médiatrice déplore que les déclarations de succession ne soient pas avisées avant l'expiration du délai de six semaines. En l'espèce, la situation est d'autant plus grave qu'en raison de son handicap, la réclamante n'avait aucune possibilité ni de faire elle-même la déclaration de succession, ni de la contrôler. Du fait de la surévaluation des terrains litigieux, la réclamante était donc redevable de droits de succession réclamés à tort.

La médiatrice est intervenue auprès du directeur de l'AED afin d'obtenir un redressement de la valeur des terrains pour la réclamante. Dans sa réponse, l'AED informe la médiatrice que le délai pour déposer la déclaration de succession, qui est de six mois, aurait pu être prolongé en cas de difficultés pour l'évaluation de l'héritage. Il rajoute que les héritiers disposent donc d'au moins six mois pour le dépôt de la déclaration et qu'après le dépôt, une modification de la déclaration était encore possible pendant six semaines.

Une prolongation du délai de dépôt n'aurait toutefois rien changé à la situation. Il n'y avait aucune raison pour demander une prolongation du délai, parce qu'il n'y avait pas de difficulté particulière qui aurait empêché un dépôt de la déclaration dans le délai de six mois. La déclaration de succession a en effet été déposée bien avant l'expiration du délai. C'est seulement l'absence de possibilité de recours après la réception de l'avis de paiement qui posait problème.

L'AED n'a laissé qu'une seule ouverture : elle accepte de rectifier la valeur des terrains en cas de vente de ceux-ci dans les deux ans, à un prix inférieur à la valeur figurant dans la déclaration de succession. L'AED précise que cette possibilité est rendue possible par une instruction de service du 29 décembre 2011.

Cette possibilité peut certes permettre à un héritier de récupérer des droits de succession payés lorsqu'il s'avère qu'un immeuble a été

surévalué dans la déclaration de succession, mais elle est extrêmement restrictive et n'est vraiment utile que si l'héritier a l'intention de vendre les immeubles hérités. En plus, il faut qu'il trouve un acheteur dans les deux ans. La médiatrice estime qu'il est inadmissible qu'un héritier soit contraint de vendre un immeuble pour pouvoir payer les droits de succession. Elle estime que c'est inacceptable d'être contraint de vendre pour échapper au paiement de droits de succession non dus, s'il est prouvé, comme dans le cas d'espèce, que la valeur indiquée dans la déclaration de succession est surévaluée.

Par ailleurs, cette solution n'était plus possible dans le dossier en cause puisque la réclamante avait entretemps fait une donation des terrains litigieux à un proche. A noter que la valeur des terrains déclarée dans le cadre de la donation était celle estimée par la réclamante et non pas celle indiquée par le clerk de notaire dans la déclaration de succession.

Comme l'AED n'acceptait pas d'autre solution au litige et n'a pas réagi à la demande de la médiatrice de régler le litige en équité, la médiatrice a décidé de soumettre le dossier au ministre des Finances.

Ce dernier a informé la médiatrice que l'AED a conclu à l'insuffisance de la valeur des terrains litigieux qui avaient entretemps fait l'objet de la donation. Elle estimait que la valeur déclarée était inférieure à la valeur vénale étant donné qu'elle prenait en compte l'évaluation de ces terrains dans le cadre de la déclaration de succession.

Au cas où le donataire s'opposerait à l'insuffisance retenue par l'AED, une expertise fiscale sera lancée conformément aux dispositions de la loi modifiée du 23 décembre 1913 sur l'enregistrement. L'expertise permettra de fixer définitivement la valeur vénale des terrains litigieux. Cette valeur servira de base d'imposition pour la donation. Par ailleurs, l'AED était finalement d'accord pour reprendre à titre exceptionnel cette même valeur dans le cadre de la déclaration de succession.

En ce qui concerne le problème plus général du délai de six semaines prévu à l'article 13 de la loi du 27 décembre 1817 pour rectifier une déclaration de succession, le ministre renvoie aux discussions qui ont eues lieu au sein d'une commission de la Chambre des députés suite à des recommandations allant dans

le même sens formulées par le médiateur précèdent.

Ainsi la Chambre des députés a discuté à deux reprises de la nécessité, voire de l'opportunité de modifier les dispositions légales précitées. L'AED a préconisé le maintien des dispositions en vigueur et la Chambre des députés s'est ralliée à la position de celle-ci. L'AED a seulement émis l'instruction de service du 29 décembre 2011 mentionnée plus haut qui permet de modifier la déclaration de succession après l'écoulement du délai de six semaines dans le cas où les immeubles figurant à l'actif de la déclaration de succession sont vendus à un prix inférieur à la valeur figurant dans la déclaration, à condition que cette modification intervienne dans le délai de prescription de deux ans.

La médiatrice regrette que cette solution ne tienne pas compte de situations comme celle décrite ci-dessus où la déclaration de succession contient une erreur non remarquée jusqu'à la réception de l'avis de paiement et que les héritiers ne disposent pas d'un vrai recours après la réception de l'avis de paiement.

Administration des contributions directes (ACD)

Remise gracieuse

La médiatrice est régulièrement saisie par des réclamants qui sollicitent son appui en vue d'une remise gracieuse des impôts sur le revenu pour rigueur subjective. Une telle remise n'est justifiée que si le paiement de l'impôt priverait le contribuable de moyens de subsistance indispensables.

Dans un dossier, le directeur des contributions directes a été d'accord à remettre à une société à responsabilité limitée une dette d'impôt provenant d'une taxation d'office. Des circonstances vraiment particulières ont permis de justifier cette remise gracieuse.

Dans une entreprise de peinture, une assistante administrative a eu, entre autres, pour fonction de transmettre à la fiduciaire de l'entreprise au moyen d'un logiciel toutes les données en vue de l'établissement des comptes sociaux et des déclarations d'impôt. Or, cette personne n'a pas été en mesure de maîtriser le logiciel mis à sa disposition et de remplir cette fonction. Des

problèmes personnels de nature psychologique l'auraient empêchée d'avouer cet échec à son employeur. Du fait de son bon travail antérieur, elle avait réussi à gagner la pleine confiance de son employeur de sorte que celui-ci n'exerçait plus aucun contrôle sur cette partie des fonctions de sa secrétaire. Ne recevant plus les pièces et les documents nécessaires pour établir les comptes sociaux et les déclarations fiscales, la fiduciaire déposa son mandat. Etant donné qu'il revenait à l'assistante administrative d'ouvrir le courrier journalier, il lui était facile d'escamoter le courrier en provenance de la fiduciaire et de toutes les administrations. Elle détruisait une grande partie de ce courrier ou bien le cachait chez elle. Ne voyant plus d'issue à sa situation, elle tenta de se suicider. Avant de commettre l'irréparable, elle a adressé une lettre à son employeur dans lequel elle fit l'aveu de tous les travaux inexécutés.

Sur les instances du chef d'entreprise, la fiduciaire reprit son mandat et parvint à établir les comptes sociaux et les déclarations d'impôt. Grâce aux efforts et sacrifices consentis par tous les salariés de l'entreprise, les arriérés de cotisations sociales, d'impôt sur salaires et de TVA ont pu être payés.

La société n'était cependant pas en mesure de s'acquitter de l'intégralité de la dette fiscale résultant des différentes taxations d'office émises par l'Administration des contributions directes. Elle demanda une remise gracieuse partielle des montants dus jusqu'à concurrence des impôts réellement dus sur la base des déclarations d'impôt déposées par la fiduciaire, demande à laquelle le directeur des contributions accéda, vu les circonstances particulières du dossier.

L'imposition des plus-values est une matière très mal connue des contribuables. La médiatrice est régulièrement saisie de personnes qui réinvestissent immédiatement dans une nouvelle habitation la totalité du prix de vente d'un immeuble sans tenir compte de l'impôt sur le bénéfice de cession. Ne disposant plus de liquidités, elles ont ensuite de graves problèmes pour apurer leur dette d'impôt.

Ainsi une personne a vendu une maison d'habitation située au Luxembourg pour s'établir en France où elle a acquis un petit hôtel financé grâce au prix de vente et moyennant un prêt bancaire. Les revenus tirés de l'exploitation hôtelière suffisent à peine pour rembourser le prêt et ne lui permettent pas de

s'acquitter de sa dette d'impôt. La situation financière de la réclamante est si serrée que même un échelonnement de la dette d'impôt est difficile à mettre en œuvre.

Les conditions d'une remise gracieuse ne sont cependant pas remplies. La contribuable aurait pu s'acquitter de sa dette d'impôt au moyen du prix de vente. Elle dispose d'une fortune immobilière. L'ignorance des dispositions fiscales ne peut être avancée pour obtenir une remise gracieuse.

En l'espèce, la vente de l'hôtel risque même d'aggraver la situation du contribuable qui perdrait aussi son travail. En cas de vente à perte, la plus grande partie du prix de vente servirait au remboursement du crédit bancaire et ne permettrait pas d'apurer entièrement la dette fiscale. La seule solution serait l'octroi d'un échelonnement à long terme de la dette.

Le dossier est toujours en cours.

Un réclamant qui a reçu simultanément les bulletins d'impôt afférents à plusieurs années d'imposition, s'est vu accorder par le bureau d'imposition un échelonnement de la dette résultant des soldes redevables. Cet échelonnement n'a cependant pas tenu compte des avances majorées pour l'année en cours. Ce dossier a pu être réglé à la satisfaction du contribuable moyennant un report de la date d'échéance desdites avances qui n'ont donc pas généré d'intérêts de retard à charge du contribuable.

Une réclamante, ayant travaillé pendant trois ans en tant qu'indépendante et qui après avoir travaillé comme salariée durant une courte période s'est retrouvée au chômage. Elle a reçu simultanément les bulletins d'impôt afférents à plusieurs années. La Direction des contributions a expliqué à la médiatrice que la réclamante a elle-même remis les déclarations d'impôt avec sept mois de retards et qu'elle ne peut donc pas s'attendre à un traitement prioritaire. Les lenteurs du bureau d'imposition étaient dues à deux congés de maladie prolongés.

Il est indéniable que la réclamante chargée d'arriérés d'impôt considérables se trouve dans une situation difficile qui s'est encore aggravée du fait de son chômage et des recalculs de cotisations sociales du Centre commun de la sécurité sociale.

Le directeur des Contributions a pris en considération les difficultés de la réclamante en lui accordant un échelonnement très favorable de sa dette au moyen de versements mensuels, qui ne prendra cours qu'à partir de l'apurement intégral de sa dette auprès du Centre commun. En outre, le directeur a annoncé qu'une remise gracieuse des intérêts pourrait être accordée après règlement intégral du principal de la dette.

L'imposition des partenaires

L'imposition collective des contribuables liés par un partenariat a donné lieu à plusieurs réclamations.

La médiatrice a été saisie par des fonctionnaires des missions diplomatiques à l'étranger, qui se sont vu refuser l'imposition collective avec leur partenaire et qui ont été dès lors rangés dans la classe d'impôt 1.

La situation des diplomates en service à l'étranger est spéciale en ce sens qu'en vertu de la Convention de Vienne du 18 avril 1961, le diplomate est réputé avoir maintenu son domicile fiscal au Luxembourg.

Pour ce qui est du partenaire du diplomate, qui poursuit également une activité professionnelle dans le même pays étranger, l'administration fiscale l'a considéré comme résident fiscal de ce pays de sorte que la condition relative au domicile commun ou à la résidence commune posée par l'article 3bis L.I.R n'était plus remplie, quand bien même les deux partenaires habitaient en fait à la même adresse.

Le réclamant invoquait l'article 37 de la Convention de Vienne du 18 avril 1961 aux termes duquel « *les membres de la famille de l'agent diplomatique qui font partie de son ménage bénéficient des privilèges et immunités mentionnés dans les articles 29 à 36, pourvu qu'ils ne soient pas ressortissants de l'État accréditaire* ». Une disposition similaire est reprise au § 14 alinéa 2 de la loi d'adaptation fiscale : « ... *das gleiche gilt für die Ehefrau eines Auslandsbeamten* ». Le réclamant en tire argument pour affirmer que le partenariat serait à assimiler au mariage et que le privilège diplomatique devrait s'étendre également au partenaire, de sorte que ce dernier pouvait également être considéré comme résident fiscal au Luxembourg.

Etant donné que dans les deux dossiers les partenaires des diplomates travaillaient dans

l'Etat accréditaire, le problème qui se posait d'abord était de vérifier la compatibilité des dispositions relatives aux privilèges et immunités diplomatiques conférés aux membres de la famille du diplomate avec l'exercice d'une profession par ces derniers.

La Convention de Vienne du 24 avril 1963 stipule en son article 57 que « *les privilèges et immunités [...] ne sont pas accordés aux membres de la famille d'un membre du poste consulaire qui exercent eux-mêmes dans l'Etat de résidence une occupation privée de caractère lucratif* ». La convention du 18 avril 1961 n'évoque pas cette question directement mais prévoit que « *l'agent diplomatique n'exercera pas dans l'Etat accréditaire une activité professionnelle ou commerciale en vue d'un gain personnel* » (article 42).

Selon la doctrine, la convention de Vienne du 18 avril 1961 applicable aux diplomates en question ne fait pas obstacle à l'exercice d'une profession par les personnes liées au personnel diplomatique. Il est considéré cependant que le régime privilégié n'est plus justifié dès lors que ces personnes poursuivent une activité professionnelle dans l'Etat accréditaire. Celles-ci sont donc imposées dans l'Etat accréditaire en tant que résidentes fiscales, imposition qui est d'ailleurs conforme aux prescriptions de la convention contre la double imposition conclue par le Luxembourg avec les Etats étrangers en question.

La médiatrice a conclu que la condition d'un domicile fiscal commun n'était donc pas remplie et que l'imposition collective a été refusée à juste titre.

Traitement fiscal du revenu pour personnes gravement handicapées

Un couple soumis à l'imposition collective a introduit une réclamation relative au traitement fiscal du revenu pour personnes gravement handicapées (RPGH). La question s'est posée en raison du fait que le RPGH cumulé avec le revenu du conjoint a dépassé le seuil d'imposition des revenus.

Aux termes de l'article 29 (2) de la loi du 12 septembre 2003 relative aux personnes handicapées, le Fonds national de solidarité est en droit de récupérer les sommes versées à ce titre sur la succession du bénéficiaire, cette restitution devant s'opérer conformément aux prescriptions relatives au revenu minimum garanti.

Etant donné que le RPGH est récupérable sur la succession du bénéficiaire, possibilité qui devient certitude au cas où le conjoint bénéficiaire est propriétaire de son habitation, il se pose la question de savoir si le RPGH remplit toutes les conditions pour être qualifié de recette imposable.

En effet, selon la doctrine qui s'est prononcée sur la notion de recette fiscale, « *il faut qu'il en résulte un enrichissement effectif pour le contribuable. Un emprunt ne revêt jamais le caractère de recette, tout comme une caution ne saurait y être assimilée* » (Norbert Fehlen, « La détermination du revenu soumis à l'impôt », pages 19 et 25).

Dans tous les cas où l'obligation au remboursement est certaine, le RPGH n'est qu'une aide sociale récupérable et non pas un enrichissement définitif. Du fait de l'obligation au remboursement, les allocations ne s'apparentent-elles pas à des avances à long terme ?

Le directeur des Contributions directes a pris position en ce sens qu'une recette fiscale implique toujours une augmentation de fortune, mais sans qu'il ne soit nécessaire que celle-ci soit définitive. Ainsi le RPGH reste imposable dans la catégorie des revenus résultant de pensions ou de rentes, indépendamment d'un éventuel remboursement intégral ou partiel des montants alloués au cours d'une année d'imposition postérieure. Le directeur s'est référé à la doctrine allemande (Hermann, Heuer, Raupach), qui dans son commentaire du paragraphe 11 EStG, se réfère à la notion de « *Zufluss* » qui présuppose une augmentation de la fortune, mais n'exige pas que celle-ci soit durable: « *es kommt nicht darauf an, dass die eingetretene Vermögensmehrung von Dauer ist. Das "Behaltendürfen" ist nicht Merkmal des Zuflusses* », le critère étant le droit de disposition (« *Verfügungsberechtigung* »). Cette conclusion reste valable, même si l'obligation au remboursement est déjà certaine au moment de la mise à disposition de la recette.

Le directeur a précisé que le remboursement effectué par l'héritier constitue une recette négative dans la catégorie des revenus résultant de pensions et de rentes dont il sera tenu compte dans le total des revenus nets de l'héritier, solution qui est donc tout à fait acceptable.

Classe d'impôt en cas de divorce étranger

La classe d'impôt des personnes en cours de divorce donne lieu à des problèmes au cas où la procédure a été poursuivie devant des juridictions étrangères, l'interprétation des pièces d'une procédure étrangère n'étant pas toujours aisée.

Aux termes de l'article 119. 3 c) L.I.R. les personnes divorcées, séparées de corps ou séparées de fait en vertu d'une dispense de la loi ou de l'autorité judiciaire au cours des trois années précédant l'année d'imposition, sont rangées dans la classe d'impôt 2.

Dans un dossier soumis à la médiatrice le bénéfice de la classe d'impôt 2 a été refusé à un contribuable pour les années 2010 et 2011 au motif que *«les dispositions transitoires pour pouvoir bénéficier de la classe d'impôt 2 ne commencent à courir qu'après le divorce»*, divorce qui été prononcé par un jugement français en 2012.

Or, les mesures provisoires relatives aux époux et aux enfants ont été déterminées par une ordonnance de non-conciliation datant de 2009 du Tribunal de Grande Instance de Thionville. Bien qu'en France, ces ordonnances ne contiennent pas d'autorisation expresse de vie séparée, celle-ci en résulte implicitement. En effet, l'ordonnance a pris acte des adresses différentes des deux époux, et a fait défense à chacun d'eux de troubler l'autre à sa résidence. En outre, le tribunal a attribué à l'ex-conjointe la jouissance à titre gratuit du domicile conjugal. Quant aux enfants, la résidence a été fixée alternativement une semaine chez la mère et une semaine chez le père.

Il faut en conclure qu'à partir de la date de l'ordonnance, les époux ont bénéficié d'une autorisation de vie séparée et que par voie de conséquence, à partir de l'année 2010, les époux sont en droit de bénéficier de la classe d'impôt 2 pour les années 2010 et 2011.

Suite aux démarches de la médiatrice, le bureau d'imposition a été d'accord pour redresser l'imposition.

Le même problème s'est posé pour un contribuable devenu résident au Luxembourg en 2010 et dont le divorce a été prononcé en Allemagne en 2011. Le bureau RTS a rangé le

réclamant dans la classe d'impôt 1 pour l'année 2011.

Le divorce du réclamant a été prononcé en application du §1566 (1) BGB qui prévoit une présomption irréfutable d'échec du mariage en cas de séparation des époux pendant une année.

Il résulte de l'assignation en divorce lancée en 2010 que l'un des époux a quitté le domicile conjugal le 1^{er} août 2009 et que par conséquent, les conditions d'application du §1566 (1) BGB se trouvaient réunies à partir du mois d'août 2010, date à partir de laquelle le mariage est à considérer comme ayant définitivement échoué de sorte que les époux n'étaient plus tenus au respect de leur devoir légal de cohabitation. Le réclamant a donc rempli les conditions d'application de l'article 119, n° (c) L.I.R. pour l'année 2011.

Suite aux démarches du médiateur, l'administration a fait bénéficier le réclamant de la classe d'impôt 2.

Imposition des plus-values

L'imposition des plus-values générées par la vente d'un immeuble fait régulièrement l'objet de réclamations.

Dans plusieurs dossiers, le problème qui s'est posé est celui d'évaluer le prix d'achat respectivement le prix de revient de l'immeuble vendu que les contribuables ne sont plus à même d'établir au moyen des factures des travaux de construction.

Dans un dossier, il s'agissait d'évaluer le prix de revient d'une ancienne maison unifamiliale construite avant l'an 1900 et ayant fait l'objet de travaux de réfection et de transformation considérables dans les années cinquante dont les réclamants ne pouvaient plus fournir les factures.

Le bureau d'imposition a alors fixé la plus-value sur base de la valeur unitaire multipliée par le coefficient de l'année 1940 (19,74).

Seuls la cave, les murs extérieurs et la charpente du toit de la maison auraient été maintenus alors que tous les murs intérieurs auraient été refaits et tous les planchers de la maison initialement en bois auraient été remplacés par des dalles en béton. La disposition inté-

rière des pièces de la maison aurait été considérablement modifiée. L'escalier à l'intérieur initialement en bois aurait été refait en béton. Le toit aurait été recouvert de nouvelles ardoises.

Entretemps, la maison d'habitation a été démolie par le nouvel acquéreur. Les réclamants n'ont pu présenter que des photos de l'extérieur de l'ancienne maison et de la maison transformée.

Dans ce dossier, le directeur des contributions a été d'accord pour refixer la plus-value sur base d'une évaluation du prix des travaux de transformation réévalué par le coefficient de l'année de réalisation des travaux.

Dans un autre dossier, le bureau d'imposition a déterminé la plus-value imposable d'une maison d'habitation construite par les parents du réclamant uniquement sur la base du prix d'achat du terrain à bâtir acquis au cours de l'année 1974 sans tenir compte du prix de revient de la maison d'habitation. Après des démarches effectuées par le réclamant, le bureau d'imposition a été d'accord pour prendre en compte le montant d'un prêt bancaire conclu pour financer la construction. Les réclamants n'étaient toujours pas d'accord, car ils se souvenaient que leurs parents avaient également réinvesti le prix de vente de leur ancienne habitation.

La médiatrice a entrepris des démarches auprès du directeur en insistant qu'il incombe au bureau d'imposition d'estimer le prix d'acquisition d'un immeuble *« en tenant compte de tous les éléments et moyens disponibles en évitant d'évaluer à un montant inférieur à celui résultant de l'application de la règle exposée en rapport avec les acquisitions faites avant le 1.01.1941... »* (Jean Lauterbour, *Régime d'imposition des plus-values*, n° 6.3.2.). La médiatrice a pu se référer à un acte notarié de liquidation de la communauté de biens conclu quatre ans après la construction de l'immeuble, acte dans lequel les parents de la réclamante ont évalué l'immeuble à 2.300.000,00 LUF.

Bien que le prix indiqué dans cet acte notarié ne puisse être qualifié de prix d'acquisition, il n'en reste pas moins qu'il s'agit-là d'un élément qui doit entrer en ligne de compte pour évaluer le prix de revient de l'immeuble construit seulement 4 années auparavant. Le directeur des contributions a été d'accord à procéder à une estimation du prix de construction sur la base du prix indiqué dans l'acte notarié.

Un des problèmes récurrents dans les dossiers fiscaux est la distinction entre travaux d'investissement et travaux de réparation et d'entretien.

Ainsi la médiatrice a été saisie de plusieurs dossiers où la question s'est posée de savoir si le coût des travaux réalisés par les acquéreurs d'un immeuble d'habitation était déductible au titre de frais de réparation.

Dans ces dossiers les réclamants pouvaient tirer argument du fait qu'il n'y a pas eu d'augmentation de la substance de l'immeuble. Il s'agissait exclusivement de travaux de remplacement, aucun nouvel élément remplissant de nouvelles fonctions n'y ayant été ajouté. Il n'était pas possible d'identifier des travaux ayant conduit à une augmentation claire des *« possibilités d'utilisation par rapport à celles existantes à la date d'acquisition »*.

Les bureaux d'imposition se sont pourtant référés à la notion d'amélioration considérable de l'état antérieur du bâtiment pour refuser la déduction des frais. Ils ont jugé que l'ensemble des nouveaux éléments a été si important qu'il aboutit globalement à une amélioration significative de l'habitation, même si les différents travaux considérés séparément ne constituent que des travaux de réparation et d'entretien. Cette appréciation reste conforme aux critères explicités dans la circulaire du directeur des Contributions n° 105/8 et 98/1 du 16 mars 2005.

Frais de perfectionnement professionnel

La médiatrice a été saisie par un contribuable auquel le bureau d'imposition compétent a refusé de déduire des frais engagés pour l'obtention d'un Master en administration des entreprises en tant que frais de perfectionnement. Le bureau d'imposition a considéré ces frais comme frais de formation et n'a accepté de déduire que le forfait de 540 euros au lieu du coût réel indiqué par le contribuable.

A noter que les frais de formation, c'est-à-dire les dépenses faites en vue de la préparation à l'exercice d'une profession ou pour le changement de profession, ne sont pas déductibles alors que les frais de perfectionnement, c'est-à-dire les dépenses faites par le contribuable pour perfectionner ses connaissances dans la branche professionnelle dont relève son activité, sont déductibles en tant que frais d'obtention.

L'intéressé avait réclamé auprès du bureau

d'imposition en expliquant qu'il est cadre supérieur et occupe le poste de directeur adjoint des ressources humaines auprès de son employeur. L'accomplissement du « Master of Business Administration » lui permettait de compléter et de diversifier ses connaissances préexistantes afin de mieux pouvoir s'acquitter de ses tâches professionnelles quotidiennes. Par ailleurs cette formation augmenterait également ses chances d'avancement.

Etant donné que le bureau d'imposition a maintenu sa position, le contribuable a introduit une réclamation devant le directeur de l'Administration des contributions directes. N'ayant pas obtenu de décision directoriale après plus de six mois et voulant éviter un recours devant le tribunal administratif, le contribuable a saisi la médiatrice.

La médiatrice s'est adressée au directeur de l'Administration des contributions directes en lui demandant de faire droit à la réclamation du contribuable, étant donné que les frais engagés étaient, à son avis, bel et bien à considérer comme des frais de perfectionnement professionnel. Dans un jugement du 1^{er} décembre 1999, le tribunal administratif a en effet validé cette position dans une affaire similaire. La personne concernée disposait du même diplôme de base et était directeur adjoint des ressources humaines. Le Tribunal administratif a jugé que « *cette notion de perfectionnement professionnel ne doit pas être interprétée avec une rigueur excessive, les efforts des salariés en vue de l'amélioration de leurs connaissances et performances professionnelles correspondant à l'intérêt bien compris de l'économie nationale et partant de la société en général (cf. Herrmann, Heuer, Raupach, EStG-Kommentar, §9, Anm. 270 et références de jurisprudence y citées)* ».

Suite à l'intervention de la médiatrice, le directeur de l'Administration a accepté d'accorder la déduction des frais engagés en tant que frais de perfectionnement.

1.3.3. Affaires générales relevant de l'Etat

Ministère d'Etat

La médiatrice a été saisie d'une réclamation de la part d'une personne qui s'est vu refuser une distinction honorifique telle que prévue par l'arrêté grand-ducal du 23 janvier 1961.

La pratique veut que ce soit l'employeur qui fasse la demande d'attribution d'un titre honorifique auprès du ministre compétent. Ce dernier vérifie si les conditions sont remplies et si tel est le cas, il transmet sa proposition au Premier Ministre en précisant l'ordre et le grade à décerner.

En l'espèce, une première demande avait été faite par l'employeur auprès du ministre ayant le département des transports dans ses attributions.

Or, cette demande a été rejetée, pour avoir été introduite tardivement. Une circulaire prévoit en effet que les demandes en attribution d'une distinction honorifique doivent être déposées avant une date limite.

Selon le réclamant, un fonctionnaire du ministère auprès duquel la demande a été envoyée lui aurait toutefois conseillé de reformuler une nouvelle demande l'année suivante. Or, peu de temps après le rejet de la première demande, l'intéressé a fait valoir son droit à la retraite. La circulaire en question prévoit cependant que les nominations ne peuvent être faites que pour des personnes en activité de service ou au plus tard dans l'année qui suit leur mise à la retraite. La seconde demande faite au nom du réclamant a donc également été rejetée, alors qu'à la date d'introduction de la demande, l'intéressé n'était plus en service depuis plus d'un an.

La médiatrice n'a malheureusement pas pu réserver de suite favorable à cette réclamation. En effet, le médiateur, tel qu'il a été institué par la loi du 22 août 2003, ne peut intervenir que si les lois, règlements ou conventions en vigueur n'ont pas été respectés.

Ministère de l'Intérieur

La médiatrice a été saisie d'un dossier par un avocat, au nom et pour compte de deux sociétés au sujet d'une décision du ministère de l'Intérieur refusant l'octroi de subsides pour des travaux relatifs à l'évacuation des eaux de pluies, décision que les réclamantes contestent et contre laquelle elles ont introduit un recours en annulation devant le Tribunal administratif.

La décision du ministre indique que *«dans la mesure où la commande des travaux a été passée préalablement à l'introduction de la demande tendant à l'intervention du Fonds pour la Gestion de l'Eau, le comité de Gestion du Fonds pour la Gestion de l'eau a, en sa réunion du [...], avisé défavorablement la demande de prise en charge, avis auquel je me rallie.»*

La médiatrice a soulevé le fait que, d'après les éléments du dossier, la commande des travaux n'a pas été passée avant l'introduction de la demande tendant à l'intervention du Fonds pour la Gestion de l'Eau, mais environ un mois après ladite demande de subsides.

La loi dispose dans l'article 66 (1) et (2) que :

1. *La prise en charge des coûts résultant des projets visés à l'article 65, paragraphe (1), points d) et i) à l) n'est applicable que dans les limites des ressources disponibles du fonds.*
2. *L'engagement des dépenses est subordonné à l'approbation préalable des projets par le ministre, l'avis du comité du Fonds pour la gestion de l'eau demandé. [...]*

L'article de la loi peut légitimement porter à confusion.

Dans un arrêt de la Cour d'appel du 12 janvier 2010 les juges retiennent que *«l'octroi d'une participation financière de l'Etat est subordonné à l'autorisation préalable du projet avant la réalisation des travaux.»*

En l'espèce la commande des travaux et le commencement des travaux ont eu lieu après la décision du ministre d'autoriser l'assainissement sur base de l'article 23 de la loi, après l'introduction de la demande d'octroi des subsides, mais avant que le ministre ne se prononce sur l'octroi des subsides.

Il n'est manifestement pas souhaitable qu'un projet soit retardé en attendant que le ministère se prononce au sujet de l'octroi du subside. Or, il n'existe dans la loi aucun délai endéans lequel le ministre doit prendre sa décision.

Il est par ailleurs particulièrement inopportun que la décision de refus se base sur le seul fait que les travaux ont débuté ou que la commande des travaux a été passée avant que le ministre ne donne sa décision au sujet de l'octroi des subsides.

La demande d'intervention du Fonds a, en l'espèce, été faite un mois avant la commande des travaux et presque deux mois avant le début des travaux. Dans un tel cas, le refus systématique semble difficilement justifiable. En effet, les conditions imposées pour pouvoir bénéficier d'un subside ont pour conséquence que l'ensemble de la continuation du projet dépend de la rapidité endéans laquelle le dossier sera traité par le ministère. En tenant compte du fait que des travaux d'assainissement ne sont pas entrepris pour obtenir des subventions mais parce qu'ils sont nécessaires voire indispensables, il est inacceptable qu'il n'existe pas de délai pour la décision du Ministre.

La médiatrice a demandé au ministre de l'informer si certaines demandes adressées ont été approuvées après que les travaux ont commencé ou après que les travaux ont été commandés et quel est le délai de traitement d'une demande d'octroi de subsides. Par ailleurs elle a demandé au ministre de lui indiquer le pourcentage d'octroi de subsides ainsi que celui de refus d'octroi basé sur le seul fait que les travaux ont débuté ou que la commande des travaux a été passée avant que le ministre n'ait donné sa décision au sujet de l'octroi des subsides comme c'est le cas en l'espèce.

Le ministre a informé la médiatrice qu'il répondra à ces questions une fois que les juges auront tranché le litige.

Avec l'accord des réclamants, la médiatrice a transmis le dossier à la Cellule de facilitation en matière d'urbanisme et d'environnement.

Ministère de l'Enseignement supérieur et de la Recherche

CEDIES

La médiatrice est régulièrement saisie de réclamations concernant le Centre de Documentation et d'Information sur l'Enseignement Supérieur (CEDIES).

Le CEDIES est un département du ministère de l'Enseignement Supérieur et de la Recherche qui a pour mission de fournir des informations sur les études supérieures au Luxembourg et à l'étranger et qui gère les aides financières de l'Etat pour études supérieures.

La plupart des dossiers dont est saisie la médiatrice concernent l'attribution des aides financières. Une réclamation visait plus particulièrement la durée pour laquelle les aides financières sont accordées.

Une étudiante a saisi la médiatrice alors que le CEDIES lui avait fait parvenir un avertissement pour l'informer que l'aide financière pour études supérieures lui était attribuée pour la toute dernière fois au cas où elle ne réussirait pas l'année académique en cours.

Pendant l'année universitaire précédente, la réclamante avait subi un grave traumatisme psychologique l'empêchant de suivre les cours de façon régulière ce qui avait mené à un échec aux examens.

Lorsqu'elle a saisi la médiatrice, l'étudiante avait repris ses études, mais elle continuait à éprouver des problèmes d'ordre psychologique et était encore suivie médicalement, de sorte qu'elle craignait ne pas être en mesure de réussir ses examens.

Le CEDIES lui a fait parvenir un avertissement l'informant, conformément à la loi modifiée du 22 juin 2000 concernant l'aide financière de l'Etat, « *qu'en cas de résultats jugés gravement insuffisants, l'octroi de l'aide financière est refusé par le ministre.* ». Il importe en effet au CEDIES « *de veiller à ce que les étudiants bénéficiaires de bourses ou de prêts ne soient pas victimes de surendettement alors que leurs études se soldent malheureusement par des échecs.* ».

La loi précitée prévoit à l'article 5 paragraphe 1 que « *l'étudiant peut bénéficier de bourses et de prêts pour un nombre d'années*

d'études dépassant d'une unité la durée officiellement prévue pour l'accomplissement du cycle d'études dans lequel il est inscrit ».

Il en résulte qu'un étudiant peut ne pas réussir une année tout en continuant à pouvoir bénéficier d'une aide financière pour études supérieures pendant son cursus universitaire.

Dans son intervention auprès du ministre de l'Enseignement supérieur et de la Recherche, la médiatrice a salué l'approche proactive du CEDIES qui avertit les étudiants que l'attribution de l'aide financière est liée à un certain nombre de conditions.

Elle a toutefois fait remarquer que la loi modifiée de 2000 prévoit la possibilité que : « *dans des cas exceptionnels et sur demande écrite de l'étudiant, une prolongation de la durée des bourses et des prêts peut être accordée notamment lorsque l'étudiant se trouve dans une situation grave et exceptionnelle* ».

La médiatrice a demandé si le cas d'espèce peut être qualifié de « *situation grave et exceptionnelle* » justifiant le cas échéant une prolongation de l'aide financière.

Dans sa réponse, le ministre de l'Enseignement supérieur et de la Recherche a estimé que la réclamante pourra demander par écrit une prolongation de l'aide financière sur base de l'article 5 paragraphe 3 précité, mais que la situation ne pourra être appréciée qu'au moment de la nouvelle demande.

Pendant la période d'activité 2012-2013, la médiatrice a été saisie d'un grand nombre de réclamations de la part de résidents frontaliers, qui, sur base de la loi du 26 juillet 2010 (qui a modifié la loi du 22 juin 2000), se sont vu refuser les aides financières pour études supérieures au motif qu'ils ne résidaient pas sur le territoire luxembourgeois. Dans la mesure où la médiatrice ne peut intervenir auprès d'une administration ou d'un établissement public que si les lois et règlements en vigueur n'ont pas été respectés et que tel n'était pas le cas, la médiatrice n'a pas pu intervenir.

De nombreux frontaliers avaient introduit un recours judiciaire devant le Tribunal administratif contre ces décisions de refus, alors qu'ils considéraient que la loi luxembourgeoise n'était pas conforme au droit communautaire.

Le Tribunal administratif a saisi la Cour de Justice de l'Union Européenne (CJUE) d'une

question préjudicielle pour lui demander de vérifier si la loi du 26 juillet 2010, en imposant une clause de résidence pour l'octroi d'une bourse à l'étude, est contraire ou non au droit communautaire.

Le 20 juin 2013, la CJUE a rendu un arrêt dans lequel elle considère que la législation luxembourgeoise viole le principe communautaire de non-discrimination en raison de la nationalité.

Suite à cette décision de la CJUE et avant même que le Tribunal administratif ne rende un jugement en la matière, la loi a été modifiée. Désormais, elle prévoit que les aides financières pour études supérieures peuvent également être attribuées aux étudiants ne résidant pas au Grand-Duché de Luxembourg, à condition que l'un de leurs parents ait été employé au Luxembourg pendant une durée ininterrompue d'au moins cinq ans au moment de l'introduction de la demande d'aide financière.

Le 14 octobre 2013, le Tribunal administratif a rendu un jugement par lequel il a annulé les décisions de refus d'aides dans quatre affaires de principe qui toutes concernaient des étudiants dont l'un des parents a travaillé en tant que travailleur frontalier depuis plus de cinq ans au Grand-Duché de Luxembourg au moment de l'introduction de la demande.

Dans un deuxième jugement rendu le 02 décembre 2013, le Tribunal administratif a retenu que tous les étudiants ont droit à l'intégralité des aides financières pour les semestres d'études de l'année académique 2010/11 jusqu'à l'année académique 2012/13, sans que la condition selon laquelle l'un des parents doit avoir travaillé au Luxembourg au cours des cinq années précédant l'introduction de la demande ne puisse leur être opposée. En effet, cette condition légale n'était pas encore en vigueur au moment de la prise de décision. Par conséquent, elle ne peut pas être appliquée de manière rétroactive.

La médiateure a été saisie par quelques étudiants, auxquels le CEDIES avait refusé les aides financières pour études supérieures pour ne pas avoir respecté la procédure et les délais prévus par le règlement grand-ducal du 5 octobre 2000.

L'article 2 du règlement grand-ducal dispose que la demande d'aides financières pour une période d'études commençant par le semestre d'hiver doit parvenir au ministre au

plus tard le 31 octobre. Pour le semestre d'été, la demande doit être faite avant le 31 mars de l'année en cours. Dans la pratique, il fallait que les étudiants demandent par écrit au CEDIES de leur envoyer un questionnaire.

Ce formulaire devait ensuite être renvoyé avec les pièces requises avant le délai prévu par l'article 3 du règlement grand-ducal susmentionné, à savoir avant le 30 novembre pour le semestre d'hiver ou avant le 30 avril pour le semestre d'été.

Le CEDIES appliquait ces deux dispositions de manière stricte et refusait les demandes d'aides financières si un étudiant s'était contenté de renvoyer une copie du formulaire qu'il avait gardée. La décision de refus était notamment basée sur l'article 2 du règlement grand-ducal de 2000.

Les réclamations dont a été saisie la médiateure ont permis de relever que de nombreux étudiants n'étaient pas au courant des formalités à respecter pour obtenir les aides en question.

La médiateure est intervenue auprès du ministre compétent, alors qu'elle trouvait injuste que des étudiants remplissant toutes les conditions de fond pour prétendre aux aides financières, se voient néanmoins refuser ces aides pour ne pas avoir respecté une simple formalité administrative. Le ministre n'a cependant pas entendu faire d'exception. Le texte indique que les aides financières «*sont accordées sur la base d'un questionnaire que le ministre lui fait parvenir dès réception de sa demande*». Selon le ministre, cette condition ne se trouve pas remplie si un étudiant se limite à renvoyer une copie du formulaire.

Pour éviter qu'à l'avenir de nombreux étudiants se voient refuser les aides financières pour une raison de forme, la médiateure a suggéré au CEDIES de mettre le formulaire en ligne et d'abolir la condition relative à la date limite de la demande du formulaire pour ne retenir que la date de renvoi du questionnaire dûment rempli.

La médiateure salue le fait que suite à son intervention, les formulaires peuvent désormais être téléchargés sur le site même du CEDIES ainsi que sur le site «*www.guichet.lu*». Il échet toutefois de noter que les deux délais prévus par le règlement grand-ducal de 2000 sont actuellement encore en vigueur. Ce fait n'empêche cependant pas que depuis le semestre d'automne 2013/2014, l'on puisse utiliser le formulaire téléchargé auparavant par

quelqu'un d'autre. La médiatrice apprécie cette façon souple de procéder en attendant la modification du règlement grand-ducal.

D'autres réclamations dont a été saisie la médiatrice concernaient la question de savoir si les études poursuivies ou l'établissement scolaire fréquenté ouvraient droit à des aides financières de l'Etat.

Une réclamante se plaignait que le CEDIES ait arrêté après une année l'attribution d'aides financières pour son fils qui suivait des études supérieures aux Etats-Unis pour obtenir un Bachelor of Fine Arts.

Avant de commencer ces études, la réclamante s'était adressée au CEDIES et avait eu la confirmation orale que la formation envisagée tombait sous le champ d'application de la loi concernant l'aide financière de l'Etat pour études supérieures.

D'ailleurs l'étudiant avait reçu les aides financières pour sa première année d'études.

Par la suite, il a été informé par le CEDIES que les études pour lesquelles il demandait une aide financière de l'Etat ne faisaient pas partie de l'enseignement supérieur tel que défini par l'article 1, point 1 b) de la loi du 26 juillet 2010 modifiant notamment la loi du 22 juin 2000 concernant l'aide financière de l'Etat pour études supérieures.

Cet article prévoit que *« l'étudiant doit être inscrit dans un établissement dispensant un enseignement supérieur et y suivre un cycle d'études dont la réussite procure à l'étudiant un grade, diplôme ou autre titre délivré par une autorité compétente et attestant la réussite à ce programme d'enseignement supérieur. L'établissement d'enseignement supérieur et le cycle d'études doivent être reconnus par l'autorité compétente du pays où se déroulent les études comme relevant de son système d'enseignement supérieur. »*

Suite à un recours gracieux que la réclamante avait introduit auprès de l'administration compétente, le CEDIES a toutefois maintenu sa décision en faisant valoir que *« les aides financières pour études supérieures de l'Etat sont destinées à permettre aux résidents luxembourgeois de poursuivre des études supérieures. A ce titre, elles sont réservées aux seuls étudiants inscrits dans une formation d'enseignement supérieure, formation à l'issue de*

laquelle l'étudiant qui a réussi se voit attribuer un grade d'enseignement supérieur. Tel n'est pas le cas pour la formation proposée » par l'école dans laquelle l'étudiant était inscrit.

Dans son intervention auprès du Ministre compétent, la médiatrice a invoqué le rapport de la Commission de l'Enseignement supérieur, de la Recherche, des Médias et des Communications relatif au projet de loi n°6148 modifiant notamment la loi modifiée du 22 juin 2000 concernant l'aide financière pour études supérieures selon lequel *« en outre, la formulation « relevant de son système d'enseignement supérieur » ne signifie pas que l'établissement doit être formellement reconnu par les autorités, mais que l'établissement et le programme d'études doivent faire partie du système d'enseignement supérieur du pays en question »*.

Ainsi un grade académique conféré par un système universitaire non européen ne peut être exclu de l'attribution des aides financières dès lors qu'il est établi qu'il s'agit d'un grade d'enseignement supérieur.

Dans sa prise de position, la ministre de l'Enseignement supérieur et de la Recherche a admis que des aides financières avaient été payées pendant une année sur base de l'indication que l'étudiant était inscrit dans un cycle d'études menant à un diplôme de Bachelor sans que le remboursement de ces aides n'ait été réclamé.

Or il s'est en effet avéré par la suite que les études se clôturaient par un certificat qui était à considérer comme étant de niveau professionnel. Ainsi aucun grade d'enseignement supérieur ne lui sera délivré de sorte que les conditions pas les conditions légales de la loi modifiée du 22 juin 2000 concernant l'aide financière de l'Etat pour études supérieures ne sont pas remplies.

En ce qui concerne l'établissement scolaire, la ministre a retenu que les informations dont elle disposait ne suffisaient pas pour prouver qu'il s'agit *« d'un établissement dispensant un enseignement supérieur. »*

A la lumière de ces informations, la médiatrice a dû clôturer le dossier puisque le Ministère avait correctement appliqué les textes de loi en vigueur pour refuser l'aide financière.

La médiatrice a également été saisie d'une réclamation similaire par un étudiant qui sou-

haitait réorienter ses études et qui s'est vu refuser les aides financières pour études supérieures au motif que les années préparatoires n'ouvrent pas droit aux aides en question. La décision du CEDIES était notamment motivée par le fait que les conditions posées par l'article 1^{er} 1 b) de la loi modifiée du 22 juin 2000 n'étaient pas remplies.

Cette disposition prévoit notamment que *«pour être éligible dans le cadre de la présente loi, l'étudiant doit être inscrit dans un établissement dispensant un enseignement supérieur et y suivre un cycle d'études dont la réussite procure à l'étudiant un grade, diplôme ou autre titre délivré par une autorité compétente et attestant la réussite à ce programme d'enseignement supérieur»*.

En l'espèce, l'intéressé souhaitait se réorienter vers d'autres études. Après avoir obtenu avec succès un *Bachelor* dans une certaine matière, il a souhaité changer de branche et obtenir un *Master* dans un tout autre domaine. Or, avant de pouvoir s'inscrire dans ce *Master*, le réclamant devait d'abord effectuer une année préparatoire.

Le concept des années préparatoires, également appelées *«passerelles»*, a été introduit en Belgique par décret du 31 mai 2004, pour éviter que des étudiants qui souhaitent se réorienter ne doivent recommencer toutes leurs études.

Ces passerelles constituent donc un processus académique qui permet la poursuite d'études dans un autre cursus ou un autre type d'études que celui que l'on a suivi initialement.

Même si ces années préparatoires sont obligatoires pour pouvoir s'inscrire dans un deuxième cycle d'études différent de celui dans lequel l'étudiant a déjà obtenu un diplôme de premier cycle (*Bachelor*), le CEDIES considère que cette année d'études ne fait pas partie d'un cycle d'études dont la réussite procure un diplôme. Pour le CEDIES, les conditions posées par l'article 1^{er} 1 b) de la loi modifiée de 2000 ne sont donc pas remplies et l'inscription dans une année préparatoire ne donne pas droit aux aides financières.

Il y a donc lieu de retenir que ces années préparatoires, qui permettent à un étudiant de réorienter ses études dans un autre domaine, n'ouvrent pas droit aux aides financières pour études supérieures, car elles ne se concluent pas par l'obtention d'un diplôme.

Même si la position du CEDIES est justifiée

d'un point de vue juridique, il est toutefois permis de se poser la question de savoir s'il n'est pas opportun de revoir la loi sur les aides financières pour y inclure les années préparatoires. En effet, l'objectif de ces études est d'accroître la mobilité des étudiants et notamment de leur permettre de réorienter leurs études sans devoir recommencer de zéro. Si le législateur devait être d'avis que les années préparatoires ne sont pas assimilables à des études dont la réussite donne droit à un diplôme, il y aurait lieu d'exclure expressément les années préparatoires, ce qui aurait le mérite d'être clair.

Ministère des Classes Moyennes

La médiatrice a été contactée par une personne, d'origine croate, qui a sollicité en 2012 une autorisation d'établissement de la part du ministère des Classes moyennes. Le dossier a été transmis à la Direction de l'immigration pour avis. Le ministère des Classes moyennes relève pour sa part que le demandeur remplit la condition de qualification professionnelle légalement requise à l'article 3 de la loi du 2 septembre 2011 réglementant l'accès aux professions d'artisan, de commerçant, d'industriel ainsi qu'à certaines professions libérales.

Par la suite, la demande aurait fait l'objet d'un refus de la part de la Direction de l'immigration.

Suite à l'adhésion de la Croatie à l'Union européenne, le demandeur a rempli une déclaration d'enregistrement en tant que travailleur indépendant, citoyen de l'Union. Celle-ci n'a toutefois pas pu être acceptée par la commune alors qu'il ne pouvait présenter d'autorisation d'établissement.

Le demandeur s'est présenté au ministère des Classes moyennes, où on lui a conseillé de s'adresser à la Direction de l'immigration.

Saisie du dossier, la médiatrice a demandé au ministère des Classes moyennes d'informer le demandeur sur la nécessité d'entreprendre des démarches supplémentaires en vue de se voir délivrer une autorisation d'établissement, sachant qu'en 2012, ce même ministère avait estimé que le demandeur remplissait la condition de qualification professionnelle légalement requise, et que depuis l'adhésion de la Croatie à l'Union européenne, l'autorisation d'établissement ne pouvait plus être liée à l'octroi d'une autorisation de séjour.

Le ministère des Classes moyennes a délivré l'autorisation d'établissement sans autres formalités, ce qui a permis à l'intéressé de faire procéder à son enregistrement auprès de la commune.

Ministère de la Famille et de l'Intégration

Fonds national de solidarité (FNS)

La plupart des réclamations contre le Fonds national de solidarité (FNS) dont la médiatrice est saisie ont trait au revenu minimum garanti (RMG).

Conditions d'ouverture du droit au RMG

La médiatrice a été saisie par une jeune mère qui a dû arrêter sa scolarité en raison de la naissance de son enfant. Etant donné que le père n'a pas reconnu l'enfant, elle s'occupe seule de l'enfant et n'a pas de ressources à part un soutien financier minimal et occasionnel de sa mère. Elle doit donc payer son logement et subvenir seule à ses besoins et à ceux de son enfant.

Etant sans emploi, la réclamante s'était inscrite à l'ADEM, mais ne remplissait pas les conditions légales pour bénéficier des indemnités de chômage. Sans ressources, elle a donc fait une demande de RMG.

Dans un premier temps, l'allocation complémentaire dans le cadre de la loi sur le RMG lui a été accordée. Or, en l'absence de toute proposition d'emploi de la part des services de l'ADEM, la mère de la réclamante a proposé à sa fille de lui financer une formation professionnelle afin d'augmenter ses chances de trouver un emploi par la suite. Au moment où la réclamante a commencé sa formation, le Fonds a estimé qu'elle ne remplissait plus les conditions générales d'ouverture du droit au RMG du fait qu'elle n'avait pas encore utilisé toutes les possibilités prévues dans la législation luxembourgeoise ou étrangère afin d'améliorer sa situation. Du fait de sa formation professionnelle, elle ne serait par ailleurs pas disponible ni pour le marché du travail, ni pour les activités d'insertion professionnelles prévues par la loi modifiée du 29 avril 1999 portant création d'un droit à un revenu minimum garanti.

Il est vrai que pendant la formation professionnelle, la réclamante n'était pas disponible pour le marché du travail et ne pouvait pas participer aux mesures d'insertion prévues par la loi RMG. Néanmoins, la médiatrice regrette que l'initiative d'acquérir une qualification professionnelle ne soit pas prise en compte, alors que le chômage des jeunes est étroitement lié au manque de qualification des jeunes demandeurs d'emploi.

Par cette formation, la réclamante a en effet essayé d'améliorer sa situation durablement pour ne pas devoir s'en remettre à l'avenir au système social luxembourgeois. C'est cependant pendant sa formation qu'elle aurait eu besoin d'un soutien financier temporaire.

La médiatrice a évoqué auprès du FNS la possibilité d'accorder une dispense (en vertu de l'article 14 de la loi sur le RMG) de participation aux mesures d'insertion énumérées à l'article 10 de la loi sur le RMG. Une telle dispense est prévue notamment au cas où la personne concernée poursuit des études ou une formation professionnelle à temps plein.

Or le FNS s'est contenté de confirmer sa décision de refus et a affirmé vouloir attendre la décision du Conseil arbitral dans ce dossier. Ce n'est que lorsque la médiatrice a insisté pour avoir une réponse à ses questions que le Fonds a donné d'autres arguments pour justifier sa décision de refus. Il a notamment invoqué que l'école dans laquelle la réclamante faisait sa formation professionnelle n'était pas reconnue par le Ministère de l'Education nationale. Le diplôme décerné était toutefois un CAP français, reconnu au Luxembourg.

Bien que la position du FNS, qui a fait une interprétation stricte de la loi, peut être justifiable ou justifiée, la médiatrice regrette d'une part qu'elle ait dû lourdement insister pour obtenir des réponses à ses questions et d'autre part qu'un jeune, qui fait des efforts pour acquérir une qualification et ainsi sortir de sa situation de chômage, n'obtienne pas de soutien financier.

Qui paie ses dettes, s'enrichit : un retour à meilleure fortune ?

Une réclamante avait touché de la part du FNS des avances de pension alimentaire pour son fils conformément à la loi du 26 juillet 1980 concernant l'avance et le recouvrement de la pension alimentaire.

En raison de difficultés financières, elle s'était résolue à vendre son appartement. Le FNS a demandé par la suite au notaire ayant encaissé le prix de vente la restitution du montant des prestations versées au motif qu'en raison de cette vente, la réclamante serait retournée à meilleure fortune.

Selon la réclamante, son état de surendettement ne lui aurait pas laissé d'autre choix que de vendre l'appartement. Elle était effectivement en mesure d'établir qu'après paiement des dettes liées à l'appartement (prêts hypothécaires, remboursement des aides au logement, paiement de la dette au syndic de la copropriété, remboursement d'un second prêt bancaire), il ne lui restait qu'une somme de 22.874,83 euros, insuffisante pour apurer le restant de son endettement.

Dans ce dossier, la question s'est posée de savoir si une personne surendettée et obligée de mettre en vente son appartement peut être considérée comme étant revenue à meilleure fortune.

Bien que la réclamante ait pu, grâce au prix de vente, apurer la plus grande partie de ses dettes, il ne peut s'agir-là d'un enrichissement, mais tout au plus d'une liquidation à laquelle la réclamante a été obligée de procéder. Il n'y a eu aucun enrichissement, ni retour à meilleure fortune.

Suite aux explications de la médiatrice, le FNS a été d'accord de renoncer à sa demande de remboursement.

Retrait de l'allocation complémentaire

Un réclamant s'est vu retirer son allocation complémentaire au motif qu'il vivrait en communauté domestique avec une autre personne et que la somme des deux revenus dépasserait le plafond légal.

Le réclamant a expliqué à la médiatrice qu'il avait bien signé un contrat de colocation avec une autre personne, mais qu'il n'y avait pas communauté domestique entre eux. Ils auraient procédé à une division précise des lieux loués, chacun assumant ses propres frais sans qu'il n'y ait des interférences dans leur vie privée.

Il est un fait que de plus en plus de personnes ont recours à la colocation, pratique qui leur permet de réduire le montant du loyer.

La médiatrice a expliqué au FNS la situation du réclamant en remettant une copie des quittances et virements établissant le paiement séparé par chaque colocataire de tous les frais de logement (loyers, charges, taxes communales, assurances), un plan de l'appartement de l'immeuble avec indication des lieux occupés privativement par chacun, l'accord signé entre les deux colocataires et une attestation de la part d'une tierce personne par l'intermédiaire de laquelle les deux colocataires sont entrés en contact.

Le FNS a accepté ces explications.

Restitution du prix de vente en vue d'une nouvelle acquisition

Une réclamante a bénéficié pour son fils d'avances de pension alimentaire versées par le FNS et dont le montant total a dépassait 30.000 euros.

Son logement étant devenu exigu, elle le mit en vente afin de pouvoir acquérir une habitation plus grande. Elle s'est enquis auprès du FNS sur les modalités du transfert de l'hypothèque sur le nouvel immeuble. Entre-temps le notaire qui a encaissé le prix de vente a dû donner suite à la demande de restitution du FNS. Celui-ci informa cependant la réclamante de son accord pour restituer la somme en vue d'une nouvelle acquisition qui devrait cependant avoir lieu endéans six mois.

La recherche d'un nouvel immeuble s'avéra plus difficile que prévu et surtout la réclamante avait des problèmes pour obtenir un nouveau prêt bancaire de sorte qu'il lui a été difficile de respecter le délai susvisé. Si les 30.000 euros n'étaient plus à sa disposition, elle n'aurait plus aucune chance d'obtenir un crédit bancaire.

La médiatrice expliqua la situation au FNS qui, suite à une entrevue avec la réclamante, a été d'accord pour résoudre ce dossier en faveur de cette dernière.

Demande de restitution de prestations aux héritiers

En 2013, le FNS a fait valoir à l'encontre d'une réclamante une dette de restitution d'un montant de 133.166 euros au titre de prestations accordées à feu sa tante dont la suc-

cession s'était ouverte en 2008. La réclamante, handicapée mentale, était représentée par son tuteur.

Selon la déclaration de succession, déposée en décembre 2008, et les déclarations rectificatives, l'actif net de la succession s'élevait à 20.583,71 euros. De cette succession 25/36^e étaient dévolus à la réclamante. Par la suite, deux autres héritiers, lui firent donation de leurs parts dans la succession. Un troisième lui céda sa part. Les coûts de ces trois actes notariés et les droits de succession dus par la réclamante s'élevaient à la somme de 5.881,42 euros. Afin de couvrir ses frais, la réclamante mit en vente un labour faisant partie de la succession pour un prix d'un montant de 6.375,99 euros.

Etant donné que le FNS n'avait fait inscrire des hypothèques sur les immeubles de la succession que le 23 novembre 2009, le tuteur de la réclamante n'avait pas connaissance de la dette de remboursement et n'avait pas pu la faire valoir dans la déclaration de succession. En effet, aux termes de l'article 15 de la loi du 30 avril 2004, les sommes dont le FNS demande la restitution sont à déduire de l'actif de la succession.

Le notaire obligé de procéder à la purge de l'inscription hypothécaire, vira le montant intégral du prix de vente au FNS.

Vu le montant très élevé de la dette de remboursement, il se posait aussi la question de savoir comment il y aurait lieu de procéder à l'avenir pour les autres immeubles ayant fait partie de la succession dont le prix, en cas de vente, serait également revendiqué par le FNS.

Lors d'une réunion de médiation, le FNS fit une proposition sur base de la valeur de l'actif net de la succession résultant de la déclaration de succession, soit un montant de 20.583,71 euros, en laissant à la réclamante le montant immunisé de 17.129,25 euros. Le FNS était prêt à accorder la mainlevée des hypothèques inscrites sur tous les immeubles de la succession en contrepartie de la différence, soit le montant de 3.454,46 euros, pour solde de tout compte et à restituer le restant du prix de vente de la parcelle vendue à la réclamante.

Solidarité

La médiatrice a été saisie d'un dossier par un ressortissant portugais né au Grand-Duché, parti à l'âge de 9 ans, mais revenu à 17 ans. La personne en question a régulièrement travaillé sur le territoire, mais a connu certains coups du sort, qui ont fait qu'elle s'est retrouvée dans une situation précaire, de sorte qu'à l'époque où elle a contacté la médiatrice elle logeait dans un foyer d'accueil.

L'intéressé a contacté la médiatrice parce qu'il venait d'être informé qu'il devrait quitter le foyer en question, qu'il ne comprenait pas cette décision et souhaitait en connaître les raisons.

A cet effet les services de la médiatrice ont contacté le ministère de la Famille qui a indiqué que le foyer en question était un foyer d'accueil pour personnes qui se trouvent légalement sur le territoire.

Le fait est que l'intéressé s'est fait voler son attestation d'enregistrement. Il détenait une copie de celle-ci, ainsi qu'une déclaration de vol.

La situation à laquelle il devait faire face semblait inextricable :

le ministère de la Famille estime que comme l'intéressé « n'est pas en règle », il ne pourra être inscrit à l'adresse du foyer et devra quitter celui-ci. Or sans adresse, la Direction de l'immigration refuse de procéder au remplacement de cette attestation d'enregistrement, ce qui régulariserait pourtant sa situation sur le territoire.

Selon les informations reçues de l'assistante sociale qui s'occupe de l'intéressé, ce dernier était à la recherche d'un travail et souhaitait retrouver une situation financière lui permettant de se loger.

En attendant que sa situation s'améliore et pour éviter qu'il ne se retrouve dans une situation encore plus précaire, il importait à l'assistante sociale et à la médiatrice de trouver une solution à la situation dans les tous meilleurs délais.

La médiatrice s'est dès lors adressée au ministre du Travail, de l'Emploi et de l'Immigration pour savoir si sa déclaration d'enregistrement pouvait être remplacée, en cas d'accord du ministère de la Famille d'inscrire l'intéressé provisoirement à l'adresse du foyer.

Ceci lui permettrait en outre de faire une de-

mande en vue de l'octroi du revenu minimum garanti qui pourrait, le cas échéant, en cas d'accord, l'aider à surmonter cette période précaire de sa vie.

La médiatrice a finalement rappelé que l'intéressé est né au Grand-Duché, qu'il y a travaillé pendant de très nombreuses années et que s'il rencontre certaines difficultés passagères, il ne devrait toutefois pas être mis au ban de la société du fait de formalités administratives.

La Direction de l'immigration a confirmé qu'à partir du moment où l'intéressé disposerait de nouveau d'une adresse officielle, elle procéderait sans délai au remplacement de son attestation d'enregistrement.

Après plusieurs rappels dans cette affaire, le ministre de la Famille a fait part à la médiatrice que d'après les informations dont il dispose, l'intéressé n'aurait pas et ne souhaiterait pas envisager la possibilité d'améliorer sa situation en ayant recours à des membres de son réseau familial, qui l'auraient pourtant déjà soutenu par le passé.

Dès lors, la division Solidarité du ministère de la Famille et de l'Intégration n'entendait pas donner son accord à ce que l'intéressé établisse son adresse au foyer. Le ministre attire l'attention sur le fait que l'asbl Caritas Accueil et Solidarité dispose toutefois de la possibilité de domicilier l'intéressé à leur adresse, cependant le ministère de la Famille et de l'Intégration se réserve éventuellement le droit de ne pas tenir compte du prix de la journée occasionnée par ce séjour dans un prochain décompte.

Lors d'une entrevue avec des responsables du ministère de la Famille, la médiatrice a été informée que des règles strictes s'appliquent dans le cadre de l'inscription à l'adresse d'un foyer et que dès lors que l'intéressé a de la famille, il est invité à s'inscrire à l'adresse d'un membre de la famille, sauf en cas de raisons graves qui l'en empêcheraient.

La médiatrice s'est donc enquis auprès de l'assistante sociale en charge du dossier du concerné si de tels motifs existent. Elle est dans l'attente d'une réponse.

Chèque-service accueil

Plusieurs fonctionnaires européens se sont adressés à la médiatrice au sujet du système du « chèque-service accueil » institué par le règlement grand-ducal modifié du 13 février 2009.

Aux termes de l'article 9 du règlement précité, « est considéré comme revenu du ménage, le revenu imposable tel qu'il est attesté par le bulletin d'impôt le plus récent ou les trois fiches mensuelles de rémunération les plus récentes accompagnées d'un certificat attestant que le déclarant n'est pas soumis à l'obligation d'effectuer une déclaration d'impôt ou à défaut toute autre pièce documentant le revenu actuel. »

Les réclamants ont revendiqué la prise en compte par le ministère de la Famille du revenu imposable communautaire pour le calcul du chèque-service accueil et de la contribution parentale et non pas du salaire total indiqué sur la fiche de salaire des fonctionnaires européens.

Le ministère a rejeté cette demande au motif que la base imposable communautaire ne peut être assimilée au revenu imposable de droit luxembourgeois et ne peut donc pas être prise en considération pour déterminer la contribution parentale prévue par le règlement concernant les chèques-services.

Comme suite à des démarches de la médiatrice, le ministère de la Famille a bien voulu préciser les motifs à la base de sa décision et qui tiennent aux nombreux éléments qui sont exclus de la base imposable des traitements et salaires des fonctionnaires européens :

- les prestations et allocations de caractère familial ou social : l'allocation de chef de famille ou l'allocation de foyer, l'allocation pour enfant à charge, l'allocation scolaire, l'allocation de naissance, les secours à caractère social ;
- l'abattement supplémentaire, opéré pour chaque enfant à charge, correspondant au double du montant de l'allocation pour enfant à charge ;
- les indemnités payées en cas de maladie professionnelle ou d'accidents ;
- l'abattement pour frais professionnels équivalant à 10% ;
- les autres indemnités déductibles telles que l'indemnité d'expatriation (16%) ou de dépaysement, l'indemnité annuelle de déplacement, l'allocation d'installation ...

Non seulement la structure des traitements des fonctionnaires européens est très différente des salaires et rémunérations versés au Luxembourg, mais surtout il existe des divergences considérables en matière de traitement fiscal des salaires et avantages de toute nature. Le

ministère de la Famille et de l'Intégration a conclu que la base imposable telle que définie par la législation fiscale luxembourgeoise n'a tout simplement pas la même signification que la base imposable communautaire.

La prise en compte du revenu imposable communautaire aurait effectivement pour effet de favoriser les fonctionnaires et employés communautaires par rapport aux autres résidents du Luxembourg.

Le ministère a également rejeté l'idée de déterminer un revenu imposable *ad hoc* assimilable au revenu imposable au sens de la législation fiscale luxembourgeoise par déduction de tous les versements et avantages de toute nature représentatifs de prestations familiales ou pour enfant à charge, ces différents versements et avantages n'étant pas comparables non plus aux allocations familiales luxembourgeoises.

Pour ces motifs, le ministère a pris le parti de prendre en considération le « salaire total » indiqué sur la fiche de salaire des fonctionnaires européens. Il a souligné que cette décision aurait été prise de concert avec les services des institutions européennes à la suite de plusieurs réunions de travail consacrées à ce sujet.

La médiatrice a approuvé cette décision qu'elle a longuement expliquée aux réclamants.

Syndicat des Eaux du Barrage d'Esch-sur-Sûre

Refus de prendre position dans le cadre de l'instruction d'une réclamation

Un réclamant avait accordé au Syndicat des Eaux du Barrage d'Esch-sur-Sûre (SEBES) une servitude de passage à travers ses parcelles en vue de la pose d'une conduite d'eau potable souterraine.

Le SEBES s'était engagé dans l'acte notarié à remettre les terrains en leur pristin état et plus particulièrement à protéger les sources d'eau desdites parcelles au cours des travaux et à en rétablir l'état initial en cas de dégradation.

Les travaux sur les parcelles du réclamant se sont terminés en 2008. En date du 2 octobre 2008, le réclamant s'est vu remettre « un qui-

tus de remise en état après travaux » qu'il accepta sous réserve de la remise en état du puits à eau situé sur une de ses parcelles.

Aux dires du réclamant, depuis la fin des travaux et la pose de la conduite d'eau, le puits ne serait plus alimenté comme auparavant et il serait à sec pendant de longues périodes. Le puits aurait servi pendant des générations à l'abreuvement des bovins au pâturage. Même pendant des périodes sèches, il aurait fourni suffisamment d'eau aux animaux sans fournitures d'appoint. Il aurait constitué une source d'eau fiable durant toute l'année même pendant des longues périodes de temps sec et chaud de sorte qu'il faut exclure une alimentation exclusive par des eaux de surface : le puits a donc nécessairement dû être alimenté par une nappe d'eau souterraine.

Selon le réclamant, les travaux d'excavation et de destruction d'une roche effectués à la lisière de la forêt proche du puits auraient impacté la nappe d'eaux souterraines alimentant le puits à tel point que, n'étant plus contenues par la roche à proximité, celles-ci se seraient écoulées. Actuellement, le puits n'est alimenté que par des eaux de surface provenant des alentours immédiats, ce qui explique qu'il n'a plus atteint son volume d'eau d'avant les travaux et qu'il est à sec durant de longues périodes.

Il y a lieu de signaler qu'avant le début des travaux, le puits n'a fait l'objet d'aucune étude pour établir la nature de son approvisionnement et le volume des eaux. Une telle étude aurait permis de déterminer les mesures à prendre pour prévenir sa dégradation respectivement pour en assurer plus tard la remise en état.

Le réclamant a subi en raison de la dégradation de son puits une importante moins-value. Le coût de construction d'une conduite d'eau permettant l'approvisionnement en eau du pâturage s'élèverait à environ 15.000,00 euros (non compris le prix de l'eau).

Dans sa prise de position, le SEBES a affirmé que le puits appartenant au réclamant n'aurait pas été alimenté par des eaux souterraines et qu'il aurait toujours été exclusivement alimenté par des eaux de surface. Il aurait entrepris toutes les mesures pour rétablir le fonctionnement du puits et a souligné que la réalisation d'un nouveau drainage pour recueillir des eaux de surface aurait même apporté une plus-value pour le propriétaire.

Il semble qu'il ne soit pas aisé de déterminer à l'heure actuelle avec certitude les flux d'eaux qui ont approvisionné le puits, le SEBES n'ayant pas cru utile de procéder à une étude avant la réalisation des travaux. La médiatrice est d'avis que cette négligence ne doit pas se retourner contre le réclamant, et ce d'autant plus que le SEBES s'était formellement engagé dans l'acte notarié de constitution de servitudes à protéger les sources d'eau desdites parcelles.

La médiatrice a constaté avec étonnement que dans un premier rapport du 28 juillet 2011, le bureau d'études du SEBES a pris une position allant dans le sens de l'alimentation du puits par une nappe souterraine. L'expert a conclu dans ce rapport que le puits serait approvisionné par l'eau se trouvant dans la couche de dolomie vacuolaire (Zellendolomit) : *« Vor dem Bau des Rohrgrabens : das Grundwasser füllt den Wasser führenden Zellendolomit bis auf ein höheres Niveau als die Brunnensohle ; der Wasserspiegel ist von dem Zulauf im Zellendolomit abhängig ».*

Le bureau d'études a constaté que par la réalisation de la tranchée, la couche de dolomie vacuolaire (Zellendolomit) a été entièrement transpercée.

Il a consigné dans son premier rapport que l'eau qui jadis s'accumulait dans le puits s'est écoulée par la tranchée construite par le SEBES : *« Durch ein vermutlich weiterhin kontinuierliches Eindringen von Grundwasser aus dem Wasser führenden Zellendolomit in den Rohrgraben kann ein Ausspülen des Sandbettes der Rohrleitung nicht ausgeschlossen werden ».*

Dans un courrier du 20 décembre 2012, le SEBES déclara que le bureau d'études se serait rendu compte plus tard que le sous-sol des terrains présentait une autre constitution géologique que celle « jugée initialement ». Le bureau d'études en aurait déduit que le puits n'était pas alimenté par des eaux souterraines et que la réalisation de la tranchée pour la conduite d'eau n'aurait pas eu d'influence sur l'alimentation du puits.

Dans ce courrier, le SEBES ne donne malheureusement aucune indication au sujet de cette autre constitution géologique.

Il résulte d'un graphique du premier rapport du bureau d'études que la couche de dolomie vacuolaire est encadrée par deux couches de « Steinmergelkeuper » peu perméable à l'eau. Or, cette configuration d'une

couche plus ou moins aquifère située entre deux couches peu perméables à l'eau est typique pour un puits alimenté par des eaux souterraines. Le graphique susvisé de ce premier rapport d'expertise qui décrit la situation du puits avant et après la réalisation de la tranchée indique la même constitution géologique que celle décrite dans un rapport ultérieur du 29 juin 2012 du bureau d'études. La seule différence entre les deux graphiques est que la pente des couches géologiques a été inversée.

La médiatrice a donc demandé au SEBES de clarifier cette question relative à la constitution géologique du sous-sol.

Le SEBES a refusé de réserver une suite à cette demande.

Dans sa prise de position, la médiatrice a relevé plusieurs éléments indiqués dans les rapports du bureau d'études qui appuient la thèse d'une alimentation du puits par une nappe d'eau souterraine et qui contredisent la conclusion que le puits était seulement alimenté par des eaux de surface.

La médiatrice a demandé au SEBES de prendre position par rapport aux différents points évoqués.

Le SEBES a catégoriquement refusé malgré des demandes réitérées de la médiatrice.

L'affaire est toujours en cours.

Ministère de l'Agriculture

Un réclamant a présenté à la médiatrice de graves doléances envers le Service de l'Economie rurale (SER) auquel il a reproché des lenteurs délibérées dans le traitement de son dossier d'aides pour la construction d'une porcherie.

Aux dires du réclamant, les procédures tendant à l'obtention des diverses autorisations administratives (autorisation de commodo incommodo, autorisation de construire) auraient déjà été lancées au cours de l'année 2009. En raison des lenteurs du SER, il n'aurait cependant pas été en mesure d'introduire sa demande d'aides pour la date butoir du 15 novembre 2011. S'il avait pu respecter cette date butoir, il aurait pu bénéficier d'un régime d'aides beaucoup plus favorable. En

effet, toute demande d'aide introduite après cette date est soumise au plafond budgétaire de 500.000,00 euros, résultant du règlement communautaire 1857/2006 du 15 décembre 2006, que le montant des aides ne peut pas dépasser.

Avant que l'intéressé ne puisse valablement présenter une demande d'aides, il doit avoir obtenu une attestation relative à l'analyse économique («*Beratungsbescheinigung*») établie par le SER, document qui doit obligatoirement figurer en annexe de la demande.

Selon le réclamant, l'établissement de cette attestation aurait été constamment retardé par l'administration. Ces retards l'auraient contraint à reporter à son tour l'introduction de sa demande d'aides.

C'est en novembre 2010, qu'une première entrevue a eu lieu avec des représentants du SER à l'issue de laquelle, le réclamant s'attendait à ce que l'attestation soit établie. Or, suite à cette réunion, le SER a élaboré un document intitulé «*Anmerkungen zur Wirtschaftlichkeit des Betriebes*».

Ensuite, à partir du début de l'année 2011, le réclamant aurait continuellement insisté auprès du SER pour avoir une nouvelle entrevue en vue de l'établissement de l'attestation relative à l'analyse économique, rendez-vous qui ne lui a finalement été consenti que pour le 25 mai 2011. Selon le réclamant, rien n'aurait empêché l'administration d'établir l'attestation immédiatement après cette entrevue.

Ce n'est finalement que le 16 février 2012 que l'attestation fut établie par le SER sur la base du devis déjà présenté fin 2010.

Dans sa prise de position, le ministère de l'Agriculture a observé que l'attestation n'aurait pas pu être établie plus tôt faute d'un devis définitif du projet de construction et que le SER n'établit pas d'attestations sur la base de chiffres approximatifs.

Il est difficile à croire que le traitement d'un dossier ait pu prendre des retards de plus d'une année avec des conséquences financières aussi lourdes du simple fait d'un malentendu au sujet d'un document à fournir par le requérant.

Dans le cadre d'une procédure aussi complexe, les différents intervenants de l'administration à savoir le SER, l'ASTA et le Ministère de l'Agriculture, de la Viticulture et du Développement rural sont amenés à assumer un rôle de conseiller de l'exploitant.

Dans ce dossier, la médiatrice estime que l'administration n'a pas assumé ce rôle.

Elle a convenu avec le ministre de l'Agriculture qu'une instruction sera adressée à tous ses services afin que dorénavant, à l'issue de chaque entrevue avec un requérant, ils rédigent un procès-verbal ou une brève notice précisant les documents et autres données à fournir par le requérant, notice qui sera par la suite adressée à celui-ci.

La médiatrice, saluant cette instruction, estime qu'une telle note qui sera communiquée aux requérants permettra d'éviter voire de déceler rapidement des malentendus à l'origine de lenteurs préjudiciables pour ces derniers.

Elle suggère que cette pratique soit généralisée et suivie dans toute l'administration luxembourgeoise.

Prénoms germanisés

La médiatrice a été saisie d'une réclamation par une personne qui réclamait contre le fait d'avoir reçu son nouveau permis de conduire avec son prénom à consonance allemande, alors que tant son ancien permis que ses autres documents portent tous son prénom français.

Ce problème trouve son origine dans le fait que pendant l'occupation allemande, tous les prénoms à consonance française ont été germanisés d'office.

La loi du 18 mars 1982 permet aux personnes nées au Luxembourg de demander à l'officier d'état civil de leur commune de naissance de remplacer le prénom à consonance allemande par leur prénom à consonance française.

Dans sa réponse à une question parlementaire, le ministre Jean ASSELBORN a rappelé en 2010 que «*Par acquit de conscience, les fonctionnaires du Bureau des passeports, visas et légalisations, pour les demandes de passeport qui leur sont soumises directement, ont*

pour instruction de vérifier au guichet, avec les personnes nées avant le 1^{er} janvier 1945, si elles ont un prénom allemanisé et si elles souhaitent le conserver ».

Il importe de savoir que la référence légale des noms et prénoms utilisés dans les documents officiels se trouvent répertoriés au registre national des personnes physiques et que ce sont ces indications qui sont déterminantes.

Suite à un changement de législation de plus en plus d'administrations ont accès au répertoire national. Depuis lors, ce sont les données de celui-ci qui doivent servir à l'établissement de documents officiels, de sorte que le problème rencontré par le réclamant risque de se poser de façon récurrente.

La médiatrice a adressé un courrier à différentes administrations susceptibles d'être concernées (notamment au Bureau des passeports, au Syndicat des Villes et Communes luxembourgeoises (Syvicol) ainsi qu'au service

des permis de conduire) en leur demandant d'informer directement les personnes concernées de la possibilité et de la procédure prévue par la loi de 1982 de changer le prénom tel qu'enregistré dans le registre national, si tel est leur souhait.

Les administrations en question ont été invitées par la médiatrice à fournir aux personnes concernées les informations écrites sur les démarches à suivre pour recouvrer leur prénom usuel, tel qu'inscrit sur leurs passeports et autres documents officiels. Cette suggestion d'une bonne pratique s'inscrit dans la mission générale du médiateur, qui est de contribuer à l'optimisation continue de l'Administration.



1.4. Affaires relevant des communes

1.4.1. Affaires communales générales

La médiatrice a été saisie d'une réclamation de la part d'une personne qui n'acceptait pas le fait que son fils se voit attribuer un nom de famille à consonance féminine. Dans son pays d'origine, il est en effet d'usage de choisir un nom de famille à consonance masculine si l'enfant est un garçon et un nom à consonance féminine si c'est une fille. Or, l'officier d'état civil a refusé d'inscrire dans l'acte de naissance un nom de famille différent de celui qui figure dans l'acte de naissance de sa fille aînée, en se référant à l'article 57 alinéa 8 du code civil. Cet article prévoit que tous les enfants nés de mêmes père et mère doivent porter le même nom de famille.

Or, le fait que son fils doive porter un nom de famille à consonance féminine est extrêmement vexatoire pour le réclamant.

Face au refus de l'officier d'état civil d'inscrire dans l'acte de naissance le nom qu'il avait choisi pour son fils, le réclamant a saisi le procureur d'Etat d'une demande en rectification de l'acte de naissance. Ce dernier lui a cependant demandé de rapporter la preuve que son fils est effectivement inscrit sous le nom qu'il a choisi sur les registres de l'état civil de son pays d'origine. Or, l'article 99 alinéa 2 du code civil donne seulement pouvoir au procureur d'Etat de modifier un acte d'état civil si ce dernier est affecté d'une omission ou d'une erreur purement matérielle. Or tel n'est pas le cas en l'espèce. Le Procureur d'Etat n'a donc pas le pouvoir de changer le nom de famille d'une personne tel qu'il figure sur son acte de naissance. De toute façon, il n'aurait pas été possible pour le réclamant de se rendre avec son fils dans son pays natal, ce dernier n'étant pas en possession d'un passeport lui permettant de voyager.

C'est pourquoi le réclamant a demandé à la médiatrice de l'aider à trouver une solution à l'amiable avec les autorités luxembourgeoises.

Le rôle de la médiatrice est tout d'abord de vérifier si l'administration en cause, en l'occurrence l'officier d'état civil, a correctement appliqué les lois et règlements en vigueur.

Dans la mesure où le réclamant est de nationalité étrangère, il y avait tout d'abord lieu de déterminer sur base des règles de droit international quelle est la loi applicable au litige en cause.

En vertu des règles de droit international privé, le nom de l'enfant est régi par sa loi nationale. Ce n'était donc pas la loi luxembourgeoise qui devait s'appliquer, mais la loi nationale de l'enfant.

La médiatrice en a conclu que c'est à tort que l'officier d'état civil a appliqué les dispositions du code civil luxembourgeois pour refuser le changement de nom demandé.

Le fait que la loi luxembourgeoise ait été appliquée par erreur ne permet cependant pas de modifier l'acte de naissance.

Le réclamant n'avait en effet d'autre choix que de passer par une procédure spéciale et de saisir le tribunal d'une demande en rectification de l'acte de naissance de son fils.

La médiatrice a été saisie de deux dossiers concernant le paiement de taxes pour l'enlèvement des déchets.

Dans l'un des deux dossiers, le propriétaire explique qu'il est propriétaire d'un appartement dans la commune X qui est en vente depuis janvier 2013. Etant donné qu'aucun déchet n'y est produit, que l'appartement est inoccupé et ne fait l'objet d'aucune utilisation, il est d'avis que la commune devrait renoncer à réclamer le paiement de la taxe pour l'enlèvement des déchets.

Le réclamant a reçu une première réponse de la commune à son courrier de réclamation. Il s'est toutefois adressé une deuxième fois à la commune pour faire part de son désaccord, d'une part avec l'interprétation faite par la commune du règlement communal relatif à la gestion des déchets et d'autre part, avec le principe-même du paiement d'une telle taxe dans les circonstances de l'espèce.

La médiatrice a demandé au Bourgmestre de réserver une réponse aux arguments invoqués par le réclamant dans son second courrier. Elle a demandé par ailleurs en quoi il considère que les conditions de l'article du règlement communal relatif à l'obligation de raccordement sont remplies, alors que celui-ci prévoit que cette obligation n'existe que si le terrain est « utilisé », ce qui est manifestement discutable en l'espèce puisqu'il est en vente.

Le Bourgmestre rappelle que le règlement communal concernant la gestion des déchets prévoit que tout propriétaire a l'obligation de se raccorder au système de gestion des déchets *« si ce terrain est habité ou utilisé soit commercialement, soit à d'autres fins »* et que le texte a délibérément été formulé de manière large par le Conseil communal afin d'englober tout type d'utilisation, notamment aux fins de vente de l'immeuble.

Le Bourgmestre est encore d'avis que la commune ne peut se permettre de croire sur parole l'intéressé qui indique qu'aucun déchet ne serait produit et ne saurait se permettre de faire une faveur au réclamant, sous peine de rompre le principe de l'égalité des citoyens devant l'impôt.

Etant donné la prise de position ferme du Bourgmestre, la médiatrice a informé le réclamant qu'il n'y avait guère de chance d'obtenir un arrangement à l'amiable dans ce dossier.

Dans un autre dossier, une personne se plaignait également d'un désaccord avec la commune au sujet de la taxe due pour l'enlèvement des déchets. Le ménage du réclamant, composé de deux personnes, paye chaque trimestre une quarantaine d'euros à ce titre. Or la société du réclamant, ayant son siège social à son adresse privée, se voit facturer le même montant trimestriel au titre de la taxe de raccordement à l'enlèvement des ordures. Le réclamant estime que cette facturation n'a pas lieu d'être. Il n'est pas d'accord avec la réponse de la commune à sa

lettre de réclamation et estime illogique de devoir payer cette double taxe.

La médiatrice est d'avis et a expliqué au réclamant que l'Administration communale distingue le réclamant, en tant que ménage, de la société qui a son siège social à la même adresse. Il s'agit pour la commune de deux unités bien distinctes. Il se trouve que le réclamant est le gérant de cette société. Il n'est cependant pas du ressort de la commune de devoir analyser pour chaque cas si les différentes unités établies à la même adresse sont composées des mêmes personnes ou encore si ces différentes unités produisent dans les faits des déchets ou non.

Tout en comprenant le sentiment d'insatisfaction du réclamant, la médiatrice ne saurait reprocher à la commune de comportement illégal, étant donné qu'elle a pris une décision en conformité avec le règlement communal. La médiatrice ne peut pas non plus demander à la commune d'exempter la société ou le ménage du réclamant du paiement de la taxe forfaitaire sans risque d'enfreindre le principe d'égalité des citoyens devant la loi.

Madame A. a saisi la médiatrice d'un différend qui l'oppose à son administration communale qui lui réclamait le paiement d'une taxe frappant les habitations non-occupées ou utilisées depuis une période de 18 mois consécutifs ou plus. L'intéressée est propriétaire d'une maison héritée de ses parents qu'elle utilise comme garde-meuble et lieu de stockage. Pour être habitable, d'importants travaux de rénovation devraient être effectués. L'intéressée explique toutefois qu'elle ne dispose pas des fonds nécessaires pour faire procéder à ces travaux.

Le règlement-taxé en question dispose que *« par immeubles assujettis à cette taxe spécifique on entend les immeubles bâtis et les parties d'immeubles bâtis destinés au logement ou à l'hébergement de personnes et qui ne sont pas occupés ou utilisés effectivement. L'état de non-occupation d'un immeuble résulte du fait qu'aucune personne n'y est inscrite sur les registres de la population ou qu'aucune personne n'y est recensée en qualité d'occupant d'une résidence secondaire pendant une période de 18 mois consécutifs »*.

Il est indiqué dans les travaux parlementaires de la loi du 22 octobre 2008 portant promotion de l'habitat et création d'un pacte logement avec les communes à propos de cette

taxe « la possibilité de percevoir une taxe spécifique sur les immeubles destinés au logement ou à l'hébergement des personnes qui ne sont pas occupés ou utilisés effectivement à ces fins ».

Il faut en déduire que l'utilisation d'un immeuble d'habitation à des fins de stockage ne peut être assimilée à l'utilisation effective à des fins de logement ou d'hébergement.

Par ailleurs, la loi prévoit que les communes sont libres de prévoir ou non cette taxe, d'en déterminer les modalités plus précises et notamment les exceptions.

Les travaux parlementaires prévoient qu'*«il est notamment concevable de prévoir que cette taxe ne sera pas due en cas de volonté prouvée du propriétaire de conserver l'immeuble en question pour sa descendance et ce jusqu'à ce que l'enfant concerné ait atteint un certain âge »*.

Or le règlement communal en question ne prévoit pas cette possibilité, de sorte que l'intéressée ne pouvait se prévaloir de cet argument.

Etant donné que la commune a fait une application correcte du règlement communal, la médiatrice ne peut lui reprocher aucun dysfonctionnement.

La médiatrice a été saisie d'un dossier par une société ayant son siège social au Grand-Duché de Luxembourg au sujet d'une facture d'eau relative à l'alimentation de son circuit incendie.

La facture adressée par la commune en tant qu'intermédiaire entre la société et le syndicat des eaux s'élève à un montant anormalement élevé.

La hausse vertigineuse de consommation s'explique par une fuite souterraine à laquelle la société a remédié dès qu'elle s'en est rendu compte, à savoir à la réception de ladite facture élevée.

Elle reproche toutefois à la commune de ne pas lui avoir facturé les consommations d'eau réelles en temps utile. En effet, tandis que les factures de la commune indiquent une consommation très basse, telle qu'à l'accoutumée, le relevé du Syndicat des eaux concerné indiquait déjà une consommation anormale que la commune n'a pas répercutée sur ses factures.

La société estime que si la commune avait facturé les montants réels, la société aurait été alertée et aurait entrepris des démarches en vue de régler le problème. Le fait pour la commune d'avoir attendu plus d'un an avant de facturer la consommation réelle de la société, a engendré pour elle un important dommage qui aurait pu être réduit.

La commune est d'avis que sa responsabilité n'est pas engagée et que la société, si elle avait fait procéder à des contrôles plus réguliers de l'installation, se serait rendue compte de la fuite en temps utile.

Il ne ressort pas des pièces du dossier que la commune s'est engagée à refacturer les consommations exactes dans un certain délai. Par ailleurs, la société s'est engagée à payer toute facture relative à la consommation d'eau, de même qu'à supporter tous les frais en cas de fuite.

Comme différents éléments plaident en faveur d'une responsabilité partagée des parties, une réunion de médiation a eu lieu à la médiature en présence du syndicat des eaux, des représentants de la commune et du réclamant pour tenter de trouver un compromis acceptable pour tous.

Cette entrevue a permis de se mettre d'accord sur une communication plus efficace entre le syndicat des eaux et la société, afin d'éviter tout problème similaire à l'avenir.

La commune et le syndicat des eaux concerné ont également fait un geste envers la société et pris en charge une partie de la facture litigieuse.

1.4.2. Inscription au registre de la population

La médiatrice a été contactée par Madame F. au sujet d'une réclamation à l'encontre de sa commune de résidence qui refusait l'inscription de son fils, âgé de 21 ans à son adresse.

Selon le responsable du bureau de la population contacté, le problème vient du fait que la maison qu'elle habite a été transformée en appartements et ce sans autorisation préalable de la commune. Dès lors le Bourgmestre refuse toute inscription à cette adresse.

Une commune ne devrait cependant pas s'opposer à l'inscription au registre de la population de personnes ayant établi leur résidence habituelle sur le territoire de la commune et déclaré leur arrivée, si ces personnes remplissent toutes les conditions pour satisfaire à une telle inscription. Pour refuser une inscription une commune ne saurait invoquer des considérations liées aux réglementations d'urbanisme, sauf dans les cas où le plan d'aménagement général de la commune contient une disposition expresse concernant les zones du territoire où l'habitation à titre principal est prohibée ou bien dans le cas où un règlement communal pris sur base de l'article 8 de la loi du 22 décembre 1886 contient une disposition délimitant géographiquement les parties du territoire sur lesquelles l'établissement du domicile légal est inadmissible et ce sur base de motifs tenant à l'aménagement du territoire.

Suite à une entrevue des parties concernées en présence de la médiatrice, le Bourgmestre a fait droit à la demande d'inscription du jeune homme. Cette entrevue a également été l'occasion de faire avancer la question de la régularisation des transformations effectuées.

La médiatrice a eu à connaître d'autres cas similaires, dans lesquels la commune refusait d'inscrire le locataire à une adresse donnée parce que le propriétaire des lieux avait procédé à des transformations non autorisées.

Dans un autre dossier, la commune refusait d'inscrire un locataire à une adresse au motif que le propriétaire du logement devait y rester inscrit, alors que lui-même habitait en zone verte. La commune refusait que le propriétaire soit inscrit à une adresse située en zone verte, mais tolérait qu'il reste inscrit à une adresse où il n'habitait pas de manière effective. Elle refusait en plus d'y inscrire une personne qui avait pourtant conclu un contrat de bail pour le logement en question qu'elle habite effectivement.

Dans ces deux cas, la médiatrice s'est adressée aux communes pour rappeler certains principes élémentaires concernant le droit des communes relatif à l'inscription au registre de la population.

Dans le dernier cas cité, la commune a fait part à la Médiatrice de son accord pour l'inscription du locataire.

Finalement la Médiatrice a été saisie d'un dossier dans lequel une personne s'est vu refuser l'inscription au registre de la population au motif qu'elle avait fait procéder à sa radiation peu de temps avant. Pourtant, l'intéressé n'avait pas pu s'inscrire à l'adresse pour laquelle il avait quitté la première commune, de sorte qu'il avait dû revenir dans le logement qu'il occupait jusqu'alors.

Selon la jurisprudence des juridictions administratives, *« dans la mesure où toute personne, qui établit sa résidence habituelle sur le territoire d'une commune, est obligée de faire la déclaration y relative au bureau de la population pour se faire inscrire au registre de la population et dans la mesure où la non-observation de cette disposition est pénalement répréhensible, il appartient en principe à la commune de procéder à ladite inscription dès qu'une personne se présente aux services communaux pour y faire inscrire une déclaration d'arrivée. »*

Dès lors, la Médiatrice s'est adressée au Bourgmestre de la commune en question pour avoir sa version des faits et pouvoir instruire le dossier en connaissance de cause. La Médiatrice est dans l'attente d'une réponse.

Une entrevue avec le Syvicol a permis d'entrevoir que les communes n'ont pas toutes la même ligne de conduite quand il s'agit de l'inscription au registre de la population.

La médiatrice, sans trop y croire, espère que les problèmes liés à l'inscription au registre de la population seront plus rares dès que la nouvelle loi du 19 juin 2013 relative à l'identification des personnes physiques, au registre national des personnes physiques, à la carte d'identité, aux registres communaux des personnes physiques sera entrée en vigueur, c'est-à-dire pour les registres communaux, le 1^{er} juillet 2014.

1.4.3. Urbanisme

La Médiatrice a été saisie d'une réclamation à l'encontre d'une commune par un couple qui avait terminé la construction de sa maison d'habitation depuis un certain nombre de mois et à qui la commune reprochait de ne pas avoir fait construire sa maison conformément aux plans autorisés et au règlement sur

les bâtisses. Le couple était, quant à lui, d'avis qu'il avait respecté les réglementations en vigueur.

Le problème qui se pose concernent plus particulièrement des encadrements de fenêtres.

La réglementation applicable prévoit que les nouvelles constructions du quartier en question doivent être construites en respectant un style architectural existant. A ce titre, la commune exige des encadrements autour des fenêtres. Le règlement parle d'un encadrement en pierre, bois ou tout autre matériau pouvant être peint. Il précise que *« les encadrements, fenêtres et volets doivent être dans des tons qui ne se heurtent pas, mais présentent au contraire une certaine harmonie. Une palette de couleur propre à chaque construction doit être réalisée »*.

En l'espèce, les intéressés ont, dans un premier temps, présenté des plans sans encadrement. La commission des bâtisses a rendu un avis dans lequel elle a soulevé ce problème. Dans les plans suivants, présentés par les intéressés, des encadrements étaient dessinés. Lors de la construction, les intéressés ont réalisé la façade et les encadrements dans deux matières différentes, l'une rugueuse, l'autre lisse. Les deux ont toutefois été réalisés dans la même couleur.

Or la commune est d'avis qu'en demandant la réalisation d'encadrements, il va de soi que ces encadrements doivent être visibles et donc réalisés dans une nuance de couleur différente du reste de la façade.

L'autorisation de bâtir délivrée ne donne aucune indication quant aux conditions de réalisation des encadrements. Le règlement applicable prévoit la remise d'une palette de couleurs qui n'a pas été remise par les intéressés mais pas non plus réclamée par la commune.

La Médiateure est allée sur place pour se rendre compte de la situation de visu.

Après avoir pris connaissance des avis des deux parties, la Médiateure a proposé une entrevue de médiation pour tenter de trouver une solution au litige.

L'entrevue de médiation a donné lieu à un échange de vues de part et d'autre et a permis de s'entendre sur la suite à donner au dossier, les deux parties étant finalement prêtes à faire des concessions réciproques en vue de mettre fin au litige qui les oppose.

Monsieur E. a saisi la Médiateure du refus du Bourgmestre de lui accorder une autorisation pour agrandir sa maison. Le réclamant explique qu'il lui est indispensable d'agrandir la maison pour disposer d'un étage plein pied en raison de l'état de santé du couple.

Dans ses courriers de refus, le Bourgmestre explique que selon le règlement communal applicable, il ne lui est pas possible de réserver de suite favorable à sa demande. Quand bien même il comprend la situation dans laquelle le réclamant se trouve, il explique qu'il ne lui est pas possible de déroger à la réglementation urbanistique qui impose le respect de certains reculs non respectés sur les plans de ce dossier.

Il ressort en outre du dossier que le Bourgmestre tout en refusant l'autorisation demandée a proposé comme alternative possible la possibilité de faire aménager un ascenseur sur la façade postérieure de la maison. La médiateure apprécie cette attitude constructive à l'égard du réclamant.

L'intervention de la médiateure s'est arrêtée à ce point, alors que le Bourgmestre avait correctement appliqué le règlement communal.



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

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

A. Sécurité sociale

Caisse nationale de santé (CNS)

Prise en charge d'un transfert à l'étranger

La médiatrice continue d'être saisie de nombreux dossiers concernant la prise en charge de soins médicaux fournis à l'étranger.

Une réclamante de nationalité belge résidant au Luxembourg et bénéficiaire d'une pension belge a subi une intervention chirurgicale à l'Institut national de chirurgie cardiaque et de cardiologie interventionnelle (INCCI) établi à Luxembourg. Du fait qu'elle est inscrite auprès de la CNS à titre de résidente, elle bénéficie des prestations en nature de l'assurance maladie au Luxembourg. Un séjour hospitalier n'étant plus nécessaire, l'INCCI lui a proposé de poursuivre sa convalescence dans un Centre de réhabilitation allemand, le « Rehazentrum Bernkastel Kues », et à cet effet, il a introduit auprès de la CNS une demande d'autorisation d'un transfert à l'étranger.

Une pensionnée étrangère résidant au Luxembourg reste soumise à la sécurité sociale du pays qui verse la pension. En l'espèce, la Belgique est donc l'Etat compétent pour autoriser les soins programmés dans un Etat membre autre que le pays de résidence.

Il ressort de l'article 26 alinéa 2 du Règlement (CE) n° 987/2009 du Parlement européen et du Conseil du 16 septembre 2009 fixant les

modalités d'application du règlement (CE) n° 883/2004 portant sur la coordination des systèmes de sécurité sociale que « lorsqu'une personne assurée ne réside pas dans l'Etat membre compétent, elle demande une autorisation à l'institution du lieu de résidence qui la transmet sans délai à l'institution compétente ».

Au lieu d'effectuer cette transmission, la CNS retourna la demande à l'INCCI. Par la suite, la réclamante transmet elle-même ladite demande à sa mutuelle belge compétente. Ne pouvant plus rester à l'INCCI, ni retourner encore chez elle puisqu'elle n'était pas encore rétablie, elle s'est rendue au centre de convalescence allemand sans attendre la décision de l'organisme belge.

C'est seulement 10 jours après que celui-ci lui a notifié un refus d'autorisation, motivé par le fait qu'une revalidation cardiaque serait réalisable en Belgique.

La réclamante a certes été imprudente en acceptant de se rendre en Allemagne sans attendre l'autorisation de la mutuelle belge. Elle était toujours d'avis qu'elle serait traitée comme les autres affiliés à la sécurité sociale luxembourgeoise auxquels la CNS accorde l'autorisation pour un séjour au centre de réhabilitation allemand. Il est vrai que l'INCCI aurait pu lui proposer d'office un centre de réadaptation cardiaque belge, et la CNS aurait peut-être pu l'informer que dans son cas, il y avait peu de chances d'obtenir de la mutuelle belge une autorisation de transfert en Allemagne.

Le fait est que les gens sont mal informés des complexités de la réglementation communautaire. Non seulement, ils s'y prennent mal et ne sont pas conscients des risques d'un défaut de prise en charge, mais souvent ils sont mal conseillés par les organismes de santé.

Toutes les institutions, caisses de maladie, hôpitaux et médecins traitants doivent être sensibilisés pour mieux informer et guider les assurés dans ce domaine.

Traitement ambulatoire ou traitement stationnaire

Un autre problème qui se pose fréquemment en pratique est la distinction entre traitement ambulatoire et traitement stationnaire ou hospitalier.

Lors d'un déplacement à Bruxelles, un réclamant a dû être hospitalisé d'urgence. Il a pu bénéficier d'une prise en charge sur la base de sa carte européenne d'assurance maladie (CEAM).

Par la suite, le réclamant s'est régulièrement déplacé à Bruxelles auprès de l'unité de traitement ambulatoire du même hôpital pour suivre un traitement par perfusions. La jurisprudence de la Cour de Justice de l'Union européenne dans les affaires Decker et Kohll (C-120/95 et C-158/96 du 28 avril 1998) permet aux assurés de se rendre pour des soins ambulatoires à l'étranger sans autorisation préalable de leur caisse de maladie et de demander le remboursement des frais avancés sur base des tarifs luxembourgeois. La question se pose de savoir si le traitement par perfusions peut être qualifié d'ambulatoire. Au cas où pour la réalisation desdites perfusions « *une structure hospitalière adaptée* » est nécessaire, il s'agira de soins hospitaliers proprement dits qui sont soumis à autorisation préalable.

Selon le réclamant, les soins dont il a bénéficié ne nécessiteraient aucun équipement hospitalier spécial et pourraient également être réalisés dans un cabinet médical. Il s'agirait donc bien d'un traitement ambulatoire remboursable sans autorisation préalable.

En l'espèce, le médiateur reste dans l'attente d'attestations concernant la nature des soins et les équipements hospitaliers utilisés durant le traitement dans cette unité ambulatoire.

Prise en charge de suppléments de tarifs

Une assurée a été hospitalisée au Centre hospitalier de Luxembourg (CHL) avant d'être transférée d'urgence dans un hôpital bruxellois pour une intervention chirurgicale (embolisation anévrysmale), l'opération n'ayant pu être réalisée au CHL.

La facture de l'hôpital belge lui a mis en compte des suppléments d'honoraires médicaux d'un montant de 1.455,76 euros qui ne sont pas pris en charge par la caisse de mala-

die. Exerçant sous le statut de médecin non conventionné (code NC), le chirurgien est libre de mettre en compte à l'assurée des suppléments par rapport aux tarifs légaux.

Le chirurgien en question pratique également au CHL et c'est pour cette raison que le transfert de l'assurée a eu lieu dans cet hôpital bruxellois. Aux dires de la réclamante, le statut non conventionné du chirurgien n'aurait pas été porté à sa connaissance.

La situation en Belgique est d'ailleurs assez compliquée : à côté des médecins conventionnés, qui respectent le tarif légal pris en charge par les caisses de maladie, il existe les médecins non conventionnés, qui sont libres de facturer des tarifs dépassant le tarif légal. Il existe aussi des médecins partiellement conventionnés, qui se sont engagés à appliquer le tarif légal certains jours ou même seulement certaines heures et qui pour le reste sont en droit de facturer des suppléments. Peu d'assurés luxembourgeois sont au courant de ces différences de statut et au cas où une intervention doit être réalisée d'urgence, on voit difficilement le patient étendu sur le lit opératoire s'informer du statut du chirurgien.

La CNS a refusé de prendre en charge les suppléments d'honoraires en affirmant qu'en principe, la réclamante aurait été informée du statut particulier du chirurgien et qu'à défaut, elle aurait dû s'adresser au médecin ou à la clinique pour s'informer.

La réglementation européenne sur la coordination des régimes de sécurité sociale offre de bonnes solutions. Il n'en reste pas moins que leur application révèle des difficultés pratiques considérables qui les mettent souvent en échec.

La médiatrice a demandé des informations auprès du médiateur fédéral belge au sujet des obligations d'information incombant aux hôpitaux et aux médecins belges non conventionnés.

L'intérimaire et son droit à l'assurance maladie

Un réclamant tombé malade s'est vu refuser sa demande d'indemnités pécuniaires au motif qu'il ne remplirait pas les conditions de l'article 14 alinéa 3 du Code de la sécurité sociale.

Aux termes de cet article, « *en cas de cessation de l'affiliation, le droit à l'indemnité pécu-*

naire est maintenu conformément aux alinéas précédents à condition que l'assuré ait été affilié pendant une période continue de six mois précédant immédiatement la désaffiliation. La condition de continuité de l'affiliation ne vient pas à défaillir par une interruption de moins de huit jours ».

Le réclamant a toujours travaillé sous le régime du travailleur intérimaire et a été engagé par des contrats de mission d'une durée de une à quelques semaines. A noter qu'il existe des intérimaires qui travaillent sous le régime de contrats journaliers. A chaque fin de contrat, il est procédé à une désaffiliation.

Or dans l'hypothèse de contrats à très courte durée, un ouvrier intérimaire tombé malade ne se voit plus renouveler son contrat à l'échéance et par conséquent reste désaffilié auprès des organismes de sécurité sociale jusqu'à la fin de son congé de maladie.

Pour pouvoir bénéficier d'indemnités pécuniaires après la cessation d'une affiliation, il faut que l'assuré ait été affilié auparavant sans interruption durant six mois au moins, une discontinuité de moins de huit jours n'étant pas prise en compte.

La situation des intérimaires est donc fondamentalement différente de celle des travailleurs bénéficiant d'un contrat à durée indéterminée ou d'un contrat à durée déterminée d'une durée étendue.

Lorsqu'au cours des six derniers mois le travailleur en question tombe malade, il bénéficie d'indemnités pécuniaires, à condition qu'il n'y ait eu aucune interruption de travail de plus de huit jours au cours de la dernière période antérieure de six mois.

Un intérimaire qui n'a pas eu la chance de travailler sans interruption ne bénéficie donc pas d'assurance maladie, si au cours des six derniers mois il y a eu une désaffiliation dépassant huit jours.

Même un ouvrier, qui aurait eu la chance d'avoir pu travailler sans interruption pendant six mois au moins, s'il est tombé malade une fois et était de ce fait désaffilié pendant plus de huit jours, ne serait plus indemnisé s'il tombait à nouveau malade durant les six mois suivants.

Les droits à l'assurance maladie des intérimaires sont donc en fait limités au Luxembourg. Le fait qu'ils travaillent sous le régime de contrats successifs de très courte durée

leur fait perdre toute protection sociale en cas de maladies successives.

La décision de la CNS refusant de prendre en charge le congé de maladie dans ce dossier est conforme aux prescriptions légales, de sorte que la médiatrice n'a pas été en mesure de poursuivre ses démarches.

Une réforme du régime d'assurance maladie des intérimaires s'impose.

Le complément de remboursement en cas de soins programmés à l'étranger

La médiatrice a été saisie de réclamations qui ont pu être réglées au moyen du droit au remboursement complémentaire prévu aux paragraphes 6 et 7 de l'article 26 du Règlement (CE) n°987/2009 du Parlement européen et du conseil du 16 septembre 2009 fixant les modalités d'application du règlement (CE) n°883/2004 portant sur la coordination des systèmes de sécurité sociale.

Aux termes de ces dispositions, la personne assurée a droit à un remboursement complémentaire, si le montant que l'institution compétente (la caisse de maladie luxembourgeoise) est tenue de rembourser à la personne assurée (coût réel) est inférieur au montant que la caisse de maladie luxembourgeoise aurait dû assumer pour le même traitement, s'il avait été dispensé au Luxembourg (coût théorique). Il faudra dès lors chiffrer le coût au Luxembourg des différentes prestations en nature fournies à l'étranger aux assurés (« coût théorique »). La différence entre ce coût et le montant pris en charge par la CNS sur la base des tarifs de la législation étrangère (coût réel) devrait être remboursée au réclamant à concurrence du montant total déboursé par ce dernier.

Dans un dossier soumis à la médiatrice, une réclamante s'était soumise en Allemagne à un traitement IVF (fertilisation in vitro) dont elle a adressé les factures à la caisse de maladie luxembourgeoise qui a fixé la prise en charge sur base des conditions et tarifs sociaux applicables en Allemagne, l'Etat où le traitement médical a eu lieu. Etant donné que la prise en charge selon les tarifs allemands est de beaucoup inférieure à celle prévue au Luxembourg, la caisse de maladie luxembourgeoise a été d'accord pour verser un remboursement complémentaire.

Un autre réclamant qui a dû se rendre à l'étranger dans le cadre de soins programmés pour un traitement des yeux a également pu bénéficier d'un remboursement complémentaire sur la base des tarifs luxembourgeois.

Il y a lieu d'insister que selon la réglementation communautaire, le remboursement complémentaire doit obligatoirement faire l'objet d'une demande de l'assuré. C'est donc seulement sur demande et non pas d'office que les caisses de maladie luxembourgeoises vérifient si un droit à un remboursement complémentaire par l'assurance maladie luxembourgeoise existe.

Une information sur le droit à un remboursement complémentaire en fonction des taux de remboursement nationaux applicables est reprise sur le formulaire S2 ainsi que sur la note d'information accompagnant l'autorisation pour le traitement programmé à l'étranger.

Il n'en reste pas moins que de nombreux assurés sont toujours mal informés de leurs droits et que des efforts supplémentaires doivent être réalisés en vue d'une meilleure information des citoyens.

Co-affiliation à la CNS

La médiatrice a été saisie par une fonctionnaire allemande qui vit au Luxembourg avec son époux. L'époux travaille au Luxembourg et est affilié à la CNS. En tant que fonctionnaire allemande, la réclamante bénéficie d'une couverture sociale à hauteur de 50% de la part de la *Zentrale Besoldungs- und Versorgungsstelle Koblenz (Beihilfe)* et elle est affiliée à la DKV pour les 50% restants (affiliation privée). A noter que la *Beihilfe* est toujours complémentaire et secondaire (*nachrangig*), c'est-à-dire qu'elle n'intervient que si un autre organisme a déjà remboursé l'affilié selon les tarifs applicables.

Etant donné que la réclamante était en congé parental (*Elternzeit*) depuis plus d'un an et que pendant la deuxième année de son congé parental la réclamante était sans revenus, les époux se sont demandés s'il était nécessaire de maintenir l'affiliation privée à la DKV ou si l'épouse pouvait bénéficier d'une assurance-maladie en tant que co-assurée de son mari.

Les réclamants ont expliqué à la médiatrice qu'ils se seraient renseignés sur leurs droits dans une agence de la CNS en exposant la situation dans tous les détails. La réclamante

a ensuite été affiliée en tant que co-assurée de son mari. La CNS a émis un certificat d'affiliation qui a permis à la réclamante de mettre son affiliation auprès de la DKV en suspens. Elle continuait cependant à bénéficier de la *Beihilfe* puisque cette couverture est maintenue pour les fonctionnaires allemands même pendant le congé parental sans solde.

Comme la réclamante est tombée enceinte de son deuxième enfant, son congé parental a été interrompu et un nouveau congé de maternité a commencé. Pendant celui-ci, elle bénéficiait à nouveau de son traitement de la part de l'Etat allemand et le système de couverture sociale des fonctionnaires allemands lui était de nouveau applicable. Ainsi, elle a dû réactiver son assurance à la DKV.

Au moment où la réclamante a informé la CNS de son changement de statut, la CNS l'a informée qu'elle n'aurait jamais dû bénéficier d'une co-assurance. Afin de clarifier la situation, les réclamants se sont adressés par écrit à la CNS. Avant d'avoir reçu une réponse, et sans en avoir été avertie, la réclamante a cependant constaté par hasard qu'elle avait été rétroactivement désaffiliée par la CNS.

Ce n'est que plus tard que la CNS a informé les réclamants par écrit que l'épouse n'était pas éligible pour une co-assurance en vertu de l'article 7 du Code de la Sécurité sociale qui prévoit qu'une co-assurance n'est possible que si le conjoint ne bénéficie pas d'une affiliation personnelle. La CNS considérait que l'affiliation à l'assurance maladie à 50% en Allemagne (*Beihilfe*) constituait une telle affiliation personnelle.

La CNS a également réclamé aux époux le remboursement de toutes les sommes exposées par elle en vertu du statut de co-assuré indûment accordé. Après remboursement des sommes réclamées, la CNS rendrait les originaux des factures à la réclamante pour qu'elle puisse demander la prise en charge auprès des caisses allemandes.

Il n'aurait toutefois pas été possible pour la réclamante d'obtenir un remboursement auprès des caisses allemandes. L'assurance auprès de la DKV était en suspens pendant la période au cours de laquelle elle était co-assurée à la CNS et la *Beihilfe* n'est qu'une assurance complémentaire qui n'intervient qu'après prise en charge initiale par une autre assurance.

Après la réclamation des époux devant le Comité-directeur de la CNS, la CNS leur a de-

mandé de lui faire parvenir des attestations de la part des deux institutions allemandes (DKV et *Beihilfe*), indiquant qu'il leur est impossible de prendre en charge les factures durant de la période pendant laquelle la réclamante bénéficiait indûment de la co-assurance à la CNS.

Malgré la remise de ces attestations de la part des organismes allemands, la CNS a maintenu sa décision que la co-assurance de l'épouse n'était pas justifiée et que toutes les prestations dont cette dernière avait bénéficié étaient à rembourser. Elle doutait que les intéressés l'eussent correctement informée de leur situation. En plus, la CNS partait erronément du principe que la *Beihilfe* prenait en charge les prestations pendant la période litigieuse, ceci indépendamment d'un éventuel remboursement par une caisse de maladie étatique ou privée.

Or la *Beihilfe* fonctionne comme suit : Si le bénéficiaire est affilié à une caisse de maladie privée pour 50%, la caisse de maladie en question paie toujours au maximum 50%. Dans un tel cas, la *Beihilfe* est au courant de l'existence du contrat avec la caisse privée de sorte que le bénéficiaire n'a pas besoin de remettre un relevé des prises en charges de la caisse privée. Si le bénéficiaire est assuré dans le cadre d'une co-assurance, la *Beihilfe* réclame un relevé des prestations avec indication du montant pris en charge par cette assurance, parce que dans ce cas les tarifs sont variables. Il s'agit d'éviter que l'affilié ne récupère un montant plus élevé que le montant facturé par le prestataire.

Après l'intervention de la médiatrice, la CNS a renoncé à la restitution des montants exposés pour la réclamante.

La médiatrice ne peut évidemment pas retracer si les réclamants ont en effet reçu des informations erronées lors de la demande de co-assurance ou si la co-assurance a été faite par la CNS sur base de malentendus. Or, la médiatrice déplore que la réclamante n'ait pas été informée de sa désaffiliation rétroactive et ne l'ait su que par hasard. Elle s'est ainsi retrouvée sans couverture sociale et ceci quelques semaines avant l'accouchement.

Désaffiliation automatique et sans information préalable

Le réclamant a vécu et travaillé au Luxembourg pendant quinze ans avant d'arrêter son activité professionnelle pour des raisons de santé. Etant donné que sa pension ne lui permettait plus le même train de vie, il a décidé de déménager en Allemagne.

L'intéressé ne savait cependant pas que suite à son déménagement, il ne pouvait pas rester affilié à la CNS. En effet, il avait travaillé pendant plus longtemps dans un autre pays et sa carrière d'assurance y était donc plus importante, de sorte qu'il devait s'affilier auprès d'une caisse de maladie de ce pays.

Or le réclamant n'a pas été informé de sa désaffiliation par la CNS. Il l'a constaté au moment où le remboursement d'une facture lui a été refusé.

Suite à l'intervention de la médiatrice la CNS a répondu qu'elle n'avait aucune emprise sur les affiliations et désaffiliations, qui seraient faites au niveau du Centre commun de la sécurité sociale (CCSS). Les données fournies au CCSS seraient automatiquement transcrites dans les fichiers informatiques de la CNS sans que cette dernière n'en soit informée formellement.

Lors d'un entretien de la médiatrice avec le ministre de la Sécurité sociale, ce dernier s'est engagé à faire parvenir une instruction aux organismes concernés afin de faire en sorte que les assurés soient informés immédiatement de tout changement de leur situation concernant la sécurité sociale luxembourgeoise. A l'heure actuelle, la médiatrice n'a pas encore reçu une copie de cette instruction.

Autorisation de sortie des assurés en congé de maladie

Une assurée en congé de maladie prolongé du fait qu'elle est gravement atteinte d'un cancer du poumon n'est plus, la plupart du temps, en état de sortir de chez elle. Elle ne peut que très partiellement profiter des heures de sortie prévues aux statuts de la (CNS) qui se situent à l'intérieur des plages de temps suivantes : de 10.00 à 12.00 heures et de 14.00 à 18.00 heures. Il est défendu à l'assurée de s'éloigner de son domicile le reste de la journée.

La médiatrice a entrepris des démarches auprès de la CNS en invoquant l'article 202 des statuts susvisés qui permettent à cette dernière d'accorder à partir du 43^e jour de congé de maladie des dispenses « *d'une ou de plusieurs restrictions de sortie prévues aux articles 198 à 200* ».

La médiatrice a souligné que du fait de son état de santé, la réclamante n'est pas en mesure de planifier ses sorties de façon à pouvoir respecter rigoureusement les heures de sorties statutaires. Ces restrictions ont en fin de compte pour effet de l'empêcher de sortir. Pendant les heures de sortie autorisées, elle n'est très souvent pas en état de sortir et pendant le reste du temps, toute sortie lui est défendue. C'est pourquoi elle a demandé à pouvoir sortir en dehors des heures autorisées. D'après l'avis de son médecin traitant, de telles sorties seraient également très bénéfiques pour son état psychologique.

La CNS a répondu que la réclamante doit introduire préalablement une demande et attendre l'autorisation chaque fois qu'elle désire s'éloigner de son domicile en dehors des heures de sortie statutaires.

La médiatrice a estimé que l'obligation d'adresser pour chaque sortie une demande expresse à la CNS n'est pas praticable, car son état de santé ne lui permet pas de planifier ses sorties longtemps à l'avance. La médiatrice a transmis à la CNS un certificat médical du médecin traitant de la réclamante aux termes duquel « *la patiente est dans l'incapacité totale de prévoir ses sorties à l'avance* ». Elle a attiré l'attention de la CNS sur le fait que l'article 202 des statuts lui confère le pouvoir de dispenser un assuré d'une ou de plusieurs restrictions de sortie, sans devoir lui imposer une procédure d'autorisation préalable. La médiatrice a proposé une procédure consistant à avertir préalablement (par courriel ou par téléphone) la CNS d'une sortie en dehors des heures statutaires sans devoir attendre une autorisation formelle.

La CNS a répliqué que ses statuts exigeraient dans tous les cas un accord préalable pour chaque sortie en dehors des heures statutaires. Elle affirme devoir garantir à tous ses assurés un traitement égalitaire. Ainsi, tous les autres assurés malades qui se trouvent dans une situation similaire doivent se tenir aux prescriptions prévues en cette matière.

Certes, le principe d'égalité est un principe général du droit à valeur constitutionnelle. Il n'impose cependant pas que tous les usagers doi-

vent toujours être traités de manière identique : l'administration peut traiter différemment certains usagers, si ceux-ci se trouvent dans une situation différente objectivement appréciable.

Une procédure d'autorisation préalable implique que les assurés malades soient en mesure de planifier leurs sorties, de les fixer à l'avance. Or, du fait que la réclamante se trouve en raison de son état de santé « *dans l'incapacité totale de prévoir ses sorties à l'avance* » elle ne peut pas bénéficier de cette procédure. Elle se trouve donc objectivement dans une situation différente des autres malades, qui doit être prise en considération par l'administration.

La CNS a maintenu sa position statutaire.

Assurance dépendance

Contrôle des organismes de soins à domicile

La médiatrice a été saisie d'une réclamation contre la cellule d'évaluation et d'orientation. La réclamante s'est plainte d'un réseau d'aides et de soins à domicile qui n'exécutait plus l'intégralité du plan de prise en charge de son mari et refusait notamment de le transporter de sa chambre à coucher au 1^{er} étage jusqu'au rez-de-chaussée et cela bien qu'un élévateur d'escalier ait été installé. L'épouse a dû avoir recours à plusieurs reprises à une association de bénévoles et même aux pompiers de la Ville de Luxembourg pour assurer ces transports. Elle s'est opposée à ce que son mari reste immobilisé toute la journée dans son lit en avançant des raisons médicales tout à fait valables.

La réclamante avait d'abord adressé ses plaintes à l'assurance dépendance qui, après une visite des lieux au domicile de la réclamante en présence de toutes les parties, a pris catégoriquement la défense du réseau dans un courrier adressé à la réclamante.

Dans ce courrier, la médecin-directeur de la cellule d'évaluation et d'orientation de l'assurance dépendance s'est limitée à entériner les justifications du réseau.

S'agissant de questions techniques relatives à la manutention de personnes dépendantes, la médiatrice a proposé de faire intervenir des spécialistes des règles et pratiques de la

manutention afin de vérifier les dires du réseau et de pouvoir régler ce différend à l'amiable.

La médecin-directeur a refusé cette piste de solution en affirmant qu'elle n'est intervenue dans ce dossier qu'en exécution des engagements pris par la Cellule d'évaluation dans sa charte d'accueil et de service et qu'elle ne disposerait d'aucun droit de contrôle sur le réseau d'aides.

La réclamante a résilié le contrat d'aides et de soins avec le réseau en question et a choisi une autre organisation d'aides et de soins qui jusqu'à présent aurait exécuté intégralement le plan de prise en charge.

Etant donné que les réseaux d'aides sont financés par des deniers publics, il est absolument nécessaire qu'ils fassent l'objet d'un contrôle par une instance publique.

Date de prise en charge des prestations

Une autre réclamation à l'encontre de l'assurance dépendance concernait le point de départ des prestations de l'assurance dépendance.

Aux termes de l'article 362 (1) du Code de la Sécurité sociale « les prestations prévues par le présent livre sont dues au plus tôt à partir du jour de la présentation de la demande comprenant le formulaire de demande et le rapport du médecin traitant dûment remplis ».

L'administration a fixé la date du début du droit aux prestations d'assurance à la date de réception du rapport du médecin traitant, soit quinze jours après la présentation de la demande. Elle n'a pas pu prendre en compte la date de la présentation de la demande, car celle-ci ne contenait pas le rapport du médecin traitant de sorte que l'assurée a dû prendre à sa propre charge les soins à domicile fournis durant cette période.

La décision de l'assurance dépendance est conforme aux prescriptions légales. Ce n'est qu'à partir de la date à laquelle le dossier de la demande est complet que les prestations prennent cours.

Cette règle est excessivement stricte. Dans de nombreux cas, ce sont effectivement les assistants sociaux qui se chargent de ces formalités, les personnes dépendantes étant rarement en mesure de s'occuper personnellement des formalités de la demande.

Bien que ces lenteurs ne leur soient pas imputables, ce sont pourtant les personnes dépendantes qui en subissent le préjudice.

Une modification de la loi pourrait être envisagée permettant d'accorder le bénéfice des prestations à partir de la date de la demande au cas où le rapport du médecin traitant précise formellement que les conditions médicales étaient remplies à la date de présentation de la demande.

L'actuelle réglementation est plus simple. Or, la simplification administrative doit surtout servir les intérêts des usagers et non pas faciliter le travail de l'administration aux dépens des administrés.

Prise en charge des cotisations de l'assurance pension de l'aidant informel

Une autre réclamation a concerné la prise en charge par l'assurance dépendance des cotisations sociales de l'aidant informel.

Aux termes de l'article 355 du Code de la sécurité sociale, « l'assurance dépendance prend en charge les cotisations pour l'assurance pension d'une seule personne ne bénéficiant pas d'une pension personnelle qui assure, d'après un plan de prise en charge, des aides et des soins à la personne dépendante à son domicile au maximum jusqu'à concurrence d'une cotisation calculée sur base du salaire social minimum mensuel prévu pour un travailleur non qualifié âgé de dix-huit ans au moins ».

Souvent les aidants informels, qui font partie de l'entourage familial de la personne dépendante, se rendent tardivement compte que cette prise en charge n'est pas effectuée automatiquement, mais qu'elle est soumise à une demande formelle.

En l'espèce, la fille de la réclamante a bénéficié de prestations de l'assurance dépendance depuis 2001. Depuis cette date, la réclamante a fourni en tant qu'aidant informel des aides et des soins à sa fille.

C'est au cours du mois de juin 2012 seulement que la réclamante s'est rendue compte qu'elle n'a pas été affiliée à l'assurance pension en tant qu'aidant informel. En date du 29 juin 2012, elle introduit une demande de prise en charge des cotisations auprès du Centre commun de la Sécurité sociale.

La CCSS a validé son affiliation mais uniquement à partir du 1^{er} janvier 2007, au motif que le délai de prescription de l'article 432 du Code de la sécurité sociale s'opposerait à une validation rétroactive dépassant cinq ans. Cet article est libellé comme suit :

Art. 432. *La prescription des cotisations, des amendes d'ordre et autres redevances connexes est régie par la législation relative au recouvrement des contributions directes, des droits d'accises et des cotisations de sécurité sociale. Cependant, lorsqu'il est prouvé par les livres de l'employeur, par des décomptes réguliers de salaires ou par une condamnation en vertu de l'article 449, alinéa 1er, numéro 3 que les cotisations ont été retenues sur les salaires sans avoir été versées dans les délais impartis, la prescription n'est acquise que trente ans après le 31 décembre de l'année au cours de laquelle la retenue a été opérée.*

Le droit au remboursement des cotisations payées indûment se prescrit dans un délai de cinq ans à partir de l'expiration de l'année au cours de laquelle elles ont été payées.

La question qui se pose est celle de savoir si effectivement la prescription quinquennale prévue à l'alinéa 1 de l'article 432 susvisé s'applique à la prise en charge des cotisations par l'assurance dépendance prescrite par l'article 355 du Code de la sécurité sociale.

Le Code de la sécurité sociale prévoit aussi la prise en charge par l'Etat du rappel des cotisations et l'achat de périodes d'assurance relatives aux périodes de guerre ainsi que du rappel de cotisations pour les périodes de service militaire obligatoire. Le paiement de ces cotisations par l'Etat ne semble pas non plus soumis à cette prescription quinquennale.

La réclamante a introduit un recours auprès du Conseil arbitral de la sécurité sociale à qui il incombera de trancher cette question.

Commission mixte de reclassement

Le reclassement interne dans l'administration

La médiatrice a été saisie d'une personne employée par un musée et qui avait demandé de pouvoir bénéficier d'un reclassement interne dans l'administration publique. La Commission mixte n'y a pas donné suite et a prononcé le reclassement externe au motif que le musée en question a déjà atteint son quota.

Dans ce dossier, la question se posait de savoir ce qu'il y a lieu d'entendre par administration au sens de l'article L-151-1 (3) du Code du travail aux termes duquel « *le reclassement interne consiste ... en ce qui concerne le secteur public dans un reclassement au sein de l'administration ou du service public d'origine de l'agent éventuellement à un autre poste ou à un autre régime de travail* ».

Il ne semble pas exister de définition légale du terme « administration ». L'annuaire officiel d'administration et de législation énumère un certain nombre d'administrations comme les Eaux et Forêts, les Etablissements d'enseignement secondaire et secondaire technique, l'Enregistrement et les Domaines etc. Le musée en question n'est pas énuméré dans cette liste. Il fait partie de l'ensemble des « *infrastructures culturelles* » ou des « *instituts culturels de l'Etat* » qui dépendent du ministère de la Culture. S'il est accepté que l'ensemble des « *établissements d'enseignement secondaire et secondaire technique* » constitue une administration, rien n'empêche de considérer aussi comme tel l'ensemble des « *instituts culturels de l'Etat* ».

Par ailleurs, ne peut-on pas considérer l'ensemble des « *instituts culturels de l'Etat* » comme un service public (« *le service public de la culture* ») au sens de l'article L.151-1 (3) du Code du travail qui reprend expressément ce terme ?

Le Gouvernement ayant fait le choix de favoriser le reclassement interne, ne devrait-il pas interpréter le terme « administration » moins restrictivement et prendre des mesures afin de promouvoir le reclassement interne à l'intérieur de l'administration publique ?

Un reclassement interne impossible

Conformément à l'article L. 551-5 du Code de travail, « *lorsqu'un reclassement interne s'avère impossible, la commission mixte prévue à l'article L. 552-1 décide le reclassement externe* ». La question se pose de savoir ce qu'il y a lieu d'entendre par reclassement interne impossible.

La médiatrice a été saisie par un salarié en faveur duquel la Commission mixte a prononcé un reclassement interne en date du 21 décembre 2012.

Le réclamant avait été en congé de maladie ininterrompu depuis février 2012. C'est pour-quoi son employeur avait résilié son contrat de travail avec préavis sur la base de l'article L. 121-6 du Code de travail en date du 24 août 2012. Le préavis a pris fin le 31 décembre 2012.

Le pli contenant la décision de reclassement interne du réclamant a été remis à la poste au Luxembourg le 21 décembre 2012, date de la séance lors de laquelle la décision de reclassement a été prise.

C'est le 27 décembre 2012 que le réclamant a reçu la décision. Etant donné que le préavis du réclamant a pris fin le 31 décembre 2012, le reclassement interne a duré exactement deux jours de travail.

Il me semble dès lors qu'un reclassement externe aurait dû être prononcé. La Commission mixte a cependant refusé de revoir sa déci-sion.

Un reclassement ne peut être prononcé que si dans son avis, le médecin de travail constate que le salarié est incapable d'exercer son dernier poste de travail auprès de son employeur. Au cas où l'avis du médecin du travail contient une déclaration d'aptitude au travail, la Commission mixte ferme le dossier sans prendre une décision de refus de re-classement susceptible de recours.

Un dossier a été soumis à la médiatrice par un salarié dont le contrat de travail avait été résilié de plein droit après la 52^e semaine de congé de maladie à la suite de laquelle il a pu bénéficier encore pendant 5 mois et demi d'une pension d'invalidité temporaire. Après le retrait de celle-ci, la Commission mixte a été saisie en vue d'un reclassement externe. Le médecin du travail, appelé à émettre un avis sur l'aptitude du réclamant à remplir les fonctions liées à son dernier poste de travail, constatait cependant une aptitude au travail sans restrictions aucune.

Le salarié en question avait été électricien chargé de la maintenance d'installations techniques. Il en question souffrait d'une inca-pacité permanente partielle (IPP) dépassant 30 % et son médecin traitant avait conclu que les conditions d'octroi du statut de travailleur handicapé étaient justifiées. Deux certificats de deux autres médecins attestaient que le réclamant est incapable de poursuivre un travail d'intérimaire.

Sur cette base, la médiatrice est intervenue auprès de la Commission mixte afin qu'elle entreprenne des démarches auprès du mé-decin du travail en question pour que ce der-nier prenne position sur les conclusions des médecins traitants du réclamant. La Commis-sion mixte a cependant refusé de réserver une suite à la demande de la médiatrice et s'est limitée à répondre qu'elle ne se trouve plus saisie du dossier et que le médecin du travail aurait établi son avis en âme et cons-cience.

Association d'assurance contre les accidents (AAA)

La médiatrice a été saisie par un réclamant, victime d'un accident du travail, qui s'est plaint de la prise en charge par l'Association d'assurance contre les accidents (AAA) d'une opération chirurgicale effectuée en France suite à une autorisation d'un transfert à l'étranger.

Un chirurgien luxembourgeois, spécialiste en orthopédie, avait introduit une demande d'autorisation d'un transfert à l'étranger en vue d'un traitement opératoire par un spécia-liste de haut niveau exerçant dans une cli-nique orthopédique en France.

Après la réalisation du traitement opératoire, la clinique a adressé au réclamant une fac-ture portant sur un montant de 1.496 euros représentant les suppléments d'honoraires dus au chirurgien.

L'AAA a fait savoir au réclamant qu'elle ne prend pas en charge les suppléments d'ho-noraires dépassant le tarif légal. Il est exact qu'en cas de transfert à l'étranger, l'AAA n'est légalement tenue de prendre en charge que les tarifs médicaux convention-nés et non les suppléments d'honoraires fac-turés librement.

Ce dossier évoque un problème plus général concernant l'indemnisation des victimes d'un accident du travail. Au cas où le traitement peut se faire au Luxembourg, la prise en charge des prestations est intégrale. En effet conformément à l'article 98 du Code de la sécurité sociale, *«les prestations de soins de santé au sens de l'article 17 imputables à un accident ou une maladie [...] peuvent être prises en charge jusqu'à concurrence de leur intégralité»*. Pour les assurés qui nécessitent

des soins à l'étranger, la prise en charge est effectuée aux tarifs applicables aux assurés sociaux des pays étrangers. Au cas où la complexité des lésions est telle que la victime de l'accident ne peut être traitée qu'à l'étranger et par des spécialistes de pointe non conventionnés, l'assuré luxembourgeois doit prendre lui-même en charge tous les frais dépassant les tarifs conventionnés étrangers.

En d'autres termes, la prise en charge du traitement dépend en fait de la gravité des lésions et de la disponibilité d'un traitement au Luxembourg respectivement à l'étranger au tarif conventionné.

En l'espèce, la médiatrice a souligné auprès de l'AAA que le médecin luxembourgeois a demandé un transfert précisément auprès du chirurgien étranger du fait qu'il s'agit d'un des rares spécialistes en mesure de réaliser le traitement.

Dans sa première prise de position, l'AAA a tout simplement contesté que le traitement chirurgical dont a bénéficié le réclamant n'ait pas pu être effectué au Luxembourg ou qu'il n'ait pas pu être effectué à l'étranger auprès d'un chirurgien relevant du régime d'assurance maladie légale et mettant seulement en compte les tarifs conventionnés.

La médiatrice s'est adressée au chirurgien luxembourgeois ayant demandé l'autorisation de transfert, qui lui a attesté, après avoir décrit la complexité des lésions dont a souffert le réclamant, qu'il s'est vu obligé de diriger ce dernier vers un mono-spécialiste de l'épaule ayant une très grande expérience dans le traitement de ces lésions complexes. Et le chirurgien d'ajouter qu'il ne connaît aucun spécialiste de pointe dans ce domaine dans la Grande Région et qu'il a donc conseillé au réclamant de consulter un spécialiste de renommée internationale pratiquant dans la Clinique orthopédique d'Annecy.

La médiatrice en a déduit que le traitement opératoire en question a nécessité une spécialisation extrêmement poussée et a revêtu un degré de complexité tel qu'il ne peut être réalisé par des chirurgiens conventionnés, mais seulement par quelques rares spécialistes étrangers qui ne travaillent pas sous le régime des tarifs sociaux.

La médiatrice a estimé que le réclamant se trouve dans la situation prévue à l'alinéa 6 de l'article 26 des statuts de la CNS, disposition

qui permet une prise en charge d'un traitement qui ne peut être effectué par un prestataire relevant du régime d'assurance maladie légale du pays étranger. En pareil cas, la prise en charge est effectuée sur la base des tarifs fixés par le Contrôle médical par analogie aux tarifs luxembourgeois et du coût moyen d'hospitalisation.

L'AAA n'a pas pris position quant à la demande de la médiatrice basée sur l'alinéa 6 de l'article 26 des statuts de la CNS.

L'AAA a cependant accepté d'accorder au réclamant un remboursement supplémentaire d'un montant de 236,49 euros sur la base de la réglementation communautaire qui prévoit un remboursement complémentaire au cas où la prise en charge dans l'Etat d'affiliation (le Luxembourg) est plus favorable que celle de l'Etat de séjour (France).

Le dossier est encore en cours de traitement.

B. Agence pour le développement de l'emploi (ADEM)

L'Agence pour le développement de l'emploi (ADEM) répond généralement rapidement aux demandes de la médiatrice. Le contact entre l'ADEM et le Secrétariat du Médiateur s'est amélioré depuis une entrevue entre la Direction de l'ADEM et la médiatrice. A cette occasion les procédures de traitement des réclamations reçues par la médiatrice à l'encontre de l'ADEM ont été discutées.

Les réclamations dirigées contre l'ADEM ont souvent trait aux indemnités de chômage. Les réclamants se plaignent soit du refus d'attribution des indemnités de chômage, soit du retrait des indemnités de chômage.

La médiatrice a cependant également eu à traiter des réclamations relatives à l'occupation temporaire indemnisée (OTI).

Occupation temporaire indemnisée – information des bénéficiaires quant au terme de la mesure

L'occupation temporaire indemnisée consiste en des travaux d'utilité publique auxquels les

chômeurs indemnisés peuvent être affectés sous certaines conditions afin de leur permettre de garder le contact avec le monde du travail.

Ainsi un chômeur indemnisé et bénéficiaire d'une OTI s'est adressé à la médiatrice en raison de l'arrêt, à ses yeux, abrupt et inattendu de son OTI. Le réclamant s'était vu accorder une OTI pour remplacer un salarié en congé de maladie prolongé. La lettre dans laquelle l'ADEM lui accordait l'OTI indiquait que la mesure était limitée à six mois avec une possibilité de prolongation de six mois.

Etant donné que le salarié remplacé était toujours en congé de maladie après l'expiration de la période initiale de six mois, le réclamant et l'employeur étaient persuadés que l'OTI allait être prolongée. Or en l'espèce une prolongation n'était pas possible parce que les droits aux indemnités de chômage du réclamant étaient venus à expiration.

Le réclamant a été averti de la fin de son OTI trois jours avant le terme. Cet avertissement a surpris à la fois le réclamant et son employeur.

La médiatrice a dû expliquer au réclamant que la prolongation de l'OTI n'était malheureusement pas possible, étant donné qu'il avait épuisé ses droits aux indemnités de chômage. Elle estimait toutefois que l'ADEM aurait dû informer le réclamant plus tôt de l'expiration de ses droits et de la fin de son OTI.

L'ADEM a expliqué que le réclamant et son employeur ont été informés dès le début que l'OTI était de six mois et qu'il était possible de la prolonger de six mois. Cette prolongation aurait cependant de toute façon dû être demandée à l'ADEM. Néanmoins, l'ADEM concède que l'arrivée du terme aurait pu être rappelée plus tôt au réclamant et qu'elle veillera dorénavant à informer les bénéficiaires d'une OTI deux mois avant l'expiration du droit aux indemnités de chômage ou du terme de l'OTI.

Lors d'une entrevue entre la direction de l'ADEM et la médiatrice, la direction de l'ADEM a remis à la médiatrice une lettre-type contenant la mise en garde de l'arrivée du terme, lettre qui sera dorénavant envoyée aux intéressés. La médiatrice ne peut qu'en féliciter l'ADEM.

Chômage technique involontaire

La médiatrice était saisie par une association sans but lucratif qui exploite un site culturel et historique appartenant à l'Etat. Pour l'exploitation du site, l'association emploie des salariés. Les salaires de personnes employées par l'association et les charges sociales y relatives sont entièrement à charge de l'association.

Début 2011, le ministère de la Culture et le Service des sites et monuments nationaux ont élaboré un projet de revitalisation du site. Etant donné que les travaux prévus étaient d'une grande envergure, le site devait rester fermé au public pendant plusieurs mois. Or l'association finance ses activités et les salaires des personnes employées avec les recettes provenant des entrées pour la visite du site, de diverses manifestations sur le site ainsi que de la location du site pour des événements.

Ainsi, l'association a fait une demande de chômage technique involontaire afin de ne pas être obligée de licencier son personnel. L'employeur peut recourir, sous certaines conditions, au régime de chômage technique involontaire. Lorsque ces conditions sont remplies, le Fonds pour l'emploi rembourse à l'entreprise une partie des salaires.

Cette demande a été refusée par le ministère du Travail et de l'Emploi au motif que la situation de l'association ne serait pas couverte par les dispositions légales relatives au chômage technique involontaire, notamment par le paragraphe (2) de l'article L. 532-1 du Code du travail qui dispose que *« Toutefois, le ministre ayant l'Emploi dans ses attributions, sur avis de l'Agence pour le développement de l'emploi, peut étendre le bénéfice de la subvention visée au paragraphe (1) à l'entreprise dont l'activité se trouve totalement interrompue ou sensiblement réduite du fait de travaux de voirie ou d'infrastructure décidés par l'administration compétente, d'une durée supérieure à un mois, entravant sérieusement l'accès de la clientèle, à condition que la réduction de l'activité en question entraîne une diminution notable du chiffre d'affaires par rapport à une période d'activité normale »*.

Considérant que ces conditions étaient bien remplies, l'association a réclamé contre la décision de refus. Suite à cette réclamation, l'association a eu plusieurs entretiens avec le Ministère et une visite des lieux a été faite. L'association aurait ensuite été informée oralement que la décision de refus initiale était

annulée. Une nouvelle décision quant au chômage technique parviendrait à l'association au plus tard endéans un mois. L'association n'a cependant pas reçu de nouvelle décision.

Estimant que l'article L. 532-1 paragraphe 2 du Code du travail devrait s'appliquer en l'espèce, la médiatrice s'est adressée au Ministère du Travail et de l'Emploi. Elle a expliqué que, pour pouvoir payer les salaires de son personnel ainsi que les charges sociales y relatives au cours de la période pendant laquelle le site était fermé, l'association a dû avoir recours à un prêt bancaire. Alors que le site était entretemps de nouveau ouvert au public et pouvait être visité et loué, l'association éprouvait des difficultés à rembourser ce prêt bancaire sachant que les entrées lui permettent normalement à peine de couvrir les frais de personnel.

Le ministère du Travail et de l'Emploi a demandé une nouvelle fois l'avis de l'ADEM. Malgré un avis négatif de l'ADEM, le ministre a finalement accordé le chômage technique involontaire à l'association.

Trop handicapé pour avoir le revenu pour personnes gravement handicapées

La médiatrice a été saisie d'une réclamation de la part d'un administré qui s'est vu refuser l'obtention du revenu pour personnes gravement handicapées (RPGH). Etant donné que l'intéressé a entre autres des problèmes au niveau linguistique, la réclamation a été introduite en son nom par une assistante sociale de l'office social de sa commune.

En vertu de la loi du 12 septembre 2003 relative aux personnes handicapées le RPGH est octroyé dans deux cas de figure:

- lorsque la personne n'est plus apte à travailler du tout, même pas dans un atelier protégé ;
- lorsqu'elle est reconnue salariée handicapée et que pour des raisons indépendantes de sa volonté elle n'a pas accès à un emploi salarié et dispose de ressources d'un montant inférieur à celui du revenu pour personnes gravement handicapées.

Suite à une attaque cérébrale qui a mis le réclamant dans un état de santé difficile, celui-ci a introduit une première demande en vue de l'obtention du RPGH. Cette demande

a été refusée par la Commission médicale en avril 2011. Celle-ci n'était pas d'avis que l'intéressé présentait un état de santé tel que tout effort de travail s'avère contre-indiqué. Elle estimait qu'il serait possible d'adapter un poste de travail dans le milieu ordinaire ou protégé à ses besoins. Autrement dit, le réclamant ne pouvait pas être classé dans la première des deux catégories indiquées ci-avant.

En août 2011, le réclamant a introduit une demande en reconnaissance de la qualité de travailleur handicapé. La Commission médicale lui a reconnu ce statut en novembre 2011. Le réclamant s'est inscrit en février 2012 en tant que demandeur d'emploi auprès du Service des salariés handicapés.

Avant que la personne gravement handicapée ne puisse avoir accès à un emploi, la Commission d'orientation et de reclassement professionnel fait une étude de son bilan médical et décide ensuite quel serait l'endroit de travail le plus adapté à la personne en question. Cette commission a décidé en mars 2012 que le réclamant ne peut être orienté ni vers un emploi sur le marché ordinaire, ni vers un atelier protégé. Cette décision a été prise conformément à l'avis du médecin du travail de l'ADEM et a été confirmée par la Commission spéciale de réexamen après un recours introduit par l'intéressé.

Etant donné que le réclamant n'a pas eu accès à un emploi salarié pour des raisons indépendantes de sa volonté, il aurait appartenu au directeur de l'ADEM de transmettre le dossier au Fonds national de solidarité en vue de l'obtention du RPGH conformément à l'article 5 (1) de la loi du 12 septembre 2003 relative aux personnes handicapées. Le directeur de l'ADEM a cependant refusé de procéder à cette transmission du dossier.

Suite à l'intervention de la médiatrice, le directeur de l'ADEM a précisé qu'une telle transmission se heurterait au règlement grand-ducal du 7 octobre 2004 portant exécution de la loi modifiée du 12 septembre 2003 relative aux personnes handicapées. Ce règlement énumère les pièces justificatives à ajouter en annexe et mentionne à ce titre une décision devenue définitive de la Commission d'orientation et de reclassement professionnel quant à l'orientation du requérant sur le marché de travail ordinaire ou dans un atelier protégé. Or, selon le directeur, ladite Commission n'ayant orienté le réclamant ni sur le marché de travail ordinaire ni sur un atelier protégé, il n'existerait donc aucune pièce relative à une

orientation du réclamant. Par conséquent, il ne serait pas en mesure de saisir le président du Fonds national de solidarité.

La question se pose donc de savoir si une décision de la Commission d'orientation et de reclassement professionnel déclarant l'intéressé insusceptible d'être orienté vers un emploi tant sur le marché du travail que vers un atelier protégé constitue ou non une décision relative à l'orientation d'un intéressé.

La médiatrice estime que la position prise par le directeur de l'ADEM est trop formaliste. Etant donné que le réclamant bénéficie du statut de travailleur handicapé et qu'il n'a pas eu accès à un emploi salarié pour des raisons indépendantes de sa volonté, il remplit les conditions pour bénéficier du RPGH. Le directeur s'est acharné à la contradiction entre la décision de la Commission médicale qui a considéré l'état de santé du réclamant comme suffisant pour occuper un poste de travail adapté soit dans le milieu ordinaire soit dans le milieu protégé et la décision de la Commission d'orientation qui a déclaré l'intéressé insusceptible d'être orienté vers un emploi.

Vu la position catégorique du directeur de l'ADEM, la médiatrice a proposé au réclamant d'introduire auprès de la Commission médicale une nouvelle demande en obtention du RPGH basé sur l'article 1.c) de la loi du 12 septembre 2003 relative aux personnes handicapées.

En cas de nouveau refus, une médiation entre les deux organismes susvisés de l'ADEM serait à l'ordre du jour.

Demande de remboursement des aides au réemploi

Un réclamant a eu droit au bénéfice d'une pension d'invalidité en vertu d'une décision de la Caisse de pension des employés privés du 20 mai 2008, la première mensualité lui ayant été versée à partir du 1^{er} juin 2008. Il résulte aussi de cette décision que la pension d'invalidité lui a été accordée avec effet rétroactif au 1^{er} novembre 2007.

Conformément à l'article 190 alinéa 2 du Code de la sécurité sociale, les arriérés de pension ont été assignés à la CNS à titre de remboursement des indemnités pécuniaires. Par la suite, l'ADEM lui a également demandé le remboursement de l'aide au réemploi que

le réclamant a touché durant cette période au motif que le contrat de travail du réclamant aurait déjà pris fin le 31 octobre 2007.

Aux termes de l'article 16 du règlement grand-ducal modifié du 17 juin 1994, l'aide au réemploi a été instituée pour garantir au salarié reclassé dans un nouvel emploi un niveau de rémunération correspondant à 90 % de l'ancienne rémunération.

La demande de remboursement de l'ADEM peut se comprendre comme suit: l'aide au réemploi suppose que le salarié poursuive une activité professionnelle dans un nouvel emploi et elle est difficilement compatible avec le statut de pensionné. L'octroi de l'aide au réemploi suppose donc que le salarié bénéficie d'un contrat de travail. Or, l'ADEM s'est basée sur la désaffiliation effectuée avec effet au 31 octobre 2007 pour conclure que le réclamant n'était plus sous contrat de travail durant la période en question.

Le réclamant ne bénéficie cependant que d'une pension d'invalidité mensuelle de 933,18 euros. S'il doit encore rembourser l'aide au réemploi d'un montant de 6.553,72 euros, il serait sans ressources pendant sept mois.

En outre, la désaffiliation du réclamant n'a pas eu lieu suite à une demande de l'employeur, mais dans le cadre de la procédure d'octroi de la pension d'invalidité. Aux fins de pouvoir procéder au calcul définitif de la pension d'invalidité, la Caisse nationale d'assurance pension (CNAP) demande au Centre commun de la sécurité sociale (CCSS) de clôturer les affiliations courantes à la date à laquelle la pension prend cours. Une fois que l'affiliation est clôturée à une date déterminée (qui peut être rétroactive), il est possible de procéder au calcul définitif de la pension, la carrière d'assurance de l'assurée étant définitivement arrêtée.

Comme en l'espèce, la désaffiliation a eu lieu dans le cadre de la procédure d'octroi de la pension d'invalidité, il y a lieu de se référer à l'article L. 125-4 du Code de travail.

Il a notamment été décidé par la jurisprudence qu'en vertu de cet article, le contrat de travail cesse de plein droit le jour de la décision portant attribution au travailleur d'une pension d'invalidité et non pas à la date à partir de laquelle ladite pension est attribuée avec effet rétroactif (Cour d'Appel 8^e 21.12.2006 Carlo Bernard c/ Marceline Wenzel, rôle n°31074).

Etant donné que le réclamant se trouvait encore sous contrat de travail jusqu'en 2008, l'ADEM s'est finalement déclarée d'accord à renoncer à sa demande de remboursement.

Décision de retrait des indemnités de chômage

Un réclamant s'est plaint auprès de la médiatrice au sujet de la décision de retrait des indemnités de chômage prise par l'ADEM à son égard.

Le réclamant a reçu une carte d'assignation dans laquelle il a été invité à prendre contact par téléphone avec un employeur. Dans sa décision de retrait, l'ADEM lui a reproché son « attitude négative » lors de l'entretien téléphonique avec l'employeur de sorte qu'il ne pouvait plus être considéré comme chômeur involontaire.

La médiatrice a demandé à l'ADEM de lui fournir des précisions sur les propos tenus au téléphone par le réclamant desquels l'employeur prétend déduire une attitude à ce point négative, qu'il y aurait lieu d'en déduire un refus de travail de nature à faire perdre au réclamant sa qualité de chômeur involontaire.

L'ADEM précisa que le réclamant aurait clairement manifesté lors de cet entretien téléphonique son désintérêt pour le poste offert dans le cadre d'une occupation temporaire indemnisée (OTI) et que par le passé, un autre employeur aurait déjà relevé la même attitude négative de la part du réclamant.

Au vu de ces éléments, la médiatrice n'a pas pu poursuivre des démarches en faveur du réclamant.

C. Caisse nationale des prestations familiales (CNPF)

Les réclamations à l'encontre de la Caisse nationale des prestations familiales (CNPF) sont variées. La médiatrice a été saisie d'un certain nombre de réclamations qui ont pu être réglées assez rapidement. Il s'agissait souvent de cas dans lesquels le dossier des réclamants n'était pas complet. Il a suffi dans ces cas de transmettre à la CNPF les documents manquants.

Alors qu'une bonne partie des dossiers ont pu être solutionnés rapidement en raison du bon contact qu'entretiennent les collaborateurs de la médiatrice avec les agents de la CNPF, la médiatrice est amenée à constater que les bénéficiaires des prestations familiales sont souvent insuffisamment informés de leurs droits et obligations. Ainsi, la communication entre la CNPF et les bénéficiaires des prestations familiales présente parfois des insuffisances ou la communication est lacunaire.

Dans certains cas, la CNPF a tardé à remarquer que des prestations, qui continuaient à être payées, n'étaient plus dues. Dans un tel cas, la somme à rembourser par les bénéficiaires est parfois élevée. A ce sujet, la médiatrice se pose la question de savoir si des échanges d'informations ne devraient pas avoir lieu plus systématiquement entre la CNPF et d'autres administrations qui disposent d'informations qui seraient importantes pour déterminer le droit aux prestations familiales (p.ex. le Centre commun de la Sécurité sociale).

Ainsi, la médiatrice a été saisie par une famille qui réside dans un autre Etat membre de l'Union européenne à qui la CNPF lui réclamait le remboursement d'un montant de 20.000 euros à titre de prestations familiales indûment perçues.

Le père de famille est originaire du Grand-Duché de Luxembourg. Ayant vécu et travaillé au Luxembourg, il a été muté par son employeur fin 2002 dans une filiale établie dans son nouvel Etat de résidence. Il a toutefois gardé une assurance volontaire maladie et pension au Luxembourg.

Sur base du Règlement (CEE) No. 1408/71 du Conseil du 14 juin 1971, la CNPF a considéré à juste titre cette assurance volontaire comme étant suffisante pour bénéficier des allocations familiales au Luxembourg. En plus, la famille n'avait pas droit aux prestations familiales dans son pays de résidence. Or, depuis l'entrée en vigueur d'un Règlement européen qui coordonne les systèmes de sécurité sociale (Règlement CE 883/2004 du 29 avril 2004), une inscription volontaire ne suffit plus pour pouvoir toucher des prestations familiales luxembourgeoises.

Malgré ce changement de législation, la CNPF a continué à payer les prestations familiales jusqu'en décembre 2012 date à la-

quelle la mère de famille a informé la CNPF qu'elle reprenait un travail dans son pays de résidence.

Au cours des années, les réclamants ont toujours informé la CNPF de tout changement dans leur situation familiale ou professionnelle et ont toujours remis tous les documents que la CNPF leur demandait. La CNPF avait donc tous les éléments pour connaître la situation des réclamants. Après l'entrée en vigueur du Règlement CE 883/2004, le dossier aurait dû être réévalué et mis en conformité avec les nouvelles dispositions. Les réclamants quant à eux pouvaient légitimement ignorer que suite à l'entrée en vigueur du Règlement CE 883/2004 leurs droits allaient changer. Leur situation familiale et professionnelle était restée inchangée.

Etant donné que les salaires des réclamants sont modestes, ils ne pouvaient pas rembourser la somme de 20.000 euros que la CNPF réclamait à titre de trop-perçu. Les prestations familiales reçues avaient logiquement été utilisées pour payer les charges de la famille.

Au moment où la famille s'est adressée à la médiatrice, aucun arrangement n'avait encore pu être trouvé avec la CNPF. Afin d'éviter un recouvrement forcé, la famille avait cependant déjà commencé à rembourser la somme réclamée par des paiements mensuels de 100 euros, alors qu'un paiement plus substantiel aurait compromis la situation financière de la famille.

La médiatrice a constaté que les réclamants n'avaient commis aucune faute ni aucune négligence. Ils n'ont jamais essayé d'obtenir frauduleusement des prestations auxquelles ils n'avaient pas droit. La situation était donc imputable à la CNPF qui a continué à payer les prestations familiales alors qu'elle disposait de toutes les informations nécessaires pour évaluer la situation.

Aussi, la médiatrice a-t-elle demandé à la CNPF d'assumer sa responsabilité et de renoncer, du moins en partie, à la restitution de la somme réclamée.

La CNPF a partagé l'avis de la médiatrice selon lequel il ne pouvait être reproché aux réclamants de ne pas avoir été au fait du changement intervenu par l'entrée en vigueur du Règlement CE 883/2004 ni d'avoir été de mauvaise foi.

Néanmoins, la CNPF a fait remarquer que la famille avait touché une somme importante

en allocations de la part de l'Etat luxembourgeois. La CNPF n'aurait pas pu détecter que dans le dossier en question la situation avait changé, puisqu'elle ne disposait pas d'un système informatique ou technique adapté à cette fin. En effet, la CNPF ne bénéficie pas d'un accès aux données du Centre commun de la Sécurité sociale. C'est pour cette raison que le problème n'est apparu qu'au moment où un autre changement a dû être fait dans le dossier, à savoir la reprise d'un travail de l'épouse.

Afin de tenir compte de la bonne foi des réclamants, la CNPF s'est toutefois montrée sensible à l'argumentation de la médiatrice et a exceptionnellement renoncé à une partie de la somme indûment perçue par la famille. Un échelonnement des remboursements a été accordé pour la somme restante.

La médiatrice approuve l'attitude de la CNPF qui est conforme au principe de bonne administration selon lequel l'administration doit assumer les conséquences de ses actes.

Il est évident que dans des cas où des bénéficiaires de prestations ont sciemment trompé la CNPF ou n'ont pas respecté l'obligation d'informer la CNPF d'un changement dans leur situation, la CNPF ne renoncera pas au remboursement des sommes indûment perçues.

La médiatrice tient à ajouter qu'un accès de la CNPF aux données du Centre commun de la Sécurité sociale lui permettrait de contrôler plus facilement certaines données et de détecter des changements de situation des bénéficiaires de prestations afin de s'y adapter rapidement. Idéalement, la CNPF devrait être informée automatiquement de certains changements de situations ayant des conséquences sur le droit aux prestations familiales. Etant donné qu'un tel échange d'informations risque cependant de poser d'autres problèmes, un accès limité aux données concernant la CNPF (p.ex. l'existence d'une affiliation à la sécurité sociale luxembourgeoise) permettrait au moins d'éviter un paiement prolongé des prestations, dès que la CNPF a un doute sur les indications contenues dans ses fichiers.

La médiatrice souhaite citer une autre réclamation reçue à l'égard de la CNPF.

Le réclamant avait saisi la médiatrice suite au refus de la CNPF de lui octroyer un congé

parental. En principe, chaque parent a droit à un congé parental de six mois par enfant. Le congé parental peut également être pris à mi-temps pendant douze mois.

Dans le cas soumis à la médiatrice, le réclamant était père de jumeaux. Pour ce cas, l'article L.234-44 alinéa 3 du Code du travail prévoit ce qui suit : « *En cas de naissance multiple ou d'adoption multiple, le congé parental est accordé intégralement pour chacun des enfants de la même naissance ou adoption. La demande du congé parental s'applique à tous les enfants visés.* »

L'article L.234-45 alinéa 3 du Code du travail prévoit que l'un des parents doit prendre son congé parental consécutivement au congé de maternité (le premier congé parental). Le deuxième congé parental peut être pris par l'autre parent jusqu'à l'âge de cinq ans de l'enfant. Au cas où aucun des parents ne prendrait son congé parental consécutivement au congé de maternité, le premier congé parental est perdu. Le deuxième congé parental reste dans ce cas disponible et peut être pris par n'importe lequel des parents.

Suite à la naissance des jumeaux, la mère avait pris un congé parental de six mois consécutivement au congé de maternité. Immédiatement après ce congé parental de six mois, elle a pris un congé à plein temps de douze mois.

Lorsque le père a demandé son congé parental pour les deux enfants, le congé parental pour l'un des enfants lui a été refusé par la CNPF au motif que le congé parental à mi-temps de douze mois pris par la mère n'avait pas été pris consécutivement au congé de maternité et était donc à considérer comme le deuxième congé parental pour l'enfant en question.

Ce raisonnement juridiquement correct n'en est pas moins illogique alors qu'en l'espèce la mère a pris le congé parental à plein temps pour le premier enfant et a enchaîné immédiatement avec le congé parental à mi-temps pour le deuxième enfant. En pratique, on peut donc considérer que les congés étaient consécutifs au congé de maternité.

Le refus était basé sur la deuxième phrase de l'alinéa 3 de l'article L.234-44 du Code du travail : « *La demande de congé parental s'applique à tous les enfants visés.* » Cette disposition signifie que la forme du congé parental choisie au départ doit être maintenue pendant toute la durée du congé parental ac-

cordé pour l'ensemble des enfants d'une même naissance. De cette manière le congé peut être considéré dans son intégralité comme congé parental consécutif au congé de maternité.

Les parents n'étaient pas au courant de l'interprétation de cette disposition du Code du travail. Ils affirment que la CNPF les a avertis du fait que la mère avait pris ses congés de façon à entraîner la perte d'un congé parental pour le père à un moment où il n'était plus possible de s'organiser différemment.

Lorsque la mère a choisi la forme de son congé parental, les parents n'étaient pas au courant que contrairement aux parents qui ont leurs enfants consécutivement, ils n'avaient pas la possibilité de choisir la forme de leur congé parental individuellement pour chaque enfant.

La médiatrice partage l'avis des parents que les dispositions légales ne sont pas claires et ont pu être mal comprises. Pour cette raison, l'information concernant le congé parental en cas de jumeaux devrait être plus précise sur le site internet de la CNPF et sur les feuilles d'informations disponibles pour les parents. Cela permettrait de rendre les parents de jumeaux attentifs aux modalités de leur congé parental. La CNPF s'est engagée à améliorer ces informations.

Lors d'une entrevue entre les responsables de la CNPF et la médiatrice, les modalités d'information des parents concernés ont été discutées. Outre l'information plus précise qui sera donnée sur le site internet de la CNPF, celle-ci veillera à informer les parents sur les conséquences du choix du parent qui prend le premier congé parental et plus précisément lorsqu'il souhaite changer de forme de congé parental pour l'un des enfants (p.ex. si pour des jumeaux il souhaite prendre six mois à plein temps et douze mois à mi-temps au lieu de 12 mois à plein temps ou 24 mois à mi-temps) avant de donner l'accord pour le congé parental.

La médiatrice se félicite de l'accord intervenu, mais reste convaincue que la loi sur le congé parental mériterait d'être amendée pour la rendre plus facile à comprendre et à appliquer.

La médiatrice a été saisie d'une réclamation dirigée à l'encontre de la CNPF de la part de

deux époux qui résident au Grand-Duché de Luxembourg sous le couvert d'une autorisation de séjour de type étudiant et qui se sont vu refuser l'allocation de naissance pour leur fils qui venait de naître au Luxembourg. Ce refus était motivé par le fait que les réclamants ne remplissent pas les conditions posées par les articles 277 à 287 du Code de la sécurité sociale, aux termes desquels il faut avoir un domicile légal au Luxembourg à la date du dernier examen prénatal pour pouvoir prétendre à l'allocation de naissance.

Les réclamants ont contesté cette décision. Ils estiment en effet remplir cette condition, puisqu'ils sont tous les deux détenteurs d'une autorisation de séjour valable.

Le terme « domicile légal » est interprété de manière très large. Selon la jurisprudence, avoir son domicile légal au Luxembourg signifie non seulement que la personne concernée doit résider de manière légale au Luxembourg, mais en plus il faut que les critères de fixité et de stabilité soient remplis, c'est-à-dire la volonté certaine de vouloir vivre dans le pays.

La CNPF est toutefois d'avis que le critère de fixité du domicile n'est pas rempli dans leur cas, en raison du fait qu'ils sont autorisés à résider au Luxembourg pour y effectuer des études, ce qui par définition signifie d'y vivre pendant une période limitée dans le temps.

La médiatrice est intervenue auprès de l'administration en question pour expliquer que les époux étaient certes venus au Luxembourg pour y effectuer leurs études, mais qu'ils envisageaient d'y rester une fois leurs études terminées. Pour la médiatrice, la volonté de vouloir rester au pays ressort notamment du fait que l'épouse a déjà travaillé sous le statut d'étudiant au Luxembourg et qu'elle est activement en train de chercher un emploi, alors que ses études arrivent à leur fin. Elle a par ailleurs même déjà été convoquée à plusieurs entretiens d'embauche.

Ces éléments n'ont cependant pas permis de convaincre le Président de la CNPF. Pour lui, le statut d'étudiant est par définition temporaire et ne confère pas de domicile légal dans le pays dans lequel des études sont poursuivies.

Il a toutefois précisé que dans le cas où les réclamants obtiendraient un autre type d'autorisation de séjour, la Caisse ne manqueraient bien entendu pas de revenir sur les droits auxquels ils pourront prétendre à ce moment-là.

Le même raisonnement s'applique également pour les allocations familiales, puisque l'article 269 du Code de la sécurité sociale pose également la condition selon laquelle il faut avoir un domicile légal au Luxembourg pour prétendre à ce type d'aides.

Une autre réclamation venait d'un grand-père auprès de qui deux petits-enfants avaient été placés suite à un jugement étranger alors que les enfants devaient être hébergés hors de leur milieu familial.

Dans ce contexte, il y a lieu de préciser que la législation étrangère prévoit que ce placement ne peut être ordonné que pour la période d'une année, prorogeable par la suite. D'ailleurs le grand-père expliquait que les autorités étrangères prévoyaient que le placement devait durer longtemps.

Le grand-père a introduit une demande en obtention des allocations familiales auprès de la CNPF dès que les petits-enfants ont résidé effectivement dans son ménage.

La CNPF n'a toutefois attribué les prestations familiales qu'à partir du moment où les enfants ont été inscrits au registre de la population de la commune au Luxembourg alors que le domicile légal et la résidence effective dans le ménage du grand-père sont des éléments déterminants pour l'ouverture du droit aux prestations.

En effet, la CNPF ne saurait se référer qu'aux pièces officielles qui lui sont adressées. Ainsi a été pris en compte le certificat de composition de ménage pour déterminer l'ouverture du droit aux prestations familiales.

La CNPF a attribué les allocations familiales pour chaque enfant individuellement. Elle n'a pas accepté de considérer qu'il s'agit d'un groupe d'enfants, cas dans lequel les allocations familiales sont majorées. A noter que dans le ménage du grand-père vit également encore une de ses propres filles qui est encore mineure et a donc encore droit aux allocations familiales.

Ainsi le grand-père touchait les prestations familiales pour chaque enfant séparément.

Il s'est alors adressé à la CNPF pour réclamer l'attribution du groupe familial pour les trois enfants. Dans sa prise de position, la CNPF a toutefois expliqué ne pas pouvoir donner suite

à cette demande alors que suivant les dispositions de l'article 270 alinéa 5 du Code de la sécurité sociale : « La Caisse nationale des prestations familiales **peut** étendre le groupe familial du tuteur ou du gardien effectif aux enfants recueillis par une personne qui exerce la tutelle ou le droit de garde en vertu d'une décision judiciaire coulée en force de chose jugée ou de toute autre mesure légale de garde, dûment certifiée par l'autorité compétente, **à condition que le placement soit durable** et que cette solution soit plus favorable pour le bénéficiaire. **Est considéré comme durable tout placement ordonné pour la durée d'une année au moins.** »

Dans son intervention la médiatrice a fait valoir que la législation du pays en provenance duquel les petits-enfants venaient ne prévoyait que des placements pour une période d'un an, prorogeables d'une année à l'autre.

La CNPF a accepté de revoir la situation familiale dès que les petits-enfants auraient résidé légalement depuis un an chez leurs grands-parents. Compte tenu du fait qu'un nouveau jugement avait entretemps prolongé le placement, la CNPF a attribué le groupe familial de façon rétroactive, c'est-à-dire à partir du début de leur résidence légale auprès de leurs grands-parents.



Partie 2



2.1. Des recommandations de la médiatrice et des suites y réservées par les autorités compétentes

2.2 Des avis et des suggestions d'ordre pratique aux administrations



2.1. Des recommandations de la médiatrice et des suites y réservées par les autorités compétentes

Recommandation 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:

En ce qui concerne le suivi de la recommandation N°42, je me réfère à mes réflexions présentées dans la préface et le suivi de la recommandation N°45 dans le rapport annuel de l'année précédente. La situation reste inchangée dans l'attente de l'entrée en vigueur de la loi des droits et devoirs des patients.

Recommandation N°45 relative à l'institution d'un organe de surveillance auprès des ordres professionnels et d'autres professions libérales

Depuis son entrée en fonction en mai 2004, le Médiateur est régulièrement saisi de réclamations émanant de citoyens qui expriment leur mécontentement sur la manière de voir traiter leurs plaintes par les instances des ordres professionnels ou d'autres professions libérales réglementées en charge de veiller au respect des règles déontologiques par les membres de la profession.

Il s'agit en l'occurrence notamment de réclamations émanant de citoyens insatisfaits du traitement de leurs plaintes adressées au Conseil de l'Ordre des avocats, à la Chambre des huissiers, à la Chambre des notaires ou encore au Collège médical.

Tout en n'ayant pas de compétence directe pour connaître de telles réclamations à l'encontre d'instances qui ne sont pas des instances publiques au sens de la loi du 22 août 2003 instituant un Médiateur, il est néanmoins légitime que le Médiateur s'interroge sur le fonctionnement des instances internes aux professions libérales qui par délégation de la puissance publique ont notamment pour mission de veiller à la réputation de la profession et de protéger les citoyens contre tous agissements de leurs membres qui seraient préjudiciables à l'honneur de la profession.

Il s'agit-là d'une préoccupation d'autant plus pertinente que de par la nature de leurs services et de leurs prestations ces professions libérales se situent dans un cadre proche de celui d'un service public.

Les expériences acquises au cours des sept dernières années amènent le Médiateur à conclure que nombre de citoyens à tort ou à raison n'arrivent pas à se défaire du sentiment que les instances de surveillance des différentes professions libérales ont plutôt le réflexe de défendre leurs membres contre toutes critiques ou contestations venant de l'extérieur que d'assurer la protection du public contre des agissements ou des comportements non conformes aux règles de la profession.

Dans une société marquée par une évolution ultra-rapide des connaissances scientifiques, techniques et professionnelles dans laquelle les citoyens se sentent souvent dépassés et insécurisés par une législation de plus en plus

envahissante, les experts membres de professions libérales assument une responsabilité d'autant plus grande à l'égard de leurs clients.

Aussi le pouvoir d'autorégulation, l'une des pierres angulaires d'un système qui pour certaines professions remonte au début du 19^{ème} siècle, ne saurait-il de nos jours puiser sa justification que dans la détermination de tout ordre professionnel de veiller scrupuleusement à l'observation des règles déontologiques de la profession et ainsi d'assurer pleinement les responsabilités qui lui incombent de par la loi.

Si les instances désignées de par la loi à engager des poursuites disciplinaires contre des membres de la profession ayant enfreint les règles déontologiques n'ont pas d'obligation légale de rendre des comptes aux plaignants, la responsabilité morale de motiver leur prise de position et d'informer les personnes concernées des suites réservées à leur plainte semble d'autant plus évidente que sauf, en cas de saisine par le Procureur général d'Etat ou par le Procureur d'Etat, il leur appartient à elles seules de juger de l'opportunité d'une poursuite devant le Conseil de discipline.

Interpellé par de nombreuses plaintes dont il a été saisi à l'encontre des instances appelées à veiller à la sauvegarde de l'honneur de la profession et sans vouloir aucunement mettre en cause l'intégrité et l'engagement des mandataires en charge de cette mission dans les différents ordres professionnels, le Médiateur estime qu'un fonctionnement interne des professions libérales à l'abri du moindre regard de l'extérieur n'est plus guère compatible avec les principes d'objectivité et de transparence qui sont à la base d'une conception évoluée de l'Etat de droit et de la démocratie.

Aussi le Médiateur est-il convaincu que la mise en place d'une instance de surveillance de l'Etat auprès des ordres professionnels et d'autres professions libérales serait de nature à renforcer la confiance du public dans le fonctionnement de ces professions et à corroborer la légitimité du pouvoir d'autorégulation dont elles sont investies.

Si à ce jour une telle instance n'a pas encore trouvé sa place dans les démocraties de l'Europe occidentale, l'idée n'est pas nouvelle dans la mesure où déjà en 1981 elle s'est trouvée inscrite dans le programme de François Mitterrand, candidat de la gauche aux élections du Président de la République française.

Ainsi le Médiateur ne voit pas d'argument qui serait de nature à empêcher le législateur luxembourgeois d'être pour une fois à la pointe du progrès démocratique en s'appropriant une idée dont la mise en œuvre pourrait servir d'exemple à d'autres Etats européens.

A cette fin, le Médiateur estime que le législateur serait bien conseillé de s'inspirer du système professionnel tel qu'il fonctionne au Québec, dans un Etat qui depuis des décennies est à l'avant-garde du processus démocratique et de la protection des droits du citoyen.

En 1973, l'Etat du Québec s'est doté d'un code des professions avec comme principale innovation l'institution d'un office des professions.

Il s'agit en l'occurrence d'un organisme gouvernemental dont la mission première consiste à surveiller le fonctionnement des ordres professionnels et notamment à veiller à ce que chaque ordre s'acquitte de son mandat de protection du public.

Cela étant, le Médiateur se rend parfaitement à l'évidence que vu la multiplicité des missions et des compétences dévolues à l'office des professions, le modèle québécois ne saurait être transposé tel quel dans le droit interne luxembourgeois.

Ainsi et au-delà de son rôle d'organisme-conseil auprès du gouvernement l'office des professions vérifie les mécanismes d'évaluation de la compétence et de l'éthique des professionnels ainsi que la situation financière des ordres professionnels. Il dispose également d'un pouvoir réglementaire et de pouvoirs d'enquête.

Dans le contexte de la présente recommandation le Médiateur propose de limiter la surveillance de l'Etat à l'évaluation qualitative du traitement par les instances compétentes des ordres professionnels et d'autres professions libérales des plaintes des citoyens relatives à des actes ou à des comportements de leurs membres.

Il s'agirait en l'occurrence d'un contrôle relatif au traitement approprié des dossiers suite à des réclamations adressées à l'organe chargé par l'Etat de protéger le public contre tous dysfonctionnements d'un ordre professionnel.

Ainsi en cas d'un traitement inapproprié par l'instance compétente d'une profession libé-

rale d'une plainte lui adressée par un citoyen, l'organe de surveillance pourrait s'adresser à l'instance concernée pour demander un réexamen du dossier sans pour autant avoir le droit d'intervenir dans le fond de l'affaire.

L'organe de surveillance pourrait notamment enjoindre à l'instance concernée de transmettre au plaignant une réponse dûment motivée. Il veillerait à ce que le plaignant reçoive dans les meilleurs délais de plus amples explications sur les suites réservées à son dossier afin qu'il comprenne au mieux le sens de la position prise par l'instance compétente de l'ordre ou de la profession concernés.

L'organe de surveillance accuserait réception de toutes réclamations écrites dans les cinq jours tout en s'obligeant à y apporter dans toute la mesure du possible une réponse dans les quatre-vingt-dix jours.

L'organe de surveillance établirait autant de rapports annuels que de besoin sur la nature des plaintes dont il a été saisi à l'encontre des instances des ordres professionnels ou d'autres professions libérales. Ces rapports contiendraient, le cas échéant, des commentaires et des suggestions en vue d'une amélioration des relations que les ordres professionnels entretiennent avec les citoyens.

Chaque rapport serait adressé tant à l'ordre ou à la profession concernés qu'au Ministre de tutelle.

Quant à la détermination et à la composition de l'organe de surveillance auprès des ordres professionnels ou autres professions libérales, le Médiateur estime que pour des raisons liées à l'indépendance et à l'impartialité il serait indiqué de confier cette mission à un collège composé de trois conseillers à la Cour d'appel.

En conclusion le Médiateur recommande au Gouvernement de prévoir l'institution d'un collège composé de trois conseillers à la Cour d'appel en tant qu'organe indépendant de surveillance auprès des ordres professionnels et autres professions libérales avec pour mission

- *d'examiner le bien-fondé des réclamations individuelles dont il a été saisi à l'encontre des instances internes aux professions libérales*
- *de veiller à ce que les plaintes adressées aux instances concernées soient traitées avec toute la diligence et tous les soins requis*

- d'enjoindre aux instances compétentes de réexaminer le dossier dès lors qu'il estime que la plainte d'un citoyen n'a pas fait l'objet d'un traitement approprié sans pour autant avoir le droit de s'immiscer dans le fond de l'instruction
- de s'assurer que les plaignants soient explicitement informés des suites réservées à leur dossier
- de présenter pour autant que de besoin aux ordres professionnels et autres professions libérales ainsi qu'aux Ministres de tutelle un rapport annuel sur la nature des plaintes dont il a été saisi assorti le cas échéant de commentaires et de suggestions en vue d'une amélioration des relations que ces professions entretiennent avec les citoyens.

Réponse 45:

La recommandation N°45 a connu des évolutions depuis sa formulation par le premier médiateur, Monsieur Marc Fischbach.

Au départ, elle visait la mise en place d'un organe indépendant de surveillance auprès des ordres professionnels du Grand-Duché. Le premier médiateur a en effet constaté que le fonctionnement interne des professions libérales est à l'abri du moindre regard extérieur, ce qui n'est guère compatible avec les principes d'objectivité et de transparence d'une société démocratique. Etant donné que la loi limite le champ d'action du médiateur aux réclamations à l'égard des ministères et administrations de l'Etat, des communes et établissements publics relevant de l'Etat et des communes, le médiateur ne peut intervenir en cas de réclamations, qu'il reçoit à l'encontre des ordres professionnels ou de ses membres, notamment le Collège médical, la Chambre des Notaires, la Chambre des Huissiers, l'Ordre des Avocats du Barreau de Luxembourg et l'Ordre des Architectes et des Ingénieurs.

Les réactions à la recommandation N°45 furent nombreuses et très diversifiées. Toutes les réponses émanant des différents ordres professionnels avaient comme point commun qu'elles estimaient que les recours actuellement en place seraient suffisants pour garantir au mieux les droits des citoyens. J'estimais que tel n'était pas le cas et j'ai eu de nombreuses entrevues avec des représentants de différents ordres professionnels à l'encontre desquels des réclamations m'avaient été adressées.

Lors du suivi de la recommandation N° 45, j'ai constaté que l'idée d'un organe de surveillance juridictionnel externe proposée par cette recommandation fut refusée par l'ensemble de ses interlocuteurs, ainsi que par les juges et le procureur général.

Les réponses soumises par les autorités publiques étaient plus nuancées et ont fait notamment surgir la légitimité du droit à l'information du citoyen. Monsieur le procureur général a rejoint l'avis de la Cour supérieure de Justice en rejetant la composition de l'organe proposé par trois conseillers à la Cour d'appel pour prévenir toute confusion possible de cet organe de surveillance avec un organisme à caractère juridictionnel. Monsieur le procureur général ne nie cependant pas l'intérêt de la création d'un tel organisme et suggère que ce dernier soit composé, non par des juges, mais par des membres issus de tous les ordres professionnels concernés.

Recherchant une structure transparente et accessible dans le cas d'un conflit avec l'ordre concerné ou avec un de ses membres, une structure de médiation (telle que proposée par la recommandation N° 42 en matière de santé) fut proposée et acceptée par plusieurs Ordres et Chambres professionnels en 2012 en lieu et place de l'organe de surveillance auprès des ordres professionnels et autres professions libérales.

Ainsi, au cours des entretiens sectoriels menés avec les représentants des différents ordres voire chambres professionnelles (avocats, huissiers, notaires, architectes, ingénieurs), j'ai suggéré la création, pour chaque entité, d'une structure interne de médiation composée de deux personnes au moins.

En 2012, les représentants rencontrés ont tous favorablement accueilli l'idée d'une structure de médiation interne à leurs ordres professionnels respectifs, tout comme ils ont pu adhérer à l'idée que les représentants de leurs professions respectives qui assumeraient ce service de médiation, suivent une formation initiale et continue en médiation.

Entretemps, plusieurs ordres professionnels nous ont fait part de leurs efforts en matière de médiation.

La Secrétaire de **la Chambre des Notaires** a été désignée médiatrice pour une durée indéterminée. Il est prévu de faire connaître

cette désignation sur le site internet de la Chambre des Notaires en 2014. La personne désignée est prête à participer à une formation initiale et continue, dont la durée de formation initiale reste encore à convenir d'un commun accord avec les aspirants médiateurs des autres professions indépendantes.

Le directeur de l'**Ordre des Architectes et des Ingénieurs** (OAI) nous a rappelé l'existence de la Commission OAI Déontologie, c'est-à-dire d'une équipe multidisciplinaire dont un membre a suivi une formation initiale en médiation à Paris. Leurs missions sont les suivantes :

1. Lorsqu'ils reçoivent une réclamation, ils vérifient d'abord, si le code déontologique a été appliqué correctement par le professionnel.
2. Lorsqu'il n'est pas question de problèmes d'ordre déontologique mais plutôt de problèmes dits « contractuels », comme par exemple un architecte qui ne s'est pas présenté à un rendez-vous ou bien une facture trop élevée, la commission essaye de régler le problème à travers un échange de courrier. Dans ce cas, un expert propose des solutions.

Suite à une nouvelle entrevue fin 2013, le directeur de l'OAI a admis que le nom de la Commission « Déontologie » ne traduit pas son activité réelle, alors qu'en fait la plupart des dossiers traités par celle-ci concernent des difficultés de compréhension et des problèmes d'ordre technique et non pas des questions d'ordre déontologique.

L'OAI affirme être toujours d'accord de créer une structure de médiation interne et de participer à une formation en médiation.

- A ce jour, la **Chambre des Huissiers de justice** ne m'a pas avertie d'éventuelles évolutions en matière de médiation interne.
- Le **collège médical** est devenu membre du Centre de Médiation Civile et Commerciale (CMCC) au premier janvier 2013. Il y est représenté au Conseil d'Administration par son président.

Un de ses membres suit une formation en médiation auprès du CMCC, alors que d'autres membres ont suivi une brève formation aux techniques de la médiation. Une médiation interne au sein même du Collège Médical est prévue dans le cas de litiges entre membres des professions y représentées.

- J'ai également appris que l'**Ordre des Avocats du Barreau de Luxembourg** a fixé en 2013 dans son règlement intérieur une structure interne intitulée « service d'accueil type Ombudsman » et que « dans ses contacts avec l'Ombudsman, l'avocat est tenu à une collaboration loyale et sincère ».

En pratique, la structure n'est pas connue du grand public. La personne actuellement en charge affirme qu'au cours de l'année 2013, elle a traité « une dizaine » de dossiers dans sa fonction. Dans la majorité des cas, elle essaye de régler ces différends par écrit et ne procède que très rarement à des rencontres.

J'observe des différences entre la démarche du collège médical, qui est devenu membre du CMCC et celle de l'Ordre des Avocats du Barreau de Luxembourg, qui a créé un service type « Ombudsman ». Les avocats sont tenus à une « collaboration loyale » dans leurs relations avec cette nouvelle structure interne alors que le recours au Centre de médiation civile et commerciale est facultatif pour les membres du corps médical. En pratique, les avocats sont donc tenus de collaborer avec le « service d'accueil type Ombudsman » lorsque celui-ci reçoit une réclamation de la part d'un mandant à l'encontre d'un avocat, alors que les médecins peuvent refuser leur collaboration, le recours au CMCC étant purement volontaire pour les parties au différend.

Bien que la **médiation privée** soit habituellement volontaire pour toutes les parties, cette caractéristique d'une médiation pose problème lorsqu'il s'agit de réclamations adressées par un client à l'égard d'un professionnel indépendant. Mis à part les problèmes de disponibilité des professionnels libéraux, la nature des rapports contribue à ce que la volonté ou l'intérêt de résoudre un problème n'est jamais vécu de la même façon des deux côtés. La relation professionnelle, qui risque de placer le professionnel dans une situation, qui peut être perçue comme étant privilégiée par rapport à celle de son client, entraîne la nécessité d'inciter leurs membres à la participation à une telle médiation. L'Ordre des Avocats du Barreau semble avoir reconnu cette nécessité, ce qui favorise le succès de leur nouvelle structure interne dans le futur par la dénomination « service d'accueil type Ombudsman ». On ne peut en effet opposer à un « Ombudsman » le secret professionnel et ce dernier a par définition le pouvoir d'instruire les dossiers dont il est saisi. L'intérêt du secret professionnel ne consiste pas à protéger le professionnel, mais

bien le particulier concerné. Ce dernier donne implicitement son accord pour partager la confidentialité du dossier avec le médiateur ou l'Ombudsman, auquel il adresse une réclamation.

Dans un premier temps, le collège médical a décidé de devenir membre du CMCC. La résolution extrajudiciaire des litiges est donc confiée à un organe externe de médiateurs professionnels où la participation des médecins est cependant volontaire. L'avantage de cette démarche consiste en la formation spécifique à la médiation, ainsi que le fait que ce dernier est externe au collège médical. Toute médiation interne d'un ordre professionnel, aussi objective soit-elle, n'aura pas d'apparence d'indépendance. Les clients et usagers risquent toujours de croire que le médiateur ou l'ombudsman, désigné par l'ordre, favorise ses confrères dans la résolution du différend.

L'analyse qui précède m'a amenée à une réflexion commune avec les responsables des chambres et ordres professionnels au sujet d'une structure qui présenterait aussi bien les avantages d'une apparence externe que ceux d'une collaboration contraignante pour les professionnels indépendants concernés.

En effet, tous les ordres et chambres précités font partie de **la Fédération luxembourgeoise des travailleurs intellectuels indépendants (FTI)**. Si chaque chambre ou ordre professionnel, membre de la FTI désignait deux personnes parmi ses membres pour participer à une même formation commune, cette manière de procéder aurait le mérite d'impliquer toutes les organisations professionnelles fédérées à la FTI et non seulement les cinq ordres et chambres précités. La recommandation N° 45 s'était adressée au départ aux seuls groupes de professionnels indépendants contre lesquels le médiateur avait reçu des réclamations, étant donné qu'il ne peut agir que dans le stricte cadre de réclamations dont il est saisi. Cela n'empêche pas qu'une structure de médiation serait tout aussi avantageuse pour les assureurs, les dentistes, les kinésithérapeutes, les laboratoires d'analyse médicale, etc. et dans l'intérêt de leurs clients, respectivement patients.

Dans un premier temps, il serait à mon avis intéressant de se mettre d'accord sur une même dénomination de la structure de médiation interne avec les autres ordres, alors que des dénominations différentes risqueraient de prêter à confusion.

Dans une deuxième étape, la FTI pourrait envisager que les personnes ayant suivi une formation forment tous ensemble une instance de médiation externe, ayant pour mission de traiter les réclamations reçues à l'encontre des membres de la FTI, quelque soit la profession visée par la réclamation. L'intérêt majeur de cette constellation serait d'avancer vers la création d'une instance externe de médiation qui aurait l'avantage incontestable d'une apparence d'indépendance.

Entretemps il a été convenu avec et par les ordres et chambres professionnels cités ci-dessus de travailler ensemble au sujet de structures de médiation dans le cadre de la FTI.

Je salue l'initiative de l'Ordre des Avocats du Barreau de Luxembourg, qui a proposé de rédiger un projet de texte contenant les éléments essentiels de la médiation, à savoir : l'impartialité, la confidentialité et l'indépendance dans l'exercice de sa fonction, ainsi que l'absence de pouvoir de décision. Ce texte à proposer comprend également des questions de procédure telles que le mode de nomination de la personne chargée de la médiation, ainsi que des suggestions de communication au public, sera mis à disposition des membres de la FTI en vue d'une discussion et adoption d'un texte commun dans la mesure du possible.

Recommandation N°46 en matière de titres de voyage

Considérant que la médiatrice a été saisie d'un certain nombre de dossiers concernant des personnes originaires de pays africains qui rencontrent des problèmes au moment de l'octroi ou du renouvellement de l'autorisation de séjour sur notre territoire, deux hypothèses dans lesquelles les personnes concernées doivent présenter leur passeport,

considérant que dans bien des cas ces personnes ne disposent pas de passeport en cours de validité,

considérant que ces personnes s'adressent alors à leur ambassade à Paris ou à Bruxelles pour l'obtention d'un passeport ou le renouvellement de leur ancien passeport,

considérant que nombre de ces ambassades informent les intéressés que les démarches sont à effectuer auprès des autorités du pays d'origine, qui exigent, pour la plupart que les démarches soient faites sur place et en personne,

considérant que pour certaines personnes un retour au pays est impensable en raison de traumatismes divers vécus dans le pays d'origine, de l'état de santé et/ou de difficultés financières et organisationnelles non négligeables,

considérant que souvent les intéressés ne peuvent s'absenter du territoire alors qu'ils travaillent pour subvenir à leurs besoins, que des enfants sont scolarisés et qu'il est impossible de savoir si le passeport sera émis effectivement et dans l'hypothèse positive dans quel délai,

considérant qu'il n'est pas possible d'exiger de la part d'une personne qu'elle retourne dans son pays d'origine pour accomplir les formalités en vue d'obtenir un passeport s'il y a de bonnes raisons de croire qu'elle court le risque d'y être exposée à la torture ou à des traitements inhumains et dégradants,

considérant que dans certains cas ces personnes s'adressent au Bureau des passeports, visas et légalisations afin d'obtenir un titre de voyage pour étrangers en remplacement du passeport en invoquant qu'ils n'en obtiennent pas de la part des autorités de leur pays d'origine,

considérant cependant que le Bureau des passeports, visas et légalisations refuse de leur délivrer ce document, alors que les conditions pour la délivrance d'un tel document ne sont pas remplies,

considérant en effet que pour pouvoir prétendre à un titre de voyage, le règlement grand-ducal modifié du 26 janvier 2005 fixant les modalités pour l'obtention d'un titre de voyage pour étrangers dispose que la personne concernée doit :

- être titulaire d'un permis de séjour, ou avoir obtenu de la part de l'autorité luxembourgeoise compétente l'accord pour l'octroi d'un tel permis;
- apporter la preuve qu'une demande en obtention d'un passeport national a été rejetée par les autorités du pays d'origine ou pouvoir justifier qu'une demande en obtention d'un passeport national a été introduite auprès de l'ambassade du pays d'origine depuis six mois au moins et qu'elle est restée sans suites;
- autoriser le Ministère des Affaires Etrangères et de l'Immigration à s'enquérir auprès de l'Ambassade du pays d'origine sur les raisons qui sont à la base du refus de la délivrance d'un passeport national ou, le cas échéant, de la procédure de délivrance excessivement longue.

considérant que ces personnes se retrouvent dans une situation inextricable à laquelle une solution doit être trouvée,

considérant que si les arguments avancés pour conclure à l'impossibilité de retourner dans le pays d'origine font l'objet de preuves jugées suffisantes et acceptables, et que l'identité et la nationalité sont prouvées, les intéressés devraient pouvoir être dispensés de l'obligation de produire un passeport du pays d'origine et se voir attribuer un titre de voyage pour étrangers,

considérant par ailleurs que certains éléments de ces dossiers relèvent de la compétence de la Direction de l'Immigration, d'autres de la compétence du Bureau des passeports, visas et légalisations,

considérant que bien que les deux administrations publiques relèvent toutes deux du Ministère des Affaires étrangères, certains problèmes logistiques seraient évités si la compé-

tence pour la délivrance des titres de voyage pour étrangers était confiée à la Direction de l'Immigration, qui dispose des dossiers dans leur intégralité, et qui de ce fait, est en mesure de juger un dossier dans son ensemble,

recommande:

au Ministère des Affaires étrangères de transférer la compétence en matière d'émission de titres de voyage pour étrangers, relevant de la compétence du Bureau des passeports, visas et légalisations, à la Direction de l'Immigration,

à la Direction de l'Immigration de se doter d'un texte définissant les conditions de délivrance d'un titre de voyage pour les étrangers dont l'identité et la nationalité sont établies à suffisance de droit et pour lesquels le retour au pays d'origine est impossible pour des raisons jugées suffisantes et acceptables ou en raison de l'article 3 de la Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales.

Réponse:

Cette recommandation a été suivie d'effet. Par règlement grand-ducal du 19 juin 2013 modifiant le règlement grand-ducal modifié du 26 janvier 2005 fixant les modalités d'un titre de voyage pour étrangers, la compétence en matière de titre de voyage pour étranger est passée du Bureau des passeports, visas et légalisations à la Direction de l'immigration. Ce changement a également été l'occasion de revoir les conditions d'octroi du titre de voyage.

La médiatrice remercie le ministre des Affaires étrangères et le ministre en charge de l'immigration d'avoir donné suite à sa recommandation

Recommandation N°47 concernant le calcul de l'indemnité de maternité des travailleuses indépendantes bénéficiant d'un congé parental

Aux termes de l'article 25, alinéa 5) du Code de la sécurité sociale, « le montant de l'indemnité pécuniaire de maternité est égale à l'indemnité pécuniaire de maladie ».

Pour les salariés, l'indemnité pécuniaire de maladie est calculée sur la base de « la rémunération la plus élevée qui fait partie de

l'assiette appliquée au cours de l'un des trois mois de calendrier précédant le début du paiement de l'indemnité pécuniaires par la caisse » tel que prévu à l'article 10, alinéa 2, point 1) du Code de la sécurité sociale.

Pour les non salariés, l'indemnité pécuniaire est calculée sur la base du revenu net au sens de l'article 10, numéro 1 et 3 L.I.R. En attendant l'émission du bulletin d'impôt de l'année durant laquelle le congé de maternité a été pris, l'indemnité pécuniaire est provisoirement calculée sur la base de l'assiette cotisable appliquée par le Centre commun de la Sécurité sociale pour l'exercice en cause. Un recalcul sera effectué dès que le revenu professionnel net de l'année en question sera disponible.

Au cas où la travailleuse indépendante prend un congé parental suite à un congé de maternité, le recalcul à opérer après la fin de l'année pourra avoir pour effet de réduire considérablement le montant des indemnités de maternité.

Le congé parental entraînera pour la travailleuse indépendante une réduction de son revenu net pour l'année en question, qui constitue l'assiette de calcul de l'indemnité pécuniaire de maternité. En cas de congé parental à plein temps, seul le revenu généré pendant les mois d'activité professionnelle sera pris en compte. En cas de congé parental à mi-temps, le revenu généré par l'activité professionnelle à mi-temps exercée à la suite du congé de maternité sera également pris en considération. En revanche, les indemnités de congé parental sont exemptes d'impôt et ne sont donc pas incluses dans l'assiette cotisable.

Il en résulte que la perte de revenu professionnel encourue durant le congé parental aura pour effet de réduire considérablement les indemnités pécuniaires de maternité.

En fait, le montant de l'indemnité pécuniaire de maternité dépendra de la date à laquelle le congé de maternité prend fin et qui correspond à la date de début du 1^{er} congé parental. Si celui-ci prendra cours vers la fin de l'année, son incidence sera moins importante. En revanche, s'il débutera au milieu de l'année, l'assurée aura à supporter une réduction considérable de ses indemnités pécuniaires. Il est profondément inique que le montant d'une indemnité pécuniaire de maternité puisse varier en fonction de la date de début

du congé parental. Il est évident qu'en pareil cas, l'assurée indépendante ne sera pas incitée à le prendre. Il lui sera difficile d'accepter une double perte de revenus : d'abord en raison du congé parental et ensuite au niveau des indemnités pécuniaires de maternité.

Cette situation est difficilement conciliable avec l'article L 234-44 du Code du Travail qui consacre formellement le droit de chaque parent au congé parental.

La date du début du congé parental ne devrait avoir aucun effet sur le montant de l'indemnité pécuniaire de maternité.

La solution de ce problème consiste à prévoir un autre mode de calcul pour l'indemnité de congé de maternité suivi par un congé parental la même année.

L'indemnité de congé de maternité devrait être calculée abstraction faite de la réduction des revenus professionnels subis par l'assurée au cours du congé parental.

Réponse:

Un groupe de travail a été mis en place entre l'Inspection générale de la sécurité sociale, la Caisse nationale de santé et le Centre commun de la sécurité sociale en vue de trouver une solution pour remédier à cette inégalité de traitement.

Par un courrier du 23 octobre 2013, le directeur de l'Inspection générale de la sécurité sociale a informé la médiatrice que le groupe de travail a élaboré une solution administrative technique qui s'applique tant au congé parental à plein temps qu'au congé parental à temps partiel. Elle consiste à neutraliser dans le calcul de l'indemnité pécuniaire de maladie tant les périodes de congé parental à plein temps, qui ne sont pas prises en compte, que les périodes de congé à temps partiel qui ne sont prises en compte que pour moitié. L'assiette cotisable fait ensuite l'objet d'une proratisation en fonction du temps travaillé.

La solution sera mise en œuvre dès que le Centre commun de la sécurité sociale aura reçu communication des déclarations d'impôt de l'année 2014 .

Recommandation N°48 relative à la réinstauration d'une procédure de remise gracieuse en matière de TVA

La Médiatrice a été saisie de nombreuses réclamations de la part de personnes assujetties à l'encontre desquelles l'Administration de l'Enregistrement et des Domaines a procédé à une taxation d'office de la TVA.

Ces réclamants expliquent que de graves problèmes notamment des problèmes de santé les ont empêchés de remplir leurs obligations légales en matière de déclaration de TVA et d'entamer les voies de recours contre les bulletins de taxation. Le délai de recours ayant pris fin, il ne leur est plus possible d'obtenir un redressement de l'imposition, les bulletins ayant acquis force de chose décidée.

De plus, depuis l'abrogation de l'article 8 de l'arrêté grand-ducal du 26 octobre 1944 par la loi du 7 novembre 1996 portant organisation des juridictions de l'ordre administratif, il n'y a plus de base légale pour l'octroi de remises gracieuses de la TVA.

Il est vrai qu'en cette matière une remise gracieuse se conçoit plus difficilement qu'en matière d'impôt sur le revenu, car par définition, le commerçant ne fait que collecter et reverser à l'Etat la taxe payée par le consommateur. La TVA encaissée n'est pas destinée à contribuer au financement de l'entreprise. Les cas de force majeure empêchant absolument le dépôt de déclarations de TVA et l'exercice des voies de recours contre les bulletins de taxation sont en fait assez rares. A l'encontre d'un assujetti qui, malgré rappels et sommations, ne remplit pas ses obligations légales, l'Administration n'a pas d'autre choix que de taxer d'office sur la base d'une évaluation unilatérale. A défaut de données précises sur le montant imposable, l'imposition risque d'être largement surfaite.

En matière d'impôt sur le revenu, les juridictions administratives refusent d'admettre qu'une taxation d'office puisse entraîner une rigueur objective incompatible avec l'équité : une imposition même exagérée ne serait pas contraire à l'intention du législateur mais une conséquence librement acceptée du régime de la taxation d'office par le contribuable négligent.

L'assujetti qui a omis de déposer sa déclaration et ensuite d'exercer les voies de recours contre le bulletin de taxation d'office se voit

reprocher d'avoir pris des risques inconsidérés : non seulement il s'est exposé à une imposition exagérée, mais il s'est dénié à lui-même les garanties essentielles des droits de la défense. C'est pourquoi, les juridictions concluent que les requérants n'ont qu'à « s'imputer à eux-mêmes les conséquences éventuellement désavantageuses de la taxation ».

Aussi justifiables que soient ces considérations, elles se sont heurtées à une vive opposition de la part de certains auteurs : « Il est regrettable que le législateur ait conféré à l'administration fiscale cette arme de taxation d'office sans se préoccuper de savoir si, à l'image d'une arme chimique ou d'une bombe atomique, l'arme ne détruit pas des innocents en même temps que des coupables. La fin justifie-t-elle les moyens ? La lutte contre la fraude fiscale doit-elle détruire en même temps le bon grain et l'ivraie ? » (Patrick Berlooten, *Etude critique du statut fiscal du conjoint commerçant*, Mélanges offertes à André Colomer, Ed. Litec, Paris, 1993, pp. 443-444).

L'exécution d'un bulletin de taxation d'office ayant fixé un montant exagéré voire exorbitant peut obérer la situation financière de l'assujetti et aboutir à sa ruine dans laquelle il va entraîner sa propre famille et celle de ses salariés.

La jurisprudence est unanime pour considérer que « la taxation d'office ne doit pas aboutir à une sanction du contribuable » (Tribunal administratif, 6 février 2002, n° 13346). Il n'en demeure pas moins qu'une taxation d'office peut avoir des conséquences extrêmement pénalisantes et irréparables.

Dans la plupart des cas, la situation malheureuse ayant conduit à la taxation d'office n'est pas entièrement imputable aux assujettis et n'a pas été le résultat d'actes délibérés.

La taxation d'office ne saurait ouvrir la porte à l'arbitraire et autoriser un traitement manifestement déraisonnable des personnes taxées d'office les hypothéquant pour le reste de leur vie.

Même en cas de taxation d'office, un juste équilibre entre les exigences de l'intérêt général et les droits fondamentaux des contribuables doit être sauvegardé.

L'impôt ne peut pas devenir une charge exorbitante hors de toute proportion avec le but d'intérêt général poursuivi. L'accroissement de la charge fiscale ne saurait aboutir à une confiscation de la propriété.

Instaurer une imposition confiscatoire est une violation du droit de propriété protégé par l'article 1 du protocole additionnel à la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales.

Il y a rupture caractérisée de l'égalité devant les charges publiques en cas de disproportion excessive entre le montant de TVA légalement dû et la taxation. La doctrine parle d'« un abus de droit de l'Etat de lever l'impôt ». Lever un impôt sur un chiffre d'affaires à ce point fictif n'est plus en accord avec la finalité de la loi.

L'instauration d'une procédure de remise gracieuse permettrait un réexamen de ces cas au moyen d'une approche individuelle et un redressement des impositions ayant abouti à une rupture caractérisée de l'égalité devant les charges publiques. Le maintien de telles situations ne saurait plus se justifier par un but d'intérêt général.

Par l'octroi d'une mesure gracieuse, l'assujetti obtiendra une remise totale ou partielle de la dette de TVA fixée par voie de taxation d'office, qui pourra être pure et simple ou soumise à certaines conditions à remplir préalablement par l'assujetti.

La Médiateure recommande

la réinstauration d'une procédure de remise gracieuse en matière de TVA.

Réponse:

Dans le débat d'orientation sur le rapport d'activité de la médiateure 2011-2012, le directeur de l'Administration de l'enregistrement et des domaines (ci-après « AED ») précise que son administration n'est pas favorable à la mise en place d'une procédure de remise gracieuse en matière de TVA.

Le directeur attire l'attention sur l'article 1^{er} de la loi du 22 décembre 1985 relative au relevé de la déchéance résultant de l'expiration d'un délai imparti pour agir en justice qui prévoit la possibilité du relevé de forclusion en toutes matières au profit de toute personne qui s'est trouvée dans l'impossibilité d'agir sans qu'il y ait eu faute de sa part.

Le directeur propose d'introduire à l'article 76 de la loi modifiée du 12 février 1979 concernant la taxe sur la valeur ajoutée une disposi-

tion permettant aux assujettis qui prouvent qu'ils se sont trouvés dans l'impossibilité d'agir, sans qu'il y ait eu une faute de leur part, d'être relevés de la forclusion.

La médiateure est toutefois d'avis que la proposition du directeur de l'AED n'est pas de nature à résoudre le problème des taxations d'office dont le montant dépasse de loin celui qui aurait été dû sur la base de déclarations régulières.

En effet la solution proposée par le directeur requiert l'impossibilité d'agir de la part de l'assujetti. Or, aucun des cas dont la médiateure a été saisie n'aurait pu être résolu sur cette base.

La question qui se pose est de savoir si les taxations d'office sont conformes au principe de proportionnalité et si la faute peut justifier une dette fiscale exorbitante.

La médiateure est dans l'attente d'une prise de position de la part du ministre des Finances par rapport à cette recommandation.

Recommandation N°49 relative à l'introduction d'un code de bonne conduite

Je renvoie au rapport de 2012 (pages 98-103) en ce qui concerne l'historique de la recommandation, ainsi que les principes du service public pour les fonctionnaires de l'Union européenne.

I. Le Code de bonne conduite administrative

Article premier - Disposition générale

Dans leurs relations avec le public, les administrations et toute personne à leur service respectent les principes énoncés dans le présent Code de bonne conduite administrative, ci-après dénommé «le Code».

Article 2 - Champ d'application personnel

1. Le Code s'applique à tous les fonctionnaires dans leurs relations avec le public.
2. Les administrations prennent les mesures nécessaires pour veiller à ce que les dispositions inscrites dans ce Code s'appliquent également à toute personne travaillant pour eux, comme celles travaillant sous des contrats de droit privé ainsi que les stagiaires.
3. On entend par « public » : les personnes physiques ou morales, ayant ou non leur résidence

ou leur siège statutaire au Luxembourg.

4. Dans le présent Code, on entend par :

- (a) « administration » : les administrations de l'Etat et des communes, les établissements publics relevant de l'Etat et des communes ainsi que les personnes morales de droit privé chargées d'une mission de service public ;
- (b) « fonctionnaire » : toute personne au service d'une administration.

Article 3 - Champ d'application matériel

1. Les principes généraux de bonne conduite administrative de ce Code s'appliquent à toutes les relations des administrations avec le public.

2. Les principes énoncés dans ce Code ne s'appliquent pas aux rapports de travail entre l'administration et ses fonctionnaires.

Article 4 - Légitimité

Le fonctionnaire agit conformément au droit et applique les règles et procédures applicables. Il veille notamment à ce que les décisions affectant les droits ou les intérêts des personnes aient une base juridique et à ce que leur contenu soit conforme au droit.

Article 5 - Absence de discrimination

1. Dans le traitement des demandes émanant du public et dans la prise de décisions, le fonctionnaire veille à ce que le principe d'égalité de traitement soit respecté. Les membres du public se trouvant dans la même situation sont traités de la même manière.

2. En cas d'inégalité de traitement, le fonctionnaire veille à ce qu'elle soit justifiée par les caractéristiques objectives pertinentes de l'affaire traitée.

3. Le fonctionnaire évite notamment toute discrimination injustifiée entre les membres du public qui serait fondée sur la nationalité, le sexe, la race, la couleur, les origines ethniques ou sociales, les caractéristiques génétiques, la langue, la religion ou les convictions, les opinions politiques ou toute autre opinion, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance, un handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle.

Article 6 - Proportionnalité

1. Lors de la prise de décisions, le fonctionnaire veille à ce que les mesures prises soient proportionnelles à l'objectif poursuivi. Il évite notamment de restreindre les droits des citoyens ou de leur imposer des contraintes lorsque ces restrictions ou ces contraintes sont disproportionnées par rapport à l'objectif de l'action engagée.

2. Lors de la prise de décisions, le fonctionnaire respecte le juste équilibre entre les intérêts des personnes privées et l'intérêt public général.

Article 7 - Absence d'abus de pouvoirs

Les pouvoirs ne sont exercés que pour les buts pour lesquels ils ont été conférés par les dispositions pertinentes. Le fonctionnaire évite notamment d'user de ces pouvoirs à des fins qui n'ont pas de base juridique ou qui ne sont pas motivées par un intérêt public.

Article 8 - Impartialité et indépendance

1. Le fonctionnaire est impartial et indépendant. Il s'abstient de toute action arbitraire qui lèse les membres du public ainsi que de tout traitement préférentiel pour quelle que raison que ce soit.

2. La conduite du fonctionnaire n'est jamais guidée par des intérêts personnels, familiaux ou nationaux ou par des pressions politiques. Le fonctionnaire ne prend pas part à une décision dans laquelle lui, ou un de ses proches, a des intérêts financiers.

Article 9 - Objectivité

Lors de la prise de décisions, le fonctionnaire tient compte des facteurs pertinents et les pondère comme il se doit dans la décision, tout en excluant tout élément non pertinent.

Article 10 - Confiance légitime, cohérence et conseil

1. Le fonctionnaire est cohérent dans sa conduite administrative ainsi qu'avec l'action de son administration. Il se conforme aux pratiques administratives habituelles de son administration, à moins qu'il ne soit légitimement fondé de s'écarter de ces pratiques dans un cas spécifique. Ce fondement légitime est enregistré par écrit.

2. Il répond aux attentes légitimes et raisonnables des membres du public à la lumière du comportement antérieur de l'administration.

3. Au besoin, le fonctionnaire conseille le public sur la manière dont doit être introduite une affaire qui relève de son domaine de compétence ainsi que sur la procédure à suivre pendant le traitement de l'affaire.

Article 11 - Équité

Le fonctionnaire agit avec impartialité et de manière équitable et raisonnable.

Article 12 - Courtoisie

1. Le fonctionnaire est consciencieux, correct, courtois et abordable dans ses relations avec le public. Dans ses réponses à la correspondance, aux appels téléphoniques et aux courriers électroniques, le fonctionnaire s'efforce d'être aussi serviable que possible et il répond de manière aussi complète et exacte que possible aux questions posées.

2. Si la question ne relève pas de sa compétence, le fonctionnaire oriente le citoyen vers

le fonctionnaire compétent.

3. Il présente des excuses en cas d'erreur portant préjudice aux droits ou intérêts d'un membre du public, s'efforce de corriger les incidences négatives de son erreur de la façon la plus opportune et informe l'intéressé de toutes voies de recours conformément à l'article 19 du présent Code.

Article 13 - Réponse aux lettres dans la langue du citoyen

Le fonctionnaire veille à ce que chaque membre du public qui écrit à l'administration en luxembourgeois, en allemand ou en français reçoive, dans la mesure du possible, une réponse dans la même langue.

Article 14 - Accusé de réception et indication du fonctionnaire responsable

1. Toute lettre ou requête adressée à l'administration fait l'objet d'un accusé de réception dans un délai de deux semaines, sauf si une réponse substantielle peut être envoyée en-dehors de cette période.

2. La réponse ou l'accusé de réception indique le nom et le numéro de téléphone du fonctionnaire qui traite le dossier ainsi que le service auquel il appartient.

3. L'envoi d'un accusé de réception et d'une réponse n'est pas nécessaire lorsque les lettres ou les requêtes sont en nombre excessif ou lorsqu'elles revêtent un caractère répétitif ou inapproprié.

Article 15 - Obligation de transmission vers le service compétent de l'institution

1. Si une lettre ou une requête est adressée ou transmise à un service non compétent pour en traiter, ce service veille à ce que le dossier soit transmis sans délai vers l'administration compétente.

2. Le service qui reçoit initialement la lettre ou la requête informe le requérant et indique le nom et le numéro de téléphone du fonctionnaire auquel le dossier a été confié.

3. Le fonctionnaire informe le requérant des erreurs ou omissions qui pourraient s'être glissées dans les documents en lui donnant la possibilité d'apporter les corrections nécessaires.

Article 16 - Droit d'être entendu et de faire des observations

1. Dans les cas où les droits ou les intérêts de citoyens sont en jeu, le fonctionnaire veille à ce que les droits de défense soient respectés à chaque étape de la procédure de prise de décision.

2. Dans les cas où une décision affectant ses droits ou ses intérêts doit être prise, tout membre du public a le droit de soumettre des

observations écrites, et si nécessaire, de présenter des observations orales avant que la décision ne soit adoptée.

Article 17 - Délai raisonnable pour la prise de décision

1. Le fonctionnaire veille à ce qu'une décision relative à chaque demande ou plainte adressée à l'administration soit prise dans un délai raisonnable et sans retard et en tout cas au plus tard trois mois après la date de réception.
2. Si, en raison de la complexité des questions soulevées, l'administration ne peut pas statuer dans le délai susmentionné, le fonctionnaire en informe l'auteur le plus tôt possible. Dans ce cas, l'auteur doit se voir notifier une décision définitive dans le délai le plus bref possible.

Article 18 - Obligation de motiver les décisions

1. Toute décision pouvant porter atteinte aux droits ou aux intérêts d'une personne privée doit indiquer les raisons sur lesquelles elle se fonde en précisant les faits pertinents et la base juridique de la décision.
2. Le fonctionnaire évite de prendre des décisions qui reposent sur des motifs brefs ou imprécis ou qui ne contiennent pas de raisonnement individuel.
3. S'il est impossible, en raison du grand nombre de personnes concernées par des décisions similaires, de communiquer de manière détaillée les motifs de la décision et lorsque des réponses standard sont donc apportées, le fonctionnaire assure qu'il apportera ultérieurement une réponse motivée individuelle au citoyen qui en fait expressément la demande.

Article 19 - Indication des voies de recours

Une décision de l'administration pouvant porter atteinte aux droits ou aux intérêts d'une personne privée doit contenir une indication des voies de recours existant en vue d'attaquer cette décision. Elle doit notamment indiquer la nature des recours, les organes qui peuvent être saisis ainsi que les délais applicables à l'introduction des recours.

Article 20 - Notification de la décision

1. Le fonctionnaire veille à ce que les décisions affectant les droits ou intérêts des citoyens soient notifiées par écrit à la personne ou aux personnes concernées, dès que la décision a été prise.
2. Le fonctionnaire s'abstient de communiquer la décision à d'autres sources aussi longtemps que la ou les personne(s) concernée(s) n'a/n'ont pas été informée(s).

Article 21 - Protection des données

1. Le fonctionnaire qui traite les données personnelles d'un citoyen respecte la vie privée et l'intégrité de la personne, conformément aux dispositions applicables en matière de protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données.
2. Le fonctionnaire évite notamment de traiter des données personnelles à des fins non légitimes ou de les transmettre à des tiers non autorisés.

Article 22 - Demandes de renseignements

1. Lorsqu'il est compétent pour l'affaire en cause, le fonctionnaire fournit des renseignements aux membres du public qui le demandent. Le cas échéant, il donne des conseils sur la façon d'engager une procédure administrative dans son domaine de compétence. Il veille à ce que les renseignements communiqués soient clairs et compréhensibles.
2. Au cas où une demande orale de renseignements serait trop compliquée ou trop longue à traiter, le fonctionnaire demande à la personne concernée de formuler sa demande par écrit.
3. Si, en raison de la confidentialité, un fonctionnaire ne peut pas divulguer les renseignements demandés, il ou elle indique, conformément à l'article 18 du présent Code, à la personne concernée les raisons pour lesquelles il ne peut pas communiquer les renseignements.
4. Suite aux demandes de renseignements sur des questions pour lesquelles il n'est pas compétent, le fonctionnaire oriente le demandeur vers la personne compétente et indique le nom et le numéro de téléphone de celle-ci. Suite aux demandes de renseignements concernant une autre administration, le fonctionnaire oriente le demandeur vers cette institution ou cet organe.
5. En fonction de l'objet de la demande, le fonctionnaire oriente la personne à la recherche de renseignements vers l'administration compétente pour la transmission d'informations au public.

Article 23 - Demande d'accès public aux documents

1. Le fonctionnaire donne suite aux demandes d'accès aux documents à moins qu'une règle ne s'y oppose.
2. Si le fonctionnaire ne peut donner suite à une demande orale d'accès à des documents, il demande au citoyen de formuler sa demande par écrit.

Article 24 - Tenue d'un registre

Les services de l'administration tiennent un registre du courrier «entrée» et «sortie» des documents qu'ils reçoivent et des mesures qu'ils prennent.

Article 25 - Information du public sur le Code

L'administration prend des mesures opérantes pour informer le public des droits qui sont les siens en vertu du présent Code. Si cela est possible, elle en met le texte à disposition sous forme électronique sur la page d'accueil de son site Internet.

Article 26 – Droit de se plaindre au Médiateur

Tout manquement d'une administration ou d'un fonctionnaire à se conformer aux principes énoncés dans le présent Code peut faire l'objet d'une plainte auprès du Médiateur conformément à la loi du 22 août 2003 instituant un Médiateur.

II. Mode d'emploi concernant les règles de bonne conduite administrative

1. L'accessibilité des administrations et l'accueil du public

- droit d'obtenir toutes les informations nécessaires concernant l'accès à l'administration (adresse, plan de situation, téléphone, fax, courriel, heures d'ouverture) ;
- droit à un accès facile ;
- droit à un accueil courtois, attentif et respectueux ;
- droit d'obtenir les coordonnées du gestionnaire en charge du dossier (téléphone, fax, e-mail) et de connaître les disponibilités de celui-ci.

2. L'information donnée aux usagers

- droit à une information générale, claire, aussi complète que possible et actualisée au sujet de ses droits et obligations, les procédures applicables et les pratiques de l'administration ;
- droit d'obtenir à tout courrier une réponse circonstanciée, rédigée dans un langage clair et simple et dans un délai raisonnable ;
- droit d'obtenir tous les renseignements nécessaires en vue de l'introduction d'une demande ou de la poursuite

d'une procédure auprès de l'administration ;

- droit à des formulaires de demande lisibles et univoques avec indication claire des conditions à remplir et des pièces à joindre ;
- droit d'obtenir, suite à l'introduction d'une demande, dans un délai court :
 - un accusé de réception avec indication du gestionnaire chargé du traitement du dossier ;
 - une indication d'un délai approximatif dans lequel une décision sera prise ;
 - une information complète au sujet des pièces ou autres éléments manquant au dossier introduit ;
 - une information concernant le service ou l'administration compétente à laquelle la demande a été transférée ;
- droit de recevoir des informations au sujet de l'évolution du dossier ;
- droit d'être informé sur les raisons des retards dans le traitement du dossier ;
- droit à une réponse dans l'une des trois langues administratives dans laquelle la demande est formulée ;
- droit de consulter son dossier.

3. Une prise de décision transparente et claire

- droit d'être reçu et entendu sur demande ;
- droit à une décision conforme à la législation applicable, aux pratiques habituelles ;
- droit à une gestion consciencieuse du dossier qui implique une recherche active de tous les éléments pertinents ;
- droit à une décision lisible et rédigée dans un langage clair et simple ;
- droit à une décision explicitement motivée en fait et en droit compte tenu des circonstances particulières du dossier ;
- droit à un traitement confidentiel de toutes les données du dossier.

4. Un suivi personnalisé

- droit de recevoir toutes les explications nécessaires à la compréhension de la position de l'administration ;
- droit d'être orienté vers d'autres administrations ou services susceptibles de régler la situation de l'administré ;
- droit d'obtenir notification de toute décision dans un délai raisonnable ;

- en cas de rejet de la demande, le droit de connaître tous les moyens et voies de recours permettant de contester une décision ainsi que les délais pour ce faire.

5. Une amélioration constante des services offerts par l'Administration

- droit de faire valoir des griefs à l'encontre de l'administration et d'obtenir une prise de position ;
- droit d'obtenir le redressement d'une décision non conforme aux normes applicables ;
- droit à réparation en cas de préjudice dû à un dysfonctionnement de l'administration ;
- droit d'émettre des critiques ou des propositions en vue de l'amélioration des services de l'Administration.

Réponse:

Le programme gouvernemental de la nouvelle coalition prévoit au chapitre « Réforme et simplification administrative » que « le gouvernement mettra en œuvre un code de bonne conduite administrative ».

La médiatrice est convaincue que le code auquel le gouvernement fait référence est bien celui proposé dans sa recommandation 49/2012. Elle tient à préciser que le texte s'inspire du Code européen proposé par le médiateur européen à l'issue d'une consultation avec les médiateurs/ombudsmans nationaux. Ce document a été approuvé par une résolution du parlement européen C50302/2001 du 6/9/2001. Il a par ailleurs été adopté tel quel par le « Bürgerbeauftragter » de la Rhénanie – Palatinat et par le médiateur de la Wallonie et de la Fédération Wallonie-Bruxelles. Le collège des médiateurs fédéraux belges s'en est aussi largement inspiré.

Nouvelle Recommandation

Recommandation N° 50 concernant les conditions de recevabilité de la demande d'achat rétroactif de périodes d'assurance

Dans la mesure où des personnes ont perdu des périodes d'assurance du fait qu'elles ont abandonné ou réduit leur activité professionnelle, la loi leur permet d'acquérir les périodes correspondantes par un achat rétroactif. Pour les personnes qui ne remplissent pas la période de stage requise pour l'octroi d'une pension de vieillesse, à savoir celui de cent vingt mois prévu par l'article 183 du Code de la sécurité sociale, il est particulièrement intéressant de procéder à un rachat pour compléter leurs périodes d'assurance.

Les périodes entrant en ligne de compte pour un achat de périodes sont énumérées limitativement à l'article 174 du Code de la sécurité sociale. Ce sont les périodes de mariage que les assurés font valoir le plus souvent.

Les personnes qui ont bénéficié par le passé d'un remboursement de cotisations ont également la possibilité de racheter les périodes d'assurance afférentes, rachat qui doit aussi être demandé avant l'âge de soixante-cinq ans.

La médiatrice a été saisie d'un certain nombre de réclamations de la part de personnes qui avaient déjà dépassé l'âge de 65 ans à la date de leur demande d'achat rétroactif de périodes d'assurance. Or, l'article 174 du Code de la sécurité sociale prévoit cet âge limite que l'intéressé ne doit pas avoir dépassé au moment de sa demande.

Le respect de cette limite d'âge est une condition de recevabilité de la demande d'achat de périodes formellement prévue par la loi de sorte que les caisses de pension, tenues au principe de légalité, ne sont pas en mesure d'accorder des dérogations à cette condition au cas où une demande d'achat a été introduite tardivement.

Or, beaucoup de personnes estiment qu'une demande de rachat peut être introduite dans le cadre d'une demande de pension de vieil-

lesse qu'elles introduisent à l'âge de 65 ans. Elles ignorent que cette demande doit être introduite avant cet âge. Le fait de ne pas pouvoir procéder alors à un rachat de périodes d'assurance a d'importantes conséquences sur les revenus d'un assuré durant sa vieillesse.

La médiatrice constate chaque jour les difficultés ressenties par les usagers à appliquer une législation qui devient de plus en plus complexe et de moins en moins intelligible. Du fait qu'en général les usagers comprennent mal le langage technique et juridique de l'administration, ils ne sont souvent pas en mesure de bien comprendre les informations que celle-ci met à leur disposition. Il en résulte une insécurité juridique grandissante pour les citoyens.

La législation luxembourgeoise prévoit une pléthore de délais de forclusion parfois très courts pour l'introduction de demandes auprès de l'administration. Certes, la stipulation de délais pour l'introduction de demandes est justifiée, car une multitude de demandes tardives peut avoir pour effet d'entraver le fonctionnement normal des services publics et nuire à leur efficacité. Il faut cependant également tenir compte des intérêts des administrés, car si le traitement des dossiers par l'administration s'en trouve facilité, la vie des administrés se compliquera d'autant plus. Il

s'agit de concilier deux exigences opposées. Dans une publication intitulée « *Surmonter les obstacles à la mise en œuvre des stratégies de simplification administrative, Orientations destinées aux décideurs* » l'OCDE a précisé que le but de la simplification administrative est surtout de diminuer la complexité et l'incertitude de la réglementation. Ces efforts devront être entrepris surtout dans l'intérêt des usagers.

Ainsi, la médiatrice recommande de prolonger de deux années l'âge limite prévu pour l'introduction d'une demande d'achat de périodes d'assurance.



2.2. Des avis et des suggestions pratiques de la médiatrice

2.2.1. Observations sur la procédure de reclassement

A. Problèmes liés à la mise en œuvre de la procédure de reclassement

Droit de saisine des salariés

La Commission mixte de reclassement est saisie par le Contrôle médical de la sécurité sociale.

Le texte de loi ne prévoit pas en faveur des salariés le droit de saisir le Contrôle médical de la sécurité sociale en vue d'une mise en œuvre de la procédure de reclassement par la saisine de la Commission mixte.

La médiatrice est régulièrement saisie par des personnes qui souhaitent bénéficier d'un reclassement professionnel, mais qui ne disposent d'aucun moyen pour mettre en mouvement cette procédure.

L'accès au reclassement passe toujours par une saisine de la Commission mixte par le Contrôle médical de la sécurité sociale sans que les salariés ne soient en mesure de prendre une initiative à ce sujet.

C'est suite à la remise du rapport médical circonstancié R4, après une période d'incapacité de travail déclarée de 6 semaines au cours d'une période de référence de 16 semaines, que le Contrôle médical procède à une première évaluation de l'état de santé de l'assuré en congé de longue maladie devant aboutir à une des quatre solutions suivantes : continuation du congé de maladie, mise en invalidité, reclassement professionnel ou reprise du travail. L'assuré n'étant pas un acteur de cette procédure il ne dispose d'aucun recours contre le refus du Contrôle médical de saisir la Commission mixte.

Le nouvel article L. 552-2 (1) du projet de loi prévoit au point 25 que la Commission mixte prend une décision de refus de reclassement professionnel au cas où le médecin du travail estime que l'intéressé est capable d'exécuter les tâches correspondant à son dernier poste de travail. L'intéressé dispose d'une voie de recours contre cette décision. En revanche, en cas de refus du Contrôle médical de saisir la Commission mixte, aucun recours n'est prévu et l'accès au reclassement reste fermé.

Or, beaucoup de contestations surviennent à ce premier stade de la procédure.

Il est un fait que le reclassement des travailleurs incapables d'occuper leur dernier poste de travail prévu par l'article L. 551-1 et suivants du Code du travail constitue un droit pour les salariés remplissant les conditions légales. Ils ne peuvent cependant pas faire valoir leur droit en cas d'inaction du Contrôle médical.

Nécessité d'un congé de maladie prolongé

L'Administration du Contrôle médical n'examine la situation d'un salarié qu'après une longue période de congé de maladie de l'assuré à l'issue de laquelle elle examine le rapport R4 et convoque l'intéressé à un examen médical. Cette pratique ne tient pas compte des assurés qui tout en souffrant d'une incapacité de travail réduite, ne sont pas en arrêt de travail bien qu'ils souffrent de graves problèmes pour occuper à plein temps leur poste de travail. Théoriquement, ils devraient continuer à travailler jusqu'à se rendre malades pour une longue durée.

Par le passé, le médiateur a pu régler de telles situations directement avec l'Administration du contrôle médical. La loi doit tenir compte de ces cas de figure. Il n'y a pas de

raison d'obliger des salariés, dont la capacité de travail réduite ne fait pas de doute, à prendre un congé de maladie prolongé pour devenir éligibles au reclassement.

L'impossibilité de prononcer un reclassement interne

Conformément à l'article L 551-5 du Code de travail, « *lorsqu'un reclassement interne s'avère impossible, la commission mixte prévue à l'article L 552-1 décide le reclassement externe* ». La notion d'impossibilité de décider le reclassement interne n'est pas claire.

La médiatrice a été saisie par un réclamant en congé de maladie ininterrompu dont l'employeur a résilié le contrat de travail avec préavis sur la base de l'article L 121-6 du Code de travail, le préavis ayant pris fin le 31 décembre 2012.

En date du 21 décembre 2012, la Commission mixte s'est prononcé en faveur d'un reclassement interne du réclamant.

Le pli contenant la décision de reclassement interne du réclamant a été remis à la poste au Luxembourg le 21 décembre 2012, date de la séance lors de laquelle la décision de reclassement a été prise. Le réclamant l'a réceptionné le 27 décembre 2012. Or, un reclassement interne d'une durée de deux jours de travail ne fait pas de sens.

La loi doit être clarifiée afin d'éviter à l'avenir de pareilles décisions.

Octroi de l'indemnité compensatoire

Conformément à l'article L.551-5, paragraphe 1, du Code du travail « *en cas de reclassement professionnel externe, l'indemnité compensatoire est due d'après les modalités prévues par l'article L. 551-2, paragraphe 3, à condition que la personne reclassée ait été assignée par les services de l'Agence pour le développement de l'emploi* ». Le nouveau texte du projet de loi ajoute la condition supplémentaire que la personne reclassée ait été déclarée apte au nouveau poste de travail lors de l'examen médical d'embauche visé à l'article L. 326-1.

Le médiateur a été saisi de cas dans lesquels un reclassé externe a pu trouver lui-même un

nouvel emploi. L'indemnité compensatoire a cependant été refusée au motif que le reclassé a obtenu l'emploi en dehors d'une assignation de l'ADEM. Cette condition tenant à l'assignation préalable ne favorise pas les efforts personnels des reclassés en vue de trouver un nouvel emploi. Les personnes qui entreprennent des efforts personnels se voient ainsi désavantagés, car peu de gens sont au courant de cette disposition refusant dans ce cas l'indemnité compensatoire.

B. Critères appliqués par le Contrôle médical et par le médecin du travail

Selon la loi, tout assuré inapte à occuper son dernier poste de travail est éligible pour un reclassement. Cette formulation est très générale. Le texte de loi ne prévoit pas de critères spécifiques devant être appliqués par le Contrôle médical. En fait, le reclassement n'a pas été conçu pour toutes les situations.

Le cas du cycliste professionnel de très haut niveau qui, après avoir atteint un certain âge, n'est plus apte à remplir en tant que chef de son équipe les performances sportives exceptionnelles qu'il s'est obligé de réaliser selon son contrat de travail, n'est probablement pas visé par la loi, bien qu'il en remplisse théoriquement les conditions légales. Voilà un exemple extrême. Le problème posé par l'absence de critères légaux se rencontre cependant couramment en pratique.

Le médiateur a été saisi d'un réclamant dont la tâche consistait dans la manutention d'un type de marchandises exigeant une grande force des mains. Après un accident de travail, cette force s'était réduite au point qu'il était effectivement devenu inapte pour ce poste déterminé. Le reclassement a été refusé à juste titre par le Contrôle médical du fait que cet ouvrier, encore assez jeune, disposait par ailleurs d'une force physique suffisante pour exécuter tout autre travail manuel dans la même entreprise.

Dans une entreprise, il y a toujours une certaine assignation des tâches qui doit tenir compte des capacités évolutives des salariés et cela d'autant plus que l'âge légal de la retraite risque d'être augmenté à l'avenir.

Un salarié même s'il a des problèmes pour effectuer certaines tâches d'un poste de travail déterminé peut néanmoins garder une capacité de travail suffisante pour continuer à travailler à plein temps dans son métier à l'intérieur de l'entreprise et sans devoir encourir une perte de salaire. Il suffit parfois d'un petit aménagement du poste de travail. C'est une question d'organisation et de bonne volonté de l'employeur mais aussi de solidarité entre les salariés.

Selon l'actuel article L. 326-9 (4) du Code du travail, l'employeur doit, dans la mesure du possible, affecter le travailleur déclaré inapte pour un poste de travail à un autre poste. Le code du travail énonce cette obligation sans référence au reclassement interne. Cette obligation incombant à l'employeur « *de prendre toutes les mesures nécessaires afin de réaffecter un salarié sur un autre poste de travail* » a été clairement énoncée par la jurisprudence (Cour d'appel, 12 juillet 2012, n° 37495). Il incombe à l'entreprise d'assigner les tâches en tenant compte des capacités spécifiques et évolutives de ses salariés.

Le but du reclassement interne n'est pas d'aider l'entreprise à financer cette assignation des tâches à laquelle toute entreprise est tenue. Un recours généralisé au reclassement pourra être difficilement financé par les institutions de sécurité sociale. C'est un problème qui risque d'aboutir à des abus coûteux. La procédure du reclassement doit être appliquée judicieusement. Malheureusement, il n'existe pas de critères qui permettent de démarquer le recours au reclassement par rapport à cette allocation des tâches selon les capacités évolutives des salariés. Cette responsabilité doit être assumée par l'entreprise sans recours au reclassement.

Etant donné les possibilités de recours devant les juridictions sociales, celles-ci ne seront pas en mesure de trancher les litiges en l'absence de critères suffisamment précis.

C. Médecine du travail

Statut du médecin du travail

Le médecin du travail ne pourra pas exécuter la mission susvisée et imposer des solutions à l'entreprise à moins qu'il ne bénéficie d'un statut entièrement indépendant par rapport à l'employeur.

Le médecin du travail devrait exercer un contrôle efficace sur les efforts entrepris par l'employeur dans le cadre de l'assignation des tâches au personnel de l'entreprise pour affecter les salariés à un poste de travail correspondant à leurs capacités de travail. Cela présuppose des connaissances approfondies de l'organisation du travail de l'entreprise. Le reclassement interne permet à un salarié reclassé sur un poste de travail moins sollicitant d'obtenir une indemnité compensatoire, si le poste de travail est moins rémunéré. D'un autre côté il est évident qu'il incombe aux employeurs d'organiser le travail dans leur entreprise en tenant compte des capacités de travail de leurs salariés, sans qu'il y ait un recours généralisé à la procédure de reclassement interne. Il appartient aussi au médecin du travail de veiller à ce que les employeurs respectent l'obligation au reclassement interne que le nouveau texte leur impose.

Les relations entre la médecine du travail et les employeurs risquent de devenir de plus en plus conflictuelles.

Seule une médecine du travail vraiment indépendante sera en mesure d'y faire face et de faire en sorte que le but de la loi soit atteint. Il est partant recommandé dès leur au Gouvernement de réexaminer le statut des médecins du travail dont un grand nombre sont encore en fait trop liés aux employeurs.

La nouvelle voie d'accès à la procédure de reclassement

Dans ce contexte se pose le problème des conditions de saisine de la Commission mixte par le médecin du travail.

Le nouvel article L.326-9, paragraphe 5 et 6 du projet de loi, permet au médecin de tra-

vail de saisir la Commission mixte à condition que le salarié ait été occupé pendant au moins 10 ans par l'entreprise et qu'il ait été déclaré inapte pour son poste de travail qui doit être un poste à risques. Le reclassement interne sera obligatoire, si l'employeur occupe au moins 25 salariés, il sera soumis à son accord, s'il occupe moins de 25 salariés.

Cette saisine de la Commission mixte par le médecin du travail est donc soumise à des limites étroites qui se trouvent déjà inscrites à l'actuel article L. 326-9, paragraphe 5, sauf que ce texte requiert l'occupation de cinquante salariés. Il peut certainement être reproché au projet de loi de s'être trop largement inspiré de l'actuel article L. 326-9 du Code de travail. Il ressort de l'avis de la Chambre des salariés que cet article n'aurait que rarement trouvé application en pratique. Le nouvel article risque de connaître le même sort. Il semble établi que ce n'est pas en raison du seuil de 50 salariés mais au fait que le texte vise exclusivement les salariés occupant un poste à risque. Le terme "poste à risque" est défini à l'article L. 326-4, définition légale qui est assez restrictive :

1. tout poste exposant le travailleur qui l'occupe à un risque de maladie professionnelle, à un risque spécifique d'accident professionnel sur le lieu de travail lui-même, à des agents physiques ou biologiques susceptibles de nuire à sa santé, ou à des agents cancérogènes ;

2. tout poste de travail comportant une activité susceptible de mettre gravement en danger la sécurité et la santé d'autres travailleurs ou de tiers ainsi que tout poste de travail comportant le contrôle d'une installation dont la défaillance peut mettre gravement en danger la sécurité et la santé de travailleurs ou de tiers.

La nouvelle voie d'accès à la procédure de reclassement est une idée qui mérite d'être poursuivie. Elle présuppose une médecine du travail qui soit effectivement indépendante des employeurs. Etant donné que la Commission mixte peut saisir le médecin-chef de division de la santé au travail de la Direction de la santé, elle est en mesure d'exercer un certain contrôle sur les médecins de travail. En raison de ce qui précède, un élargissement des conditions de cette voie d'accès serait souhaitable.

Divergences entre médecine du travail et Contrôle médical

Il n'existe à l'heure actuelle aucune concertation entre les médecins du travail et le Contrôle médical de la sécurité sociale.

Il arrive que le Contrôle médical établit un avis déclarant apte au travail un assuré en congé de maladie, alors que le médecin de travail le déclare inapte à occuper son poste de travail.

Une telle divergence ne peut être résolue qu'au moyen d'une concertation. Une telle concertation devrait être étendue également au cas où le Contrôle médical établit un avis d'aptitude au travail et que l'assuré quant à lui estime ne pas être à même de reprendre son ancien travail et de satisfaire aux exigences concrètes de son poste de travail. Seul le médecin du travail est en mesure de vérifier concrètement la situation sur le terrain.

D. Difficultés dans l'exécution du reclassement interne

Article 15, alinéa 2 du Code de la sécurité sociale

L'application de l'article 15, alinéa 2 du Code de la sécurité sociale donne lieu à des problèmes après le prononcé du reclassement. Aux termes de cet article, l'incapacité de travail résultant du fait qu'une personne ne peut plus exercer son dernier poste de travail n'est plus indemnisable par des indemnités pécuniaires après la notification de la décision de reclassement. Dans un dossier soumis au médiateur, c'est sur base de ce texte que la caisse de maladie a refusé d'indemniser l'assuré qui, immédiatement après le prononcé du reclassement interne, s'est soumis à une opération chirurgicale afin de garder ou d'améliorer sa capacité de travail.

La Caisse de maladie refuse également le versement d'indemnités pécuniaires, si elle est d'avis que l'incapacité de travail du reclassé est précisément celle ayant motivé le reclassement même si le salarié, en raison d'une aggravation passagère de son état, est incapable de travailler. L'article 15, alinéa 2 du Code de la sécurité sociale semble être trop restrictif et devrait être réexaminé.

Le reclassement interne dans l'Administration publique

La médiatrice a été saisie d'une réclamation de la part d'une personne travaillant dans un musée et à laquelle le reclassement interne a été refusé du fait que le musée en question aurait atteint le quota légal. Aux termes de l'article L-151-1 (3) du Code du travail « *le reclassement interne consiste ... en ce qui concerne le secteur public dans un reclassement au sein de l'administration ou du service public d'origine de l'agent éventuellement à un autre poste ou à un autre régime de travail* ».

La question est de savoir ce qu'il faut entendre par administration. Le musée en question fait partie de l'ensemble des " *infrastructures culturelles* " ou des " *instituts culturels de l'Etat* " qui dépendent du Ministère de la Culture.

S'il est accepté que l'ensemble des " *établissements d'enseignement secondaire et secondaire technique* " constitue une administration (voir liste de l'annuaire officiel d'administration et de législation), rien n'empêche de considérer aussi comme telle l'ensemble des « *instituts culturels de l'Etat* ».

Etant donné que le Gouvernement entend privilégier le reclassement interne, ne devrait-il pas donner le bon exemple et commencer par interpréter les textes légaux moins restrictivement, ce qui permettrait d'étendre le champ d'application du reclassement interne à l'intérieur même de l'administration publique ?

2.2.2. Avis concernant la transcription du pacs français au répertoire luxembourgeois

Dans son dernier rapport annuel (cf. pages 38-40), la médiatrice avait évoqué le problème rencontré par de nombreux ressortissants français qui se sont vu refuser la reconnaissance de leur pacte civil de solidarité (PACS) conclu en France parce que ces derniers n'étaient pas apostillés. L'apostille est une forme de légalisation d'un acte public, par laquelle un agent compétent atteste la véracité de la signature apposée sur un acte officiel.

Le ministre de la Justice luxembourgeois était en effet d'avis que les partenariats ne sont pas à considérer comme étant des actes d'état civil et ne tombent donc pas sous le champ d'application de la convention CIEC

n°17. Celle-ci dispose en effet que les actes d'état civil ne doivent pas obligatoirement être apostillés pour être reconnus dans les autres Etats partie à la convention. Les cours d'appels françaises et notamment la Cour d'appel de Metz faisaient cependant une interprétation différente du texte en question et refusaient donc de délivrer une apostille pour les PACS conclu en France.

La médiatrice ne partageait pas non plus l'interprétation faite de la convention par le ministre de la Justice luxembourgeois. Dans un long courrier, elle lui a exposé ses arguments pour lui démontrer que les partenariats sont bien des actes d'état civil au sens de la convention CIEC n°17 et que par conséquent, ils doivent être dispensés d'apostille. La médiatrice l'a par ailleurs rendu attentif au fait qu'il était important de clarifier ce point au plus vite, alors que le même problème risquait de se poser pour des ressortissants français originaires d'un autre département.

Même à supposer que le ministre de la Justice luxembourgeois ne partage pas ce raisonnement, la médiatrice est néanmoins convaincue que le PACS devient un acte d'état civil par le fait qu'il est inscrit en marge des actes de naissance des personnes concernées.

Or, malgré plusieurs rappels de la médiatrice, les ministres de la Justice du gouvernement précédent n'ont toujours pas pris position.

La médiatrice vient de saisir l'actuel ministre de la Justice de la même question et attends sa prise de position.

Suggestions d'ordre pratique aux administrations concernant:

1. Les prénoms germanisés

Un réclamant a saisi la médiatrice parce qu'il ne comprenait pas la raison pour laquelle son nouveau permis de conduire indiquait le prénom « Johann » alors que tous ses documents officiels contenaient le prénom « Jean ».

La médiatrice lui a expliqué la raison de l'indication de son prénom germanisé (naissance avant 1945 pendant l'occupation allemande) dans son nouveau permis de conduire, ainsi que la manière de le changer.

Ensuite la médiatrice a prié les administrations concernées (bureau des passeports, Syvicol et service des permis de conduire) d'informer les personnes concernées par ce même genre de problèmes de la possibilité de changer le prénom (par la loi du 18 mars 1982) si tel est leur souhait.

2. La procédure de demande d'aide financière pour études supérieures

La médiatrice a été saisie de plusieurs réclamations concernant le refus de l'aide financière de l'Etat pour études supérieures en raison du fait que le formulaire de demande, bien que dûment rempli, n'avait pas été demandé formellement dans les délais impartis par le règlement grand-ducal du 5 octobre 2000. Dans un cas dont la médiatrice a été saisie, l'étudiant avait utilisé une copie du formulaire de semestre précédent.

La médiatrice a suggéré au CEDIES de mettre le formulaire en ligne et de ne plus retenir qu'une seule date limite, à savoir celle du renvoi du formulaire de demande complété au CEDIES.

Le service concerné, tout en acceptant la suggestion, n'a pas encore changé le règlement grand-ducal de 2014 mais a promis de ce faire ensemble avec la modification légale, devenue nécessaire suite au jugement que de la Cour de Justice de l'Union européenne a rendu le 20 juin 2013.

Entretemps les formulaires de demande d'aide pour le semestre d'hiver 2013-2014 étaient téléchargeables sur le site internet du CEDIES

et ce jusqu'au 31 octobre 2013. Après cette date, les retardataires ont dès le semestre d'hiver de 2013 la possibilité de présenter leur demande sur la copie d'une demande téléchargée avant le 31 octobre.

La médiatrice apprécie la simplification proactive de la procédure.

3. L'amélioration de la procédure interne dans le cadre d'une demande de subventions (en matière agricole)

Afin de pouvoir retracer en toute transparence l'évolution d'un dossier qui, en raison de son délai de traitement très long, cause préjudice au demandeur, le ministre de l'agriculture a donné l'instruction à ses services de rédiger après chaque réunion une brève note précisant le contenu de l'entrevue et indiquant, le cas échéant, les documents et autres données à fournir par le demandeur pour compléter le dossier.

La médiatrice estime que cette instruction serait encore plus précieuse si elle était communiquée au demandeur. Idéalement, elle devrait être disponible également dans un dossier électronique personnalisé auquel le requérant aurait accès pour vérifier l'état de son dossier.

Au-delà du ministère concerné, cette procédure serait utile dans toutes les administrations qui traitent des dossiers d'aides ou allocations de tout genre.

4. La date de départ de la prise en charge par l'assurance dépendance

La date de prise en charge des prestations par l'assurance dépendance est actuellement fixée à la date de réception du rapport du médecin traitant. Or cette date pose problème en raison du fait qu'il arrive que le certificat médical est envoyé après la date de la demande de prise en charge. La prise en charge ne peut toutefois être accordée que sur base dudit certificat. Ainsi, la prise en charge est souvent retardée et les assurés doivent eux-mêmes prendre en charge les frais des prestations avant la date de délivrance du certificat médical.

Pour éviter de pénaliser les bénéficiaires, il serait souhaitable d'admettre comme point de départ de la prise en charge par l'assurance dépendance la date indiquée sur le certificat médical du médecin traitant précisant formellement la date à partir de laquelle les conditions médicales étaient remplies.

5. Les réseaux d'aides et de soins financés par des deniers publics

Dans ce même contexte, la médiatrice suggère que les réseaux d'aides et de soins financés par des deniers publics devraient faire l'objet d'un contrôle de qualité et de l'exécution de soins à domicile par une instance publique indépendant.

6. L'information des assurés en matière de sécurité sociale

A. Information immédiate des assurés de leur entrée et de leur sortie de la sécurité sociale

Plusieurs réclamations étaient fondées sur le fait que les assurés ont appris par coïncidence, au moment où le remboursement de frais médicaux leur a été refusé, qu'ils avaient été désaffiliés de la sécurité sociale.

Une telle désaffiliation, qui peut avoir des conséquences très graves pour les assurés concernés, doit être portée à leur connaissance au moment même où la décision est prise afin d'éviter un préjudice grave que les assurés risquent de subir.

La médiatrice estime que les assurés doivent être informés immédiatement de tout changement de leur situation concernant la sécurité sociale luxembourgeoise. Lors d'un entretien de la médiatrice avec le Ministre de la Sécurité sociale, ce dernier s'est engagé à faire parvenir une instruction dans ce sens aux organismes concernés. Lors de la rédaction de ce rapport, la médiatrice n'avait pas encore d'information plus concrète quant à la mise en pratique de cet engagement.

B. Information améliorée dans le domaine de la sécurité sociale concernant la prise en charge des prestations.

La médiatrice a dû constater à plusieurs reprises que les assurés sont mal informés des

complexités de la réglementation communautaire en matière de sécurité sociale.

Toutes les institutions, caisses de maladie, hôpitaux et médecins traitants devraient être sensibilisés pour mieux informer et guider les assurés.

Un complément d'informations serait de mise notamment:

- *pour la prise en charge d'un transfert à l'étranger pour soins médicaux*

Les malades ignorent souvent qu'une autorisation préalable du contrôle médical de la sécurité sociale est requise pour un transfert à l'étranger et qu'il faut attendre l'accord formel pour ne pas risquer de devoir prendre personnellement en charge les frais d'un traitement à l'étranger, cette autorisation est aussi requise si ce transfert est ordonné par un médecin.

- *concernant les suppléments de tarifs*

Le problème se pose lorsque des médecins étrangers non conventionnés facturent des tarifs supérieurs aux tarifs légaux pris en charge par les caisses de maladie. Les patients ne sont pas forcément informés des suppléments de tarifs et s'étonnent ensuite de la non prise en charge par la caisse compétente.

- *pour le complément de remboursement en cas de soins programmés à l'étranger*

Beaucoup d'assurés ignorent qu'ils ont droit à un remboursement complémentaire au cas où ils sont traités à l'étranger dans le cadre des soins programmés et le montant que la caisse luxembourgeoise doit rembourser à l'assuré est inférieur au montant que la caisse luxembourgeoise aurait dû prendre en charge si le même traitement avait été dispensé au Luxembourg.

- *remboursement en cas de traitement ambulatoire à l'étranger, mais non pour un traitement stationnaire sans autorisation préalable*

Etant donné que les traitements ambulatoires à l'étranger sont pris en charge par la caisse luxembourgeoise compétente depuis un arrêt de la Cour de Justice de l'Union européenne dans les affaires Decker et Kohll (C-120/95 et C-158/96 du 28 avril 1998). Or, contrairement aux traitements stationnaires, les assurés doivent pouvoir distinguer entre traitement ambulatoire et traitement stationnaire, un traitement dispensé en milieu hospitalier pouvant être ambulatoire.

7. L'information des bénéficiaires d'une occupation temporaire indemnisée (OTI) ainsi que des chômeurs indemnisés dans un délai acceptable de la fin de leurs droits

Quelques personnes ont saisi la médiateure qu'ils n'étaient pas au courant des modalités d'une OTI. Ils ignoraient surtout que la mesure prend fin en cas d'expiration de leur droit aux indemnités de chômage.

La suggestion de la médiateure d'informer les bénéficiaires d'OTI et d'indemnités de chômage préalablement à l'expiration de leurs droits a été discutée lors d'une entrevue avec la direction de l'ADEM et mise en pratique immédiatement. La médiateure a reçu une lettre type que tous les intéressés recevront désormais quelques semaines avant le terme de l'OTI ou avant la fin de leur droit aux indemnités de chômage.

La médiateure félicite l'ADEM de la rapidité d'application de sa suggestion.

8. L'accès de la CNPF aux données du Centre commun de la Sécurité sociale

Un accès de la CNPF aux données du Centre commun de la Sécurité sociale lui permettrait de contrôler plus facilement certaines données et de détecter des changements de situation des bénéficiaires de prestations afin de s'y adapter rapidement. Idéalement, la CNPF devrait être informée automatiquement de certains changements de situation ayant des conséquences sur le droit aux prestations familiales.

Etant donné qu'un tel échange d'informations risque cependant de poser d'autres problèmes, un accès limité aux données concernant la CNPF (p.ex. l'existence d'une affiliation à la sécurité sociale luxembourgeoise) permettrait du moins d'éviter un paiement prolongé des prestations, dès que la CNPF a un doute sur les indications se trouvant dans ses fichiers.

9. L'information améliorée par la CNPF sur les modalités du congé parental de parents de jumeaux

La loi sur le congé parental de parent de jumeaux est difficilement compréhensible et

prête à confusion. En vertu d'une application stricte du texte de loi, la forme du congé parental choisie au départ par un parent de jumeaux doit être maintenue pendant toute la durée du congé parental, c'est-à-dire que les parents de jumeaux doivent prendre soit un congé parental à plein temps de 12 mois ou un congé parental à mi-temps de 24 mois. Ils ne peuvent p.ex. pas prendre un congé à plein temps de 6 mois pour un enfant et un congé à mi-temps de 12 mois pour le deuxième enfant.

Le choix du type de congé s'applique donc à l'ensemble des enfants d'une même naissance. De cette manière, le congé peut être considéré dans son intégralité comme congé parental consécutif au congé de maternité, condition nécessaire pour que le deuxième parent ait également droit à son congé parental.

Pour éviter des malentendus à ce sujet, la médiateure a suggéré à la CNPF d'améliorer les explications à ce sujet sur son site internet. Cette suggestion a été acceptée par la direction de la CNPF. La CNPF a encore proposé de veiller à informer les parents des conséquences de leur choix avant d'accorder éventuellement un changement du type de congé parental par le parent qui prend le premier congé parental (p.ex. si le parent souhaite prendre 6 mois à plein temps et 12 mois à mi-temps).

La médiateure se félicite de cette proposition ainsi que l'acceptation de la sienne de travailler ensemble sur un texte amendant les dispositions qui posent problème.



Partie 3



3.1. Annexe



3.1. Annexe

Consultation

Rédigée à la demande de
Madame le Médiateur du Grand-Duché de Luxembourg

Dans un différend à elle soumise

Cette consultation a été réalisée en considération des documents fournis au soussigné :

- compromis de vente du 9 juin 2011
- acte notarié de vente du 12 juillet 2011
- courrier de l'administration de l'enregistrement et des domaines aux administrés en cause en date du 10 décembre 2012

La question posée:

Dans le cadre d'un différend entre un administré et l'administration de l'enregistrement et des domaines concernant la restitution du crédit d'impôt octroyé lors d'un achat immobilier, faut-il analyser le transfert de propriété lors de la revente de l'immeuble comme réalisé à la date du compromis ou de l'acte notarié?

Faits

Les administrés en cause ont acquis un appartement à Luxembourg par un acte notarié conclu le 2 juillet 2009. Ils l'ont revendu en 2011. Cette vente s'est réalisée par deux actes: un compromis signé le 9 juin 2011 suivi d'un acte notarié en date du 12 juillet 2011. A la suite de cette opération, l'administration de l'enregistrement et des domaines a réclamé la restitution du crédit d'impôt obtenu lors de la première acquisition immobilière en considérant que, la revente s'étant réalisée au jour de la conclusion du compromis, le délai de deux ans exigé par la loi ne s'était pas écoulé entre le 2 juillet 2009 et le 9 juin 2011. Saisi du différend le Médiateur du Grand-Duché de Luxembourg considère au contraire que le transfert de propriété lors de la revente ne s'est opéré que le 12 juillet 2011, au moment de l'établissement de l'acte notarié, et dès lors que le délai de deux ans requis était écoulé.

La détermination de l'écoulement du délai de deux ans suppose l'établissement de la date de l'acquisition de la propriété de l'immeuble en question et celle de son transfert ultérieur. Aucune information ne nous a été communiquée sur les modalités de conclusion de la première vente. Il résulte simplement de l'acte notarié du 12 juillet 2011 que : «Lesdites entités appartiennent au vendeur pour les avoir acquises aux termes d'un acte de vente reçu par Maître Tom METZLER, notaire de résidence à Luxembourg, en date du 02 juillet 2009, transcrit au premier bureau des hypothèques à Luxembourg, le 10 juillet 2009, volume 2203 numéro 4. » Le courrier de l'administration de l'enregistrement et des domaines du 10 décembre 2012 retient cette date comme celle de l'acquisition de la propriété. N'étant pas interrogé sur ce point et ne disposant pas des éléments nécessaires, nous n'approfondirons pas cette question mais nous relevons l'intérêt de clarifier ce point. En effet, au cas où il devait s'avérer que l'acquisition initiale de la propriété s'était produite

antérieurement, et plus précisément avant le 9 juin 2009, par exemple par un compromis de vente valant vente, le débat juridique ici soulevé perdrait tout intérêt pratique puisque le délai de deux ans se serait écoulé avant le 9 juin 2011 et donc, quelle que soit l'analyse retenue, avant la vente de l'immeuble.

En laissant de côté tout débat à propos de la date de l'acquisition de la propriété de l'immeuble et en admettant qu'elle se soit réalisée le 2 juillet 2009, il devient essentiel de fixer la date à laquelle la revente du bien a produit ses effets, autrement dit la date du transfert de propriété y afférant. C'est sur cette seule question que nous avons été consulté et nous y limiterons donc nos analyses.

Discussion

La question du transfert de propriété dans la vente immobilière est une question classique, compliquée par la pratique de la conclusion préalable d'un compromis de vente. Il convient donc d'abord de rappeler les règles qui entourent ce mécanisme. Ce n'est qu'ensuite qu'il sera possible de prendre position dans l'espèce qui donne lieu à cette consultation en se basant sur les termes précis des actes juridiques en cause.

La réglementation du transfert de propriété dans la vente immobilière

La règle posée par le code civil est extrêmement simple dans son principe. Son article 1583 dispose très simplement que la vente « est parfaite entre les parties, et la propriété est acquise de droit à l'acheteur à l'égard du vendeur, dès qu'on est convenu de la chose et du prix, quoique la chose n'ait pas encore été livrée ni le prix payé. » Et pour qu'il n'y ait aucun doute lorsque l'acte définitif est précédé d'un compromis, c'est-à-dire d'une promesse synallagmatique de vendre et d'acheter, l'article 1589 ajoute : « La promesse de vente vaut vente, lorsqu'il y a consentement réciproque des deux parties sur la chose et sur le prix ». Cette dernière solution n'est que la conséquence logique du consensualisme consacré par le code civil, qui veut que le consentement des parties suffit à lui seul à produire des effets de droit. Or le consentement des parties est donné lorsqu'il existe une promesse synallagmatique et celle-ci produit les mêmes effets que la vente. Autrement dit, la promesse opère transfert de propriété, par application combinée des articles 1583 et 1589, sans qu'il soit besoin d'attendre la réitération de l'acte notarié. Ces dispositions ne sont d'ailleurs que la consécration d'un principe plus général que le seul contrat de vente, puisqu'il résulte de l'article 1138 du code civil (M. Watgen et R. Watgen, *La propriété immobilière*, Promoculture Larcier, 2013, n° 325).

Pourtant, s'il existe deux actes juridiques, ils ne peuvent s'assimiler totalement l'un à l'autre. La réitération de l'accord déjà contenu dans le compromis de vente doit s'expliquer et la nature de l'un et l'autre n'est donc pas aussi simple qu'il y paraît. L'intérêt basique de la distinction du compromis et de l'acte notarié ultérieur sert à prendre acte du consentement des parties, avant que toutes les informations n'aient été réunies et/ou toutes les formalités accomplies. L'acte notarié n'intervient qu'ensuite, évitant des frais inutiles si des difficultés se rencontrent lors des vérifications nécessaires. Dans cette hypothèse, le compromis de vente vaut bien vente mais il est conclu sous la condition suspensive de diverses circonstances (obtention d'un prêt, absence d'exercice du droit de préemption ...). Ce n'est que si la condition se réalise, et donc que la vente devient définitive, que l'acte notarié sera réalisé. La passation de l'acte notarié lui-même apparaît dans ce cas comme une modalité d'exécution du contrat de vente.

Mais la passation d'un acte notarié peut être plus qu'une simple modalité d'exécution du contrat de vente, destinée notamment à permettre sa publicité pour garantir son opposabilité aux tiers. Les parties peuvent décider elles-mêmes de s'évader du consensualisme établi par le code civil et d'imposer la rédaction d'un acte notarié, d'un acte authentique. On est alors en présence de ce qu'un auteur a appelé la Promesse consensuelle d'un contrat solennel par la volonté des parties

(Ch. Larroumet, *Droit civil*, tome III *Les Obligations Le contrat*, Economica, 4e éd., 1998, n° 304). Si on suit cette analyse, il convient de reproduire ici l'analyse traditionnellement faite à propos du formalisme légal et, plus spécialement, la distinction du formalisme *ad probationem* et *ad validitatem*. «selon que l'acte notarié est une condition de validité ou une condition de preuve, les rapports des parties ne seront pas du tout les mêmes. Dans le premier cas, la vente n'existe pas en l'absence d'acte notarié, ce qui fait que les obligations qu'elle engendre ne sont pas encore nées et qu'il n'y a pas non plus transfert de propriété. Au contraire, dans le second cas, dès la conclusion d'un accord consensuel, le transfert de propriété peut s'opérer, l'acheteur est tenu de payer le prix au vendeur qui est lui-même tenu de livrer la chose vendue à l'acheteur» (Ch. Larroumet, *op. cit.*, n° 305).

Un élément demeure cependant crucial, c'est que dans la plupart des hypothèses sus-évoquées, le transfert de propriété n'est qu'exceptionnellement reporté au jour de l'acte notarié. Pour reprendre l'analyse d'un autre auteur, En érigeant conventionnellement la forme notariée en condition de validité du contrat définitif, les parties peuvent également tracer une séparation nette entre celui-ci et la promesse qui reste consensuelle. À raisonner sur la vente, la promesse donne naissance, non à une obligation de livrer et à une obligation de payer le prix, mais à une obligation de faire dont l'inexécution se résoudra en dommages-intérêts. Mais il y faut une volonté particulièrement claire des parties, la jurisprudence ayant tendance à analyser l'exigence d'une réitération des consentements devant le notaire, non en une forme solennelle convenue, mais en une simple modalité d'exécution du contrat que l'accord sur les éléments essentiels suffit à former (F. Temé Ph. Simler et Y. Lequette, *Droit civil, Les obligations*, Dalloz, 8^e éd., 2002, n° 194).

La jurisprudence luxembourgeoise ne dit pas autre chose, pour laquelle on peut invoquer deux jugements, tant du tribunal d'arrondissement de Diekirch (Diekirch, 29 juillet 1936, pas. 14, 126) que de Luxembourg (Lux. 31 mai 1961, pas. 18, 364) : « Si l'acte documentant une vente prévoit la rédaction ultérieure d'un acte notarié, il ne s'agit là que d'une modalité du contrat, à moins qu'il ne résulte clairement des termes employés ou des circonstances que les parties ont voulu subordonner la formation et l'efficacité du contrat à l'accomplissement de cette formalité. » Les conclusions que l'on peut tirer de cette jurisprudence sont importantes, tant en termes de politique juridique que de technique. D'une part, les juges se montrent réticents à admettre l'exception au principe du transfert solo consensu et, en conséquence, à détacher le transfert du compromis de vente. Ceci se matérialise dans la loi par l'affirmation du principe. D'autre part, s'il ne s'agit que d'un principe qui connaît des exceptions dans la mesure où ces dispositions sont supplétives, elles ne peuvent résulter que de la volonté des parties. Si celle-ci peut ressortir des termes employés ou des circonstances de l'espèce, encore faut-il qu'elle ressorte «clairement».

Mais une dernière difficulté doit être levée eu égard aux circonstances qui entourent ces analyses. En effet, la raison d'être de la détermination de la date du transfert de propriété provient généralement du hiatus qui intervient entre les parties après la conclusion du compromis de vente. L'une d'elles ne veut plus finaliser l'opération et refuse de passer l'acte notarié. En ce cas en effet, la question est cruciale de savoir si le compromis a déjà transféré la propriété et si le refus de participer à l'acte notarié peut donner lieu à l'exécution forcée de l'obligation qui en avait été faite. Si la réponse est positive, le jugement qui constatera le transfert de propriété au moment du compromis, constituant un acte authentique, pourra être utilisé afin de publier le transfert et être substitué à l'acte notarié défaillant. Dans l'affaire qui nous est soumise, l'acte notarié a été passé et la question de la date du transfert de propriété ne s'est posée qu'ultérieurement. Cependant, la passation de l'acte notarié est sans conséquence en elle-même sur la nature du compromis de vente et sur les conséquences qu'elle a sur le transfert de propriété. Tout au plus la lettre de l'acte notarié pourrait-elle révéler l'intention des parties. En dehors de cela, répétons-le, que l'acte notarié ait été accompli ou non ne peut avoir aucune incidence sur la qualification du compromis.

Mais une autre hypothèse doit être envisagée, d'après laquelle la réitération de la vente par acte notarié serait considérée comme une condition. En ce cas en effet, la réitération de la vente constitue la survenance de la condition. Or la condition a un effet rétroactif et, en conséquence, le transfert de propriété, quand bien même il aurait été incertain *pendante conditione*, serait rétroactivement intervenu à la date du compromis. Cette interprétation, qui vaut pour les condi-

tions classiquement insérées dans un compromis, ne vaut cependant pas pour la réitération en la forme authentique. En effet, liée à la volonté des parties, cette réitération s'analyserait en une condition potestative, entachée de nullité. Dès lors, le jeu de la rétroactivité ne trouve pas à s'appliquer et la réalisation de l'acte notarié ne peut pas, si du moins le compromis reportait le transfert de propriété au jour de ce dernier, modifier cet effet. Encore une fois donc, la réitération de la vente est sans effet sur la signification qui doit être reconnue au compromis.

La date du transfert de propriété dans l'affaire soumise

Le principe qui doit guider notre recherche est parfaitement résumé par la jurisprudence des tribunaux d'arrondissement qu'il n'est pas inutile de rappeler: Si l'acte documentant une vente prévoit la rédaction ultérieure d'un acte notarié, il ne s'agit là que d'une modalité du contrat, à moins qu'il ne résulte clairement des termes employés ou des circonstances que les parties ont voulu subordonner la formation et l'efficacité du contrat à l'accomplissement de cette formalité. Dans l'espèce à propos de laquelle nous sommes consultés, l'acte qui documente la vente prévoit bien la rédaction ultérieure d'un acte notarié. Il ne s'agit cependant en principe que d'une modalité de la vente, ce qui signifie que le transfert de propriété est normalement intervenu au jour du compromis de vente, soit le 9 juin 2011. Ce n'est que s'il résulte des «termes employés» ou des «circonstances» que l'acte notarié a été institué comme un élément requis pour la formation et l'efficacité de la vente que le transfert de propriété n'est intervenu qu'à cette date, soit le 12 juillet 2011.

Au vu des éléments qui nous ont été soumis, aucune circonstance de la vente ne semble significative. Aucun événement particulier ne nous a été signalé. Il faut donc s'en remettre aux termes des actes qui nous sont soumis. L'acte notarié ne contient aucune stipulation relative au transfert de propriété, ni aucune autre qui puisse nous éclairer dans l'interprétation du compromis de vente. Tout au plus y trouve-t-on une clause qui déclare que «l'entrée en jouissance a lieu de suite», ce qui ne fait d'ailleurs que reprendre une stipulation contenue au compromis lui-même.

C'est donc à l'analyse du compromis de vente du 9 juin 2011 que nous sommes invités. Celui-ci comporte plusieurs clauses intéressantes que nous reproduisons ci-dessous :

« Acte notarié »

«L'acte notarié sera dressé au plus tard le 8 août 2011 par devant ... »

«Entrée en jouissance: à l'acte notarié.»

« Indemnités »

«Il est expressément convenu qu'en cas de non-respect d'une ou de plusieurs clauses du compromis ou de résiliation abusive du compromis par l'une des parties, la partie fautive devra payer à l'autre une indemnité équivalente à 10% du prix de vente ainsi que la commission prévue à l'agence immobilière ... »

Prêt immobilier: «Il est expressément entendu que le présent compromis ne sortira ses effets qu'à condition que le prêt en question soit accordé à l'acquéreur.»

« le Compromis est valable jusqu'au 2 août 2011 ».

Deux clauses sont centrales dans cette affaire, celle relative à la réitération de la vente sous la forme d'acte notarié, et celle relative à la validité du compromis. La première clause est extrêmement classique dans son principe, c'est le mécanisme que nous avons exposé en première partie. Toute la difficulté est de déterminer la portée de la clause et on sait que la rédaction de ces clauses est quasiment infinie, ce qui rend impossible une classification systématique. Ceci est matière à interprétation du juge. Or la jurisprudence luxembourgeoise est trop peu fournie pour qu'on y trouve des réponses à cette question factuelle. L'objet à interpréter est fixé par la jurisprudence que nous avons évoquée mais pas le détail de son application. Compte tenu de la similitude entre le droit luxembourgeois et le droit français, nous pourrions nous référer à la jurisprudence française. Sans aucune exhaustivité, nous citerons quelques exemples afin d'éclairer la recherche d'interprétation de la volonté des parties.

La Cour de cassation française, dans un arrêt du 17 juillet 1997 (Cass. civ. 3^e, 17 juil. 1997, n° 95-20064, inédit), a considéré que le fait que toutes les pièces signées, soit séparément, soit simultanément, par les parties ne faisaient mention que d'une vente au jour de la signature de l'acte authentique et de simples intentions de vendre et d'acquérir, ce que la cour d'appel avait souverainement établi, permettait d'établir que la promesse de vente ne valait pas vente.

Le 10 mai 2011, la même Cour (Cass. civ. 3^e, 10 mai 2011, n° 10-19972, inédit) a suivi une cour d'appel qui avait relevé que la convention stipulait que le prix était payable comptant à la signature de l'acte authentique, au plus tard le 31 décembre 2005, sous réserve des capacités financières des époux X. ... , et que « cette date précédée de la mention " au plus tard " était une date butoir au-delà de laquelle les promesses de vente et d'achat consenties par les parties devenaient caduques ».

Ce qui ressort de ces deux exemples, c'est que la seule stipulation de la réitération de la vente sous forme authentique, fût-ce avec une date butoir, ne suffit pas à établir que l'acte notarié constitue une condition d'existence de la vente. Il faut des éléments complémentaires. Or il n'est pas certain que ceux-ci existent dans l'espèce qui donne lieu à cette consultation. L'insertion dans le compromis de la condition suspensive de l'obtention d'un prêt par l'acquéreur ne peut avoir une quelconque influence. Mais cette première clause du compromis n'est pas la seule qui compte.

La seconde clause centrale du compromis est moins fréquente en pratique. Elle limite la validité du compromis au 8 août 2011. Evidemment, il ne peut s'agir de la validité entendue comme la conformité à la loi. La seule signification qui peut être donnée à cette clause est que les parties ont entendu limiter le jeu du compromis dans un temps déterminé. Il s'agit là d'une technique bien connue, celle du terme extinctif. L'énoncé d'une date fixe constitue certainement un terme puisqu'il s'agit d'un événement certain, d'ailleurs non seulement dans son principe mais aussi dans le moment de sa réalisation. Or ce terme a pour objet d'éteindre une obligation, ou peut-être plus exactement ici de faire disparaître un acte juridique (pour une élucidation de cette distinction, P. Ancel, « Force obligatoire et contenu obligationnel », RTDciv., 1999, p. 771), ici le compromis. Si le compromis n'est valable que pour un temps limité, ceci signifie nécessairement que les parties ont entendu borner ses effets.

Il reste toutefois à préciser les effets de la clause. De toute évidence, elle accompagne utilement l'exigence de la rédaction d'un acte notarié et constitue même une protection opportune des parties, surtout du vendeur, au cas où l'une d'entre elles refuserait de passer cet acte. En effet, en ce cas, toutes les obligations résultant du compromis disparaîtraient avec lui au jour du terme extinctif. Ainsi, la partie victime de l'inexécution de l'autre serait entièrement libérée. Le vendeur ne courrait aucun risque à procéder à une autre vente et pourrait ainsi éviter que son préjudice ne s'accroisse par une immobilisation prolongée de l'immeuble. Certes, si la réitération notariée est analysée comme une condition substantielle d'existence de la vente, l'absence de réitération entraîne l'absence de vente. Ceci laisse en revanche subsister le compromis et les obligations qu'il a créées. En outre, nous avons vu la difficulté qu'il y a à établir que l'acte notarié constitue cette formalité essentielle. Par le terme extinctif, toute discussion est levée.

Ici cependant, la situation est différente puisque la réitération a eu lieu. Ceci n'empêche pas que la stipulation du terme extinctif demeure. Or celle-ci ne fait aucune différence selon que l'acte notarié a été établi ou non. En conséquence, il faut admettre que, en dépit de la signature de l'acte notarié en date du 12 juillet 2011, le compromis a cessé de produire ses effets au 2 août suivant. Avec la réalisation de l'acte notarié, le compromis avait cependant produit tous ses effets utiles et son extinction ultérieure n'a eu aucune conséquence pratique.

Une question se pose. Si on admet que le compromis s'analyse en une vente en vertu de l'article 1589 du code civil, ne faut-il pas admettre que l'extinction de la validité du compromis remet en cause ses effets, à commencer par le transfert de propriété ? La thèse est juridiquement défendable, si on ne détache pas les effets juridiques d'un acte juridique (ici le transfert de propriété) de cet acte lui-même (le compromis). En matière contractuelle cependant, la base de toute analyse consiste dans la recherche de la commune volonté des parties (art. 1156 c.civ.). Or il est tout à fait invraisemblable que les parties aient voulu ce résultat incongru, qui conduirait à remettre en cause toute l'opération, quand bien même toutes les conditions posées par ailleurs à son efficacité auraient été remplies. S'il en était besoin, l'article 1157 du code civil viendrait encore au soutien de cette interprétation : « Lorsqu'une clause est susceptible de deux sens, on doit plutôt l'entendre dans celui avec lequel elle peut avoir quelque effet, que dans le sens avec lequel elle

n'en pourrait produire aucun. » Or l'interprétation du terme extinctif comme susceptible de remettre en cause toute l'opération conduit à ne faire produire in fine aucun effet au compromis lui-même. L'article 1157 impose donc de ne faire porter le terme extinctif que sur la réitération notariée et non sur l'ensemble du compromis.

La stipulation du terme extinctif s'interprète eu égard à l'ensemble de l'acte ou, pour reprendre la lettre de l'article 1161 du code civil : « Toutes les clauses des conventions s'interprètent les unes par les autres, en donnant à chacune le sens qui résulte de l'acte entier. »

Cette dernière règle est importante car elle vaut pour l'interprétation de toutes les clauses, à commencer par celle qui instaure la réitération de la vente par acte notarié. Or cette stipulation doit nécessairement être rapprochée, quand bien même l'une et l'autre ne figureraient pas en même place dans le contrat, de celle du terme extinctif. Or, nous le savons, deux interprétations sont possibles de l'exigence d'une réitération de la vente: soit il s'agit d'une modalité de la vente déjà conclue sans effet sur le transfert de propriété, soit elle conditionne l'existence de la vente et subordonne et retarde le transfert de propriété à sa réalisation. Or il résulte de l'existence d'un terme extinctif la volonté implicite mais « claire » des parties de limiter tout différend à la date du 8 août 2011 et de liquider leurs relations à cette date. C'est en ce sens qu'ils ont prévu des indemnités en cas d'inexécution des obligations nées du compromis et même réglé le sort de la rémunération de l'agent immobilier. Quoiqu'il arrive, les parties ont entendu être fixées à la date du 8 août 2011 et ne plus avoir, éventuellement, qu'à réclamer l'exécution d'obligations de sommes d'argent.

Pour cela, une seule interprétation de la clause en question est envisageable : la subordination de la vente à la réitération du compromis de vente. Au cas contraire, le vendeur resterait lié par la vente ou, en tout état de cause, se serait réservé la possibilité de demander l'exécution forcée de la réitération, ce qu'il n'a manifestement pas voulu puisque, au contraire, il a voulu être totalement libéré et n'obtenir que des dommages-intérêts forfaitairement évalués. En conséquence, le transfert de propriété n'a pas pu se réaliser au jour de la conclusion du compromis de vente. Nous avons vu en outre que la passation de l'acte notarié ne pouvait avoir d'effet rétroactif, en sorte que la propriété n'a pu être transférée qu'au jour de cet acte notarié, soit le 12 juillet 2011.

Conclusions

La stipulation dans une promesse synallagmatique de vente d'une clause qui impose la réitération de la vente par acte notarié est parfaitement valide. Dans la mesure où l'article 1589 du code civil est supplétif, il est loisible aux parties de retarder la formation de la vente, en principe déjà parfaite au moment du compromis, au jour de la réitération. Une règle supplétive ne produit ses effets que si une volonté différente est exprimée par les parties. Or la jurisprudence (tant luxembourgeoise que française) exige que la volonté soit claire.

Pour interpréter la promesse synallagmatique, chacune de ses clauses ne peut être comprise que par référence à l'ensemble, autrement dit à toutes les autres clauses. Or la stipulation dans une même promesse d'une exigence de réitération et d'un terme extinctif de validité au compromis lui-même manifeste à suffisance la volonté d'éviter la subsistance de toute relation pour le cas où un incident interviendrait dans la réalisation de la vente. Il en résulte nécessairement, quand bien même les parties n'auraient pas explicitement précisé la portée juridique de l'exigence de la réitération de la vente, que celle-ci doit s'analyser comme une condition d'existence de la vente. Le transfert de propriété ne peut donc pas s'être produit au jour du compromis mais a nécessairement été reporté à la date de l'acte notarié, sans que la réalisation de celui-ci ne puisse avoir d'effet rétroactif.

Le transfert de propriété de l'appartement en cause s'est donc réalisé le 12 juillet 2011.

Fait à Luxembourg, le 13 octobre 2013

David HIEZ
Professeur de droit civil
Université du Luxembourg



**La Médiateure du
Grand-Duché de
Luxembourg**

SECRETARIAT DE LA MEDIATEURE - 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