

2014

R
A
P
P
O
R
T

**Rapport
d'activité**

*du 1^{er} janvier 2014
au 31 décembre 2014*





Chambre des députés



RAPPORT

(du 1^{er} janvier 2014 au 31 décembre 2014)

adressé à la Chambre des députés

par

Lydie ERR
médiateure



La Médiateure du
Grand-Duché de
Luxembourg

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 médiateure du Grand-Duché de Luxembourg, couvrant la période du 1^{er} janvier 2014 au 31 décembre 2014.

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

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

La médiateure,
Lydie ERR



INDEX

AVANT-PROPOS DE LA MEDiateURE 7

PARTIE 1

1.1.	Statistiques	20
1.2.	Affaires relevant de l'Etat	27
1.2.1.	Immigration	27
1.2.2.	Fiscalité	30
1.2.3.	Affaires générales relevant de l'Etat	39
1.2.4.	Justice	58
1.3.	Affaires relevant des communes	59
1.3.1.	Affaires communales générales	59
1.3.2.	Inscription au registre de la population	60
1.3.3.	Chèques-service accueil	60
1.3.4.	Urbanisme	61
1.4.	Affaires concernant les établissements publics	64
	relevant de l'Etat et des communes	
1.4.1.	Affaires de sécurité sociale (y compris l'ADEM et la CNPF)	64
	A. Sécurité sociale	64
	B. Agence pour le développement de l'emploi (ADEM)	69
	C. Caisse nationale des prestations familiales (CNPF)	76

PARTIE 2

2.1.	Recommandations de la médiatrice et	80
	suites y réservées par les autorités compétentes	
2.2.	Recommandations et suggestions	83
	à la Chambre des députés, au Gouvernement et aux administrations	
2.3.	Suggestions concernant l'amendement portant sur la loi	87
	du 22 août 2003 instituant un médiateur	



Avant-propos de la mediateure

L'Ombudsman - Un concept à géométrie variable

La révolution numérique a transformé la vie des sociétés. Les voies et outils de communication abolissent les distances matérielles et établissent de nouveaux espaces relationnels.

Les nouvelles technologies ont modifié notre façon de communiquer. La proximité virtuelle a créé une nouvelle géographie en supprimant les distances réelles mais au lieu d'améliorer la qualité de la communication interhumaine celle-ci en a été affectée.

La facilité matérielle des moyens de communication réduit les interactions directes entre les personnes et les innombrables messages envoyés et lus à la va-vite contribuent à créer de nombreux malentendus. Bien que joignables à tout moment les personnes sont de moins en moins disponibles et de moins en moins à l'écoute des besoins de leurs interlocuteurs.

Dans ce contexte complexe la médiation est censée apporter une réponse contemporaine et alternative aux problèmes de communication voire au traitement de conflits, en parant au déficit de communication directe entre les membres de notre société que ce soit dans le domaine familial, scolaire, judiciaire ou social.

La médiation est une méthode dont le but - avant même d'être un traitement alternatif des conflits - est de faciliter la circulation des informations, la communication et l'établissement voire le rétablissement des relations.

Le terme «médiation» apparaît de plus en plus souvent dans le langage courant, dans les médias et les discours politiques où elle est parfois présentée comme un remède à tous les maux sociaux.

Si la médiation n'est pas un remède miracle, il n'en est pas moins vrai qu'elle répond au besoin d'un «meilleur» moyen de communication, de nouvelles formes de résolution de conflits, de nouveaux lieux de socialisation.

L'expansion de la médiation a inévitablement mené à une diversification croissante de celle-ci.

Paradoxalement, on constate que plus l'emploi du terme se multiplie – comme un terme à la mode à connotation positive – moins il est utilisé à bon escient. Sous la dénomination de médiation on retrouve à la fois des lieux et des acteurs différents, ce qui provoque des confusions conceptuelles qui vont à l'encontre d'une promotion efficace de la médiation, de la communication et du traitement extrajudiciaire des litiges.

C'est donc opportunément que la Résolution 1959 (2013) du Parlement européen recommande (4.3) de ne pas multiplier les institutions de type médiateur, si cela n'est pas strictement nécessaire pour la protection des droits de l'Homme et des libertés fondamentales, au risque de voir les citoyens ne plus s'y retrouver entre les différentes voies de traitement des litiges qui s'offrent à eux.

En somme, le terme de médiation est employé sans qu'il ne désigne la médiation proprement dite. Il en résulte que plus le terme est mal utilisé, plus le concept perd en signification réelle, en rigueur initiale et en force symbolique ou réelle d'action.

Les nombreuses facettes de la médiation rendent particulièrement ardue la description de son contenu et de sa signification.

Il importe de clarifier le concept même de médiation pour en dégager la spécificité par rapport à d'autres moyens de traitement alternatif des conflits afin que le lecteur attentif comprenne la signification précise des termes comme transaction, négociation, arbitrage et conciliation d'un côté et du jugement de l'autre :

- la transaction est l'arrangement d'une solution à l'amiable entre deux personnes sans l'intervention d'un tiers;
- la négociation est le l'arrangement transactionnel d'une solution sans l'intervention indispensable d'un tiers;
- l'arbitrage consiste à s'en remettre à un tiers librement choisi par les parties en conflit qui tranchera le conflit (en droit);
- la conciliation est généralement préalable à un jugement et implique l'intervention d'un tiers investi d'un pouvoir de conciliation ce qui est le cas de différents juges dont la mission est aussi celle « de concilier les parties si faire se peut » avant de décider par jugement.

À côté de ces moyens dits alternatifs existe la solution classique de résolution des conflits: la justice.

Précisons d'emblée que les notions de « juge » et de « médiateur » sont antinomiques. Bien que les deux termes impliquent l'impartialité et l'indépendance du tiers professionnel, leur rôle respectif dans le traitement du litige est différent. Tandis que le juge tranche en droit une affaire, le médiateur lui, la dénoue en rétablissant la communication entre les parties qui cherchent elles-mêmes leur propre solution qui doit être conforme au droit en la matière.

La médiation est censée apporter une « réponse contemporaine » à des situations personnelles ou sociales complexes et variées, ce qui par ailleurs explique l'existence d'une pluralité de définitions qui ne permettent pas toujours d'exprimer le caractère intrinsèque de la médiation, ni sa signification précise par rapport à d'autres modes alternatifs de traitement de différends.

« La médiation est une pratique qui se caractérise par un processus structuré dans le sens d'une pratique sociale » selon Michèle Guillaume-Hofnung voire même, selon Jean de Munck, « un processus de transformation des sociétés démocratiques permettant la formulation des litiges dans un langage qui dépasse celui, formel, du droit ».

La médiation: un concept précis

La médiation ne peut se passer de la présence d'un tiers indépendant, dont l'indépendance doit être à la fois personnelle, institutionnelle et financière. À cette indépendance s'ajoute la nécessaire apparence d'indépendance.

Le tiers médiateur doit être neutre quant à la solution à trouver, celle-ci devant être celle des parties.

Le tiers médiateur doit être impartial et n'avoir aucun droit de décision c'est-à-dire écouter avec empathie chacun des médiés, sans pour autant prendre partie pour l'un ou l'autre.

Comme la médiation se déroule dans le cadre d'un processus particulier, la compétence spécifique du médiateur est sa formation au processus de médiation, qui vient parfaire une formation de base et une pratique professionnelle variée. Il importe de préciser que le médiateur est responsable du seul processus, mais non du résultat de la médiation.

Toute médiation doit être confidentielle et volontaire pour toutes les parties concernées ainsi que le médiateur. Elle se caractérise aussi par l'absence de pouvoir de décision du médiateur.

Le besoin de clarification des concepts s'impose également au niveau européen en raison d'une nouvelle directive (2013/11/UE) relative au règlement extrajudiciaire des litiges de consommation et modifiant le règlement n° 2006/2004 et la directive 2009/22/CE qui devrait être transposée en droit national pour le 9 juillet 2015.

Cette directive concerne des litiges de consommation y inclus les services prestés aux personnes privées par les professionnels indépendants. La directive définit en effet les professionnels « comme toute personne physique ou morale, qu'elle soit publique ou privée, qui agit, y compris par l'intermédiaire d'une personne agissant en son nom ou pour son compte dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale ou libérale ».

Cette directive est le signe indubitable que l'Union européenne encourage le traitement extrajudiciaire des conflits et établit des exigences harmonisées pour les entités et les procédures de traitement extrajudiciaire des litiges pour garantir aux consommateurs l'accès à des mécanismes extrajudiciaires de règlement des litiges de grande qualité, efficaces, transparents et équitables dans toute l'Union européenne.

La médiation de droit public est-elle de la médiation au sens précis du terme?

L'élément sine qua non c'est-à-dire existentiel de toute médiation est l'entremise du tiers indépendant, neutre, pluri-partial et sans pouvoir de décision dans le cadre d'un processus structuré. Ces critères comme celui de la confidentialité et du caractère volontaire de la médiation sont rarement respectés dans toute la signification du terme pour les médiateurs institutionnels nommés généralement par les parlements.

Si son caractère de représentant du particulier face à l'Administration impose à l'Ombudsman de rendre compte de son activité par un rapport annuel devant la Chambre des Députés, l'exercice de ses fonctions n'en est pas moins indépendant et confidentiel.

Cependant l'apparence d'indépendance du médiateur n'est pas entière du fait que celle-ci par rapport à l'Administration n'est jamais totale puisque le médiateur fait généralement partie de la fonction publique dont il doit contrôler le fonctionnement correct. On pourrait en conclure que l'apparence de l'indépendance du médiateur serait renforcée si son statut était externe à la fonction publique comme tel est le cas du Défenseur des droits français.

L'article 14 de la loi instituant un médiateur précise à l'alinéa 4 que les collaborateurs du médiateur ont la qualité de fonctionnaires. Le médiateur lui-même ainsi que les membres de son secrétariat faisant partie de la Fonction publique, font du médiateur un responsable de service particulier qui recrute forcément selon les besoins généraux de la Fonction publique.

Un assouplissement du statut des collaborateurs du médiateur lui permettrait de recruter des agents dont le profil professionnel lui paraît particulièrement adapté sans obliger le candidat de passer par l'examen d'accès à la fonction publique.

L'indépendance fonctionnelle du médiateur luxembourgeois est précisée dans la loi à l'article 1^{er}; il n'en est pas de même de l'indépendance personnelle et de l'indépendance financière.

Dans un souci d'indépendance, l'Ombudsman doit être financièrement indépendant comme l'indique l'article 17 de la loi qui fixe la ligne de crédit du médiateur comme un crédit non limitatif et sans distinction d'exercice. Cette terminologie devrait permettre à l'institution de pouvoir adapter en cours d'exercice les fonds budgétaires alloués en cas d'imprévus et de pouvoir transférer d'un poste à un autre et d'une année à une autre comme tel est le cas pour les services de l'Etat à gestion séparée (règlement grand-ducal du 3 février 2006).

Toute médiation doit être volontaire pour toutes les parties concernées. Or, en médiation publique seul l'administré/le réclamant a réellement cette liberté ; alors que le médiateur et les administrations y sont obligés « ex officio » pour ainsi dire.

Par ailleurs la confidentialité n'existe pas en totalité dans la médiation publique en raison du fait que les médiateurs publics ont l'obligation de présenter un rapport d'activité qui ne garde que l'anonymat des administrés concernés, mais non celles des administrations.

Quant à la mission proprement dite des médiateurs publics, on note que les textes en la matière assignent souvent à ces derniers une mission de conciliation. C'est le cas de la loi luxembourgeoise dont l'article 4 alinéa 1 de la loi du 22 août 2003 instituant un médiateur, est libellée comme suit: «le médiateur suggère toutes les recommandations aux services visés et aux réclamants qui lui paraissent de nature à permettre un règlement à l'amiable». Il s'agit donc bien d'un pouvoir de conciliation axé sur l'obtention d'un résultat, ce qui n'est pas compatible avec la médiation dans le cadre de laquelle le médiateur est responsable du seul processus et non du résultat du litige, qui relève de l'exclusive responsabilité des médiés en tant qu'experts de leur propre conflit.

Il résulte des éléments ci-dessus décrits que la loi sur le médiateur ne comprend pas tous les éléments intrinsèques à la médiation proprement dite tout en s'y apparentant sur quelques autres éléments constitutifs.

Pour être clair il y a lieu de préciser qu'il y a entre le médiateur privé et public des similitudes aussi bien que des différences.

Dans les deux cas, le médiateur est un tiers impartial et indépendant qui ne reçoit d'instructions de personne et qui n'a d'intérêt personnel dans la solution du litige. Les deux types de médiation ont pour but principal de: permettre la recherche de solutions « sur-mesure », acceptées par les médiés, et conformes au droit existant.

En revanche, la médiation publique n'organise qu'exceptionnellement des rencontres entre les parties et le médiateur dépourvu de pouvoir de décision a néanmoins le pouvoir d'enquête et celui de faire des recommandations. Par ailleurs, la médiation publique n'est volontaire que pour la partie privée dont l'anonymat reste préservé. Finalement la gratuité de la médiation publique qui est appréciée par les particuliers constitue une des différences avec la médiation privée qui elle est normalement payante.

Dans le souci d'utiliser le terme « médiation » à bon escient et d'en assurer la promotion efficacement, la question de la dénomination du service du « médiateur » s'impose.

À la vue des développements législatifs européens ainsi que de certains pays voisins sur les moyens alternatifs de traitement des conflits, certains changements concordants pourraient être apportés à la loi instituant l'Ombudsman luxembourgeois.

Le Nom de l'Institution

La clarification terminologique impose le remplacement du terme de « médiateur » par un terme plus approprié à la fonction pour assurer une concordance avec les textes nationaux et internationaux.

Il est par ailleurs dans l'intérêt d'une communication non-équivoque, plus judicieux, voire indispensable, de ne retenir qu'un seul nom qui sera évidemment celui qui correspond au mieux à la signification du terme employé de par sa définition.

Il est proposé de garder le seul terme d'« Ombudsman » pour éviter toute équivoque avec les médiateurs privés.

Le concept de l'Ombudsman trouve son origine en Suède où, dès le début du dix-neuvième siècle, un médiateur est désigné par le Parlement pour protéger le citoyen contre les abus de pouvoir de la justice.

Le modèle de l'Ombudsman parlementaire s'est ensuite largement répandu au cours de la seconde moitié du vingtième siècle partout dans le monde. Ce développement n'est pas

fortuit alors qu'il tend d'une part à améliorer la relation entre le citoyen et les autorités et de l'autre à rendre plus efficace le fonctionnement de l'Administration. Le but final de l'institution étant de renforcer par l'amélioration du fonctionnement du service public, la confiance de la population en l'État.

En pratique, la tâche de l'Ombudsman consiste à fournir une information correcte, à lever des malentendus et à remédier au manque de communication, autrement dit à améliorer la compréhension réciproque entre l'individu et l'Administration.

Bien que l'homologue suédois actuel ait des pouvoirs plus étendus – tels que le droit d'auto-saisine et le pouvoir de prendre des décisions juridiques généralement acceptées par l'Administration – ce terme paraît plus cohérent à la fonction décrite par la loi luxembourgeoise sur le « médiateur ». En effet, selon notre loi certains pouvoirs sont ceux d'un Ombudsman tel que le droit d'investigation et celui de faire des recommandations.

La loi sur le médiateur luxembourgeois correspond également à la définition de l'Ombudsman telle qu'établie par l'Institut International Ombudsman (IIO):

« Sa tâche est de répondre aux plaintes du public au sujet de décisions, d'actions ou d'omissions de la part de l'administration publique. Le rôle de l'Ombudsman est de protéger la population contre les violations de droits, les abus de pouvoir, les erreurs, la négligence, les décisions injustes et la mauvaise gestion. Son action contribue à améliorer l'administration publique, elle rend les actions du gouvernement plus transparentes et responsabilise les administrateurs publics envers les citoyens ».

Par ailleurs, le terme Ombudsman en suédois est un titre neutre, le terme « man » avec un « n » signifiant « personne ». Le service du médiateur a acquis une notoriété certaine au sein de la population luxembourgeoise et frontalière qui connaît le service essentiellement sous le terme d'Ombudsman, qui signifie « porte-parole des griefs du peuple ».

Le changement officiel de nom réglerait également la confusion avec le médiateur civil et commercial mis en place en 2012, comme avec ceux qui seront institués par la nouvelle directive dans le domaine de la protection des droits du consommateur.

Cette solution a déjà été suggérée lors des débats parlementaires sur la loi sur la médiation civile et commerciale de 2012 par l'ancien Ministre de la Justice qui a conclu son discours en disant que l'existence du médiateur judiciaire rendait nécessaire le changement du titre de médiateur institué en 2003, pour éviter toute confusion.

Promotion et Protection des Droits de l'Homme

L'article 41 de la Charte des droits fondamentaux stipule que « le citoyen européen a le droit à une bonne administration ».

Cet article constitue l'argument incontournable et la preuve irréfutable que la mission de l'Ombudsman relève indubitablement des droits humains. Ce n'est donc qu'à titre subsidiaire que nous développons ici d'autres arguments qui n'ont pas encore été développés auparavant.

Depuis sa création, le médiateur a été chargé de nouvelles missions: ainsi en 2011 du Contrôle externe des lieux privatifs de liberté c'est-à-dire du contrôle du respect des droits humains des personnes majeures et mineures, privées de liberté (mécanisme national de prévention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants dans le cadre du contrôle externe des lieux privatifs de liberté). En 2012, le médiateur a été chargé de la mission de promotion et de protection des droits des personnes handicapées sans que de nouvelles compétences ne lui aient été confiées à cet égard.

Ces trois missions du médiateur font référence à des conventions internationales ayant trait aux droits de l'Homme, ce qui fait que la mission du médiateur s'inscrit dans le cadre des droits humains.

Selon Victor O. Ayen, les médiateurs contemporains sont autant des organismes de protection et de promotion des droits de l'Homme que des institutions de justice administrative.

La protection des droits humains fait partie intégrante de la fonction de médiateur qui est inextricablement liée au caractère fondamental de l'institution. L'Ombudsman d'aujourd'hui est indéniablement une institution des droits de l'Homme.

La protection des droits de l'Homme n'est donc pas une fonction accessoire de l'Ombudsman, mais une raison fondamentale de son existence. Il ne suffit en effet pas de fixer les droits des citoyens, mais il faut aussi en garantir l'application.

En ce sens Barbara von Tigerstrom a justement constaté à propos du fondement philosophique de la fonction que « le rôle dans la protection des droits de l'Homme vient naturellement à l'Ombudsman ».

L'institution de l'Ombudsman est fondée sur les principes de dignité humaine et de justice et se consacre au traitement juste et équitable des tous les individus dans la société. Une fonction essentielle du service de l'Ombudsman est d'établir un équilibre du pouvoir entre les gouvernants et les gouvernés, en offrant aux gens les moyens de se plaindre et de corriger un échec possible de la part des dirigeants à remplir leurs obligations et à respecter les droits des gouvernés. Tout ceci relève des droits humains fondamentaux. L'Ombudsman est particulièrement bien placé pour faire respecter ces droits de l'Homme.

Victor O. Ayen relève à juste titre qu'il n'y a pas de mur de séparation réel entre les principes utilisés par un Ombudsman et une organisation des droits de l'Homme pour prendre leurs décisions ; plutôt, il y a chevauchement évident. Alors que les deux types d'organisation peuvent parfois fonder leurs décisions sur différents ensembles de principes, ces principes ne sont pas distincts les uns des autres et partagent un certain nombre de caractéristiques communes, y compris les concepts importants de égalité et de non-discrimination.

Deux groupes de principes sont, au mieux complémentaires: Les droits humains sont les principes selon lesquels les États doivent finalement être jugés, mais l'adhésion aux principes de la justice administrative est une condition nécessaire pour l'accomplissement des obligations en matière de droits humains d'un État.

L'adoption du « guide des bonnes pratiques administratives » peut également servir à humaniser les rapports des administrés avec les administrations (voir recommandation n°49/2012). Sans l'efficacité administrative les droits humains peuvent en effet être violés par l'État, quelle que soit la loi en vigueur.

L'Administration est le mécanisme par lequel l'État s'acquitte de ses obligations, y compris les obligations liées au respect des droits de l'Homme. Si l'État se doit d'être efficace dans la promotion et la protection des droits de l'Homme, il semble que l'administration efficace, efficiente et juste est une nécessité voire une condition sine qua non.

Par conséquent, selon Victor O. Ayen, l'idée d'un droit à une bonne administration a un poids philosophique qui est intrinsèquement lié à ce que font les médiateurs. Comme garants des normes de bonne administration et de justice administrative, de part leur travail, les médiateurs – si l'on accepte le principe d'un droit humain à une bonne administration – protègent alors les droits de l'Homme.

Il est entendu que la protection desdits droits s'inscrit dans le cadre des seules compétences de l'Ombudsman et que les médiateurs sont, par la nature même du rôle qu'ils jouent, inévitablement amenés à traiter les plaintes qui sont directement ou indirectement liées aux questions des droits de l'Homme et ce, indépendamment du mandat législatif de l'institution.

L'article 2 alinéa 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 parmi lesquelles l'article 41 de la Charte des droits fondamentaux est primordial. Ledit article stipule que tout citoyen européen a le droit à une bonne administration. Il est en fait à la base de tout Ombudsman ou médiateur. C'est donc en vertu de cet article, qui concerne le contrôle de légalité, que la protection des droits humains fait partie intégrante des missions du médiateur dès son origine.

Le médiateur n'a pas la prétention d'être seul investi de la mission du contrôle des droits de l'Homme alors qu'il existe la Commission Consultative des droits de l'Homme (CCDH), le CET (Centre pour l'égalité de traitement) et l'ORK (Ombuds Comité fir d'Rechter vum Kand) le Gouvernement entend réunir tous ensemble dans une « Maison des droits de l'Homme » où le médiateur actuel respectivement l'Ombudsman et le médiateur de la Santé devraient trouver leur place.

S'il est vrai que la CCDH est la seule structure agréée selon les principes de Paris il n'en reste pas moins que ses compétences sont exclusivement consultatives. Les missions de la commission et de l'Ombudsman sont donc en fait complémentaires les unes des autres.

Pour conclure, l'Ombudsman est impliqué dans la protection des droits humains. Il ne s'agit pas là de lui octroyer des pouvoirs supplémentaires, mais ce rôle mérite l'inclusion de l'Institution dans notre Constitution.

Garantie constitutionnelle pour l'Institution et le droit de faire une réclamation contre les administrations

L'Ombudsman luxembourgeois n'est pas mentionné dans la Constitution.

Afin de préserver l'indépendance et la neutralité de l'Ombudsman, éléments essentiels au bon fonctionnement de cette institution, il est important – selon la Commission de Venise – que le statut de cette institution repose sur une base législative solide. Il est hautement souhaitable que l'existence de l'institution soit garantie au niveau constitutionnel, fut-ce dans le chapitre des droits de l'Homme.

Selon les normes européennes et internationales en vigueur, une garantie constitutionnelle pour la fonction de l'Ombudsman est considérée comme préférable pour la stabilité de l'institution. Le Conseil de l'Europe dans sa Recommandation 1615 (2003) et la Commission de Venise dans son avis vont dans le même sens tout comme la résolution de l'AOMF tel qu'elle a été acceptée au Congrès de Dakar en 2013.

En raison de ce qui précède je suggère d'inscrire l'Ombudsman dans la Constitution sous le chapitre des droits humains en ces termes: « la personne qui se plaint du fonctionnement correct de l'Administration a le droit de faire une réclamation à l'Ombudsman » inspirés par la formulation de la loi française.

Les compétences spécifiques de l'Ombudsman

Sans aucun doute, l'Ombudsman est compétent pour tout litige mettant en cause un service public à savoir ministères, administrations et établissements étatiques et communaux.

Il va de soi que l'Ombudsman n'est pas compétent dans les litiges d'ordre privé, il serait pourtant nécessaire d'inclure, suivant le modèle français, les organismes investis d'une mission de service public.

La loi française dispose:

« Le Défenseur des droits peut être saisi: 1° Par toute personne physique ou morale qui s'estime lésée dans ses droits et libertés par le fonctionnement d'une administration de l'État, d'une collectivité territoriale, d'un établissement public ou d'un organisme investi d'une mission de service public » (art 5 Loi organique n° 2011-333 du 29 mars 2011 relative au Défenseur des droits).

Nombreux sont les organismes investis d'une mission de service public et revêtant un statut de droit privé, tels que certains hôpitaux, (qui tomberont sous la compétence du médiateur de la santé), écoles privées, CIPA (Centres intégrés pour personnes âgées) et services de garde pour enfants dont le fonctionnement échappe actuellement à tout contrôle externe.

Cofinancés par des deniers publics, les structures prémentionnées devraient logiquement être soumises à un contrôle externe, même si ce contrôle ne doit pas rentrer forcément pour chacune d'elles dans le champ de compétence de l'Ombudsman alors que des médiateurs sectoriels peuvent être nommés, comme tel est le cas pour le médiateur de la Santé p.ex.

Pouvoir d'investigation

a. L'inefficacité du délai fixe pour les réponses et les recommandations de l'Ombudsman

Selon l'article 6, le médiateur luxembourgeois peut demander tout renseignement nécessaire dans des délais qu'il fixe aux fins d'obtenir satisfaction. Cependant, un délai fixe à lui seul ne garantit pas que ce délai soit respecté par l'administration.

La loi belge renforce l'efficacité du pouvoir d'investigation en qualifiant d'« impératif » le délai en question.

L'article 11 de Loi organique belge instaurant le médiateur fédéral du 22 mars 1995 stipule que les médiateurs peuvent fixer des délais impératifs de réponse aux agents ou services auxquels ils adressent des questions dans l'exécution de leurs missions.

Il est souhaitable, pour des raisons d'efficacité, que ce délai contraignant soit également repris dans notre législation même si toute révision d'une décision administrative et la mise en œuvre des propositions et suggestions pratiques relèvent en fin de compte de l'administration.

b. Droit d'investigation exceptionnel pour mal administration constatée dans un cas concret dans l'hypothèse d'un éventuel dysfonctionnement systémique

En pratique et dans un souci d'intérêt général, on a pu constater l'importance de pouvoir, à partir d'une requête individuelle, traiter d'un cas en général au lieu de rester cantonné au cas isolé de la requête. Il serait fortement souhaitable d'instaurer un droit d'investigation pour contrôler à partir d'un cas concret afin d'assurer au-delà du règlement d'un problème individuel tout éventuel dysfonctionnement systémique. Dans le cas d'une investigation exceptionnelle c'est-à-dire dans le cas où un dysfonctionnement systématique est suspecté, un pouvoir d'enquête élargi serait par ailleurs de mise.

c. Les experts

En pratique, l'Ombudsman se fait déjà assister par certains professionnels, notamment des médecins ainsi que par des experts dans d'autres domaines.

Il serait partant opportun d'ajouter expressis verbis la possibilité de se faire assister par des experts tel que prévu par la loi belge et française.

Recommandations

Comme le médiateur privé, l'Ombudsman n'a pas de pouvoir de décision mais contrairement au médiateur privé, il a un pouvoir de recommandation. Ces recommandations ne sont pas contraignantes ce qui explique que sur 50 recommandations, 25 n'ont pas été suivies d'effet au Luxembourg. A titre d'exemple, la Belgique a exécuté en 2014 80% des recommandations de l'année précédente.

De ce fait, il arrive que des recommandations mêmes acceptées en principe ne soient pas traduites dans les textes. La commission de Venise préconise que la loi fixe un délai imparti pour

la prise de position du gouvernement et si la position du gouvernement était négative, un délai pour la publication d'une motivation du refus de transposition de la recommandation.

Un délai adapté à ce stade serait de 3 mois.

Il serait opportun d'emprunter la démarche recommandée ci-avant pour modifier l'article 4, alinéa 1, sur les moyens d'action du médiateur en ce sens et de prévoir qu'en cas d'acceptation du principe d'une recommandation, celle-ci soit transposée dans un délai raisonnable.

Les autres moyens d'action du médiateur

La loi française prévoit à l'article 4 alinéa 6 que le médiateur peut donner son avis sur des questions relevant de son domaine de compétence de la loi c'est-à-dire en matière de médiation, d'avis et de recommandations émises dans le cadre d'une réclamation concrète dont l'Ombudsman a été saisie.

La médiatrice luxembourgeoise en fait de même sans que ce ne soit précisé dans la loi; il serait partant opportun de l'y ajouter expressis verbis pour plus de clarté et de transparence. En ce sens, l'article 26 de la loi française dispose: « Le médiateur peut procéder à la résolution à l'amiable des différends entre parties par voie de médiation (et) de conciliation ». Une telle précision compléterait utilement la loi luxembourgeoise en son article 4 alors qu'elle permettrait expressis verbis la médiation sans la prescrire.

Interruption ou suspension des délais de recours?

L'article 3 de la loi de 2003 précise que la réclamation adressée au médiateur n'interrompt pas les délais de recours, devant les juridictions compétentes.

L'Ombudsman ne pouvant prendre des recommandations contraignantes, la suspension des délais de recours semble bien nécessaire comme l'a à juste titre reconnu le Parlement européen dans la directive 2013/11/UE ainsi que certaines législations de nos pays voisins.

La Belgique a introduit un tel délai de suspension de trois mois (renouvelable une fois) qui correspond à celui prévu dans le cadre de la médiation civile et commerciale sous l'article 1251-12(6) de la médiation judiciaire luxembourgeoise, il est recommandé de reprendre cette idée dans les termes suivants:

«Lorsque les parties demandent conjointement une médiation, les délais de procédure qui leur sont impartis sont suspendus à dater du jour où elles formulent cette demande».

Précisons que la suspension des délais de forclusion se justifie par le fait qu'il est dans l'intérêt du citoyen d'éviter des frais judiciaires inutiles quand une médiation est en cours tout en évitant que la médiation ou d'autres moyens de règlement extrajudiciaire des litiges (REL) ne soient utilisés comme moyen dilatoire.

Démarches préalables

La loi luxembourgeoise prévoit que la réclamation doit être précédée des démarches administratives appropriées auprès des organes mis en cause aux fins d'obtenir satisfaction. Comme les formalités de cette démarche ne sont pas précisées, la compréhension de l'article pose problème et mérite d'être révisé.

Il est partant recommandé de remplacer « démarches administratives appropriées » par la formulation suivante: «L'administré a le droit de saisir l'Ombudsman s'il n'a pas obtenu satisfaction auprès de l'autorité compétente ».

L'Ombudsman, la formation et les compétences requises

L'article 34 de la loi française prévoit que le défenseur des droits contribue à la mise en œuvre d'un programme de formation à la médiation et au sein de son secrétariat.

La loi luxembourgeoise gagnerait en précision à reprendre cette idée. En fait, la médiatrice a contribué à la formation en médiation au sein de l'INAP (Institut national d'administration publique) et du CMCC (Centre de Médiation Civile et Commerciale). Elle a aussi fait des séances d'information dans les écoles et à l'OLAI (Office luxembourgeois de l'accueil et de l'intégration). Le premier médiateur a lui aussi fait des séances d'information à l'INAP sur le fonctionnement de la loi sur le médiateur.

Il serait utile de reprendre le texte de la loi française dans notre loi à l'article 4 alinéa 7 pour lever toute incertitude à cet égard.

Les compétences requises de l'Ombudsman

Que ce soit pour le médiateur public, l'Ombudsman ou le médiateur privé, sa formation revêt une importance particulière.

Le code de conduite des médiateurs européens précise que les médiateurs doivent être compétents et bien connaître la procédure de médiation. Ils doivent notamment posséder une bonne formation de base et continuer à se former constamment sur le plan théorique et pratique, en fonction notamment des normes ou systèmes d'accréditation en vigueur dans le domaine de la médiation privée.

On ne saurait souligner assez l'importance de la formation des médiateurs aux outils de la médiation pour garantir le succès de ce moyen de traitement alternatif des conflits. La médiation étant essentiellement un processus structuré, que l'on se doit de maîtriser de sorte qu'il ne s'agit donc pas seulement de savoir mais aussi de savoir-faire.

Concernant la formation, la directive 2013/11/UE exige à son article 332-5 des « compétences nécessaires » en précisant qu'il n'est pas important d'avoir une formation accomplie dans le domaine dans lequel un médiateur est amené à travailler, mais qu'une compréhension générale de la matière devrait suffire.

Une formation spécifique en résolution extra-judiciaire des litiges est obligatoire et sera fixé par règlement grand-ducal.

La procédure de nomination de l'Ombudsman

L'article 9 alinéa 1 de la loi sur l'institution du médiateur prévoit que le médiateur est élu à la majorité simple des députés présents sans que la procuration ne soit possible. Selon la Commission de Venise, il est recommandé de faire élire le médiateur à une majorité qualifiée pour éviter qu'il ne soit considéré comme le candidat de la majorité gouvernementale en place au moment du vote.

L'indépendance de l'institution de l'Ombudsman découlant de celle de son titulaire, il serait judicieux de modifier le texte de l'article 9 alinéa 1 en ce sens pour renforcer la nécessaire apparence d'indépendance et l'impartialité de l'Ombudsman.

En outre, la nomination de l'Ombudsman par une majorité renforcée des députés garantirait le soutien indirect d'une grande partie de la société, avec comme conséquence incontestable un gain en termes d'apparence d'indépendance et d'impartialité.

Comme les deux premiers médiateurs ont été élus avec une franche majorité un texte en ce sens ne devrait pas poser de problème d'ordre pratique.

Le serment des médiateurs et de l'Ombudsman

Tout médiateur agréé et l'Ombudsman étant bel et bien des professionnels à part entière; ils sont partant incontestablement des professionnels formés entre-autres à la médiation.

Dans cet ordre d'idée, l'agrément des futurs professionnels devrait partant être précédé ou suivi par l'affirmation solennelle d'exercer leurs fonctions dans le respect des règles déontologiques des médiateurs européens et luxembourgeois.

L'engagement de respecter les règles déontologiques des médiateurs européens viendrait partant compléter logiquement l'actuel serment du fonctionnaire prévu dans la loi de 2003.

Ce serment concernerait plus spécialement l'engagement sans faille à l'impartialité, la neutralité et la confidentialité dans l'exercice de leur fonction.

Finalement on peut s'interroger s'il ne serait pas logique que l'Ombudsman prête serment devant le Président de la Chambre des députés puisque c'est elle qui le désigne.

Remarques finales

La cohérence des textes légaux passe par l'emploi correct des termes qui désignent des pratiques semblables mais non identiques.

Cette indispensable cohérence revêt une importance particulière en raison de la directive européenne 2013/11/UE qui devrait être transposée pour le 9 juillet 2015. Cette directive modifiant celle de 2009/22/CE qui introduit la loi sur la médiation civile et commerciale signifie une extension sensible des structures de règlement extrajudiciaire des litiges de consommation c'est-à-dire des plaintes des consommateurs contre des professionnels, y compris les prestations de service par des professionnels indépendants.

Il importe donc de clarifier de façon globale et cohérente les fonctions, la formation initiale et continue et la dénomination correcte des personnes en charge du REL, qu'ils soient actifs dans le domaine public ou privé.

Dans un souci d'harmonisation, il va falloir réformer également la loi sur la médiation pénale, organiser la formation initiale et continue ainsi que la supervision des professionnels en charge des REL et autres médiations.

Le code de conduite européen pour les médiateurs constitue à cet effet, la base éthique de la profession.

Ce code de conduite énonce une série de principes que les médiateurs peuvent volontairement s'engager à respecter, sous leur propre responsabilité. Il pourrait être adapté par les médiateurs intervenant dans tout type de médiation en matière civile et commerciale ainsi que par toute personne morale, offrant des services de médiation, qui devrait aussi s'engager à respecter et faire respecter le code de conduite européen pour les médiateurs, et exiger des médiateurs travaillant sous leur égide de respecter ledit code.

Comme tous les professionnels REL seront censés respecter le code de conduite européen pour les médiateurs, il serait logique de songer à la façon par laquelle ils et elles s'y engageront.

La prestation d'un serment devrait compléter l'agrément des futurs professionnels de la médiation. Il paraît en effet logique qu'après avoir acquis les outils de la médiation, l'accession au métier s'accompagne d'un serment comprenant l'engagement de respecter le code de conduite européen pour les médiateurs.

Le titre de médiateur n'est à ce jour soumis à aucune restriction. Il serait partant utile de songer à établir des critères que tout service de médiation devrait respecter. Après l'euphorie initiale, le besoin se fait à présent ressentir (entre autres dans le chef des médiateurs eux-mêmes) de s'accorder sur les objectifs ainsi que sur les modalités de la fonction de médiation dans le contexte luxembourgeois.

Lydie ERR

Sources

Loi du 22 août 2003 instituant un médiateur, Mémorial A - n° 128, Luxembourg

Loi organique n° 2011-333 du 29 mars 2011 relative au Défenseur des droits, JORF n°0075 du 30 mars 2011 page 5497, France

Loi du 22 mars 1995 instaurant des médiateurs fédéraux, Belgique

Etude d'impact de la médiation « Rebooting mediation directive » du Parlement européen 493.0

European Commission for democracy through law, Venice Commission,
Compilation on the Ombudsman Institution
CDL(2011)079

Directive 2013/11/UE du Parlement européen et du Conseil du 21 mai 2013 relative au règlement extrajudiciaire des litiges de consommation et modifiant le règlement (CE) n° 2006/2004 et la directive 2009/22/CE (directive relative au RELC)

Institut international de l'Ombudsman (IIO), Statuts adoptés par l'Assemblée générale à Wellington, Nouvelle Zélande, 13 novembre 2012

Association des Ombudsmans et médiateurs de la Francophonie,
Statuts modifiés lors de l'Assemblée générale à Luxembourg, le 18 novembre 2011

VIII^e Congrès à Dakar, 25-28 nov. 2013, Médiation institutionnelle et crises, recommandations de l'AOMF

Conseil de l'Europe, Recommandation N°R(85)13 aux Etats membres relative à l'Institution de l'Ombudsman, adoptée par le Comité des Ministres le 23 septembre 1985, lors de la 388^e réunion des Délégués des Ministres

Conseil de l'Europe, Assemblée parlementaire, Résolution n° 1959, 2013,
Renforcer l'institution du médiateur en Europe

British and Irish Ombudsman Association, Human Rights and the Ombudsman,
Presentation by Ms Emily O'Reilly, Ombudsman of Ireland at the Biennial Conference University of Warwick
27 April 2007

Code de conduite européen pour les médiateurs, ec.europa.eu

Ombudsmen as Human Rights Institutions, The New Face of a Global Expansion Victor O. Ayeni, London, 2009

Le phénomène de l'Ombudsman, Courrier hebdomadaire du CRISP, 1998/31 n° 1616

Guillaume-Hofnung Michèle, La médiation, 2015

Guillaume-Hofnung Michèle, Le rôle de la volonté dans la médiation, Études à la mémoire du Professeur Alfred Rieg, Bruxelles, Bruylant, 2000

SIX Jean-Francois, Le temps des médiateurs, Seuil, 1990

SIX Jean-Francois, Dynamique de la médiation, Desclée de Brouwer-Culture de Paix, Paris, 1995

Benoit Bastard, Laura Cardia-Vonèche, l'institutionnalisation de l'informel: la mort d'une bonne idée?
L'exemple de la médiation familiale, FAMPRACH (La pratique du droit de la famille), n° 2, 2000



Partie 1

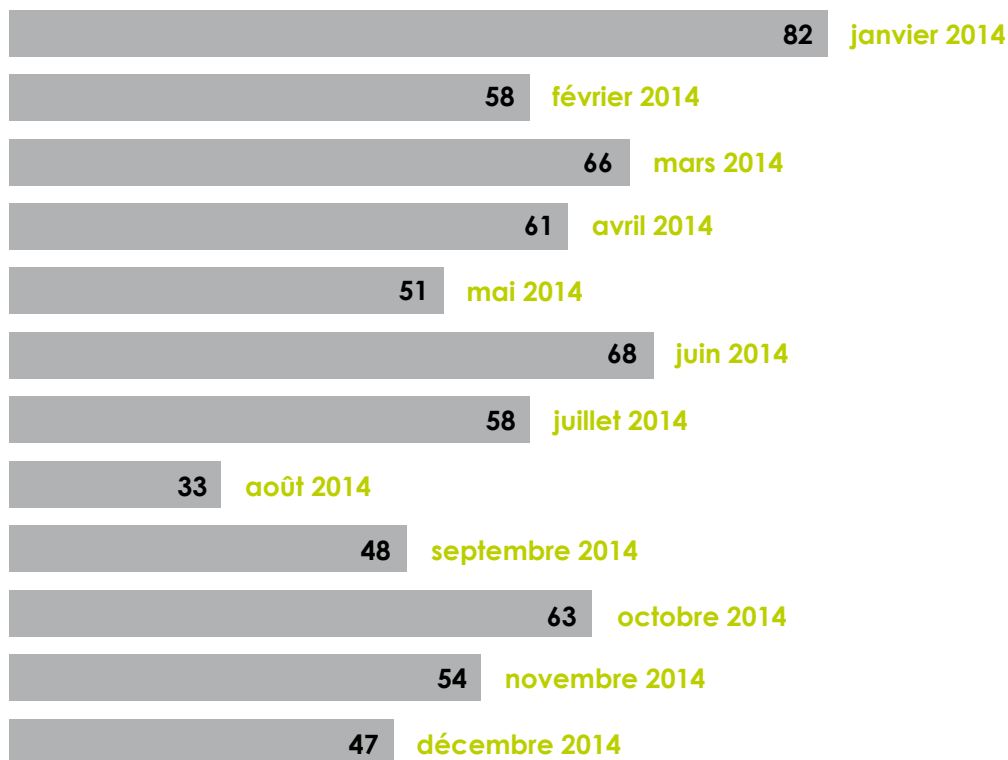


- 1.1. Statistiques**
- 1.2. Affaires relevant de l'Etat**
- 1.3. Affaires relevant des communes**
- 1.4. Affaires concernant les établissements publics**



1.1 Statistiques

NOMBRE DE RÉCLAMATIONS PAR MOIS



RELEVÉ GLOBAL

Du 1^{er} janvier 2014 au 31 décembre 2014

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
82,53%**

Ventilation par suites réservées à la réclamation

Nombre de réclamations

689

Dossiers en cours	154	(y compris 7 dossiers clôturés provisoirement)
Dossiers clôturés	535	



Transmis à un autre médiateur	0
Réclamations non fondées	189
Désistement du réclamant	62
Pas de correction obtenue	40
Correction partielle obtenue	46
Correction totale obtenue	143
Demandes irrecevables	25
Refus d'examiner	30

Ventilation détaillée

Demandes irrecevables	25
Jugements coulés en force de chose jugée	4
Incompétence ratione materiae	20
Incompétence ratione loci	0
Non-immixtion dans une affaire judiciaire pendante	1
Refus d'examiner	30
Demandes prématurées	19
Demandes manifestement non fondées	8
Absence de démarches préalables	3
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 médiateur, il s'agit notamment de réclamations qui ne sont pas dirigées contre un organisme public

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

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

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

1.1.1. Affaires relevant de l'Etat

→ 1.1.1.1. Immigration, visas, passeports

Nombre d'affaires	62
Affaires clôturées	47
Affaires en cours	14 (*y compris 1 clôturée provisoirement)

**TAUX DE
CORRECTION
88,24%**

En cours	15
Correction totale/partielle	15
Pas de correction	2
Réclamations non fondées	16
Refus d'examiner	0
Demandes irrecevables	5
Désistement du réclamant	9
Transmis à un autre médiateur	0

→ 1.1.1.2. Logement et Classes moyennes

Nombre d'affaires	38
Affaires clôturées	28
Affaires en cours	10

**TAUX DE
CORRECTION
86,66%**

En cours	10
Correction totale/partielle	13
Pas de correction	2
Réclamations non fondées	8
Refus d'examiner	0
Demandes irrecevables	5
Désistement du réclamant	0
Transmis à un autre médiateur	0

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

Nombre d'affaires	78
Affaires clôturées	58
Affaires en cours	20

**TAUX DE
CORRECTION
85,17%**

En cours	20
Correction totale/partielle	30
Pas de correction	5
Réclamations non fondées	17
Refus d'examiner	0
Demandes irrecevables	2
Désistement du réclamant	4
Transmis à un autre médiateur	0

1.1.2. Affaires relevant des communes

→ 1.1.2.1. Urbanisme

Nombre d'affaires	18
Affaires clôturées	12
Affaires en cours	6

**TAUX DE
CORRECTION
50%**

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

→ 1.1.2.2. Affaires communales générales

Nombre d'affaires	62
Affaires clôturées	44
Affaires en cours	19

**TAUX DE
CORRECTION
60%**

En cours	19
Correction totale/partielle	9
Pas de correction	6
Réclamations non fondées	11
Refus d'examiner	5
Demandes irrecevables	0
Désistement du réclamant	13
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	114
Affaires clôturées	83
Affaires en cours	31

**TAUX DE
CORRECTION
84,22%**

En cours	31
Correction totale/partielle	32
Pas de correction	6
Réclamations non fondées	40
Refus d'examiner	0
Demandes irrecevables	2
Désistement du réclamant	3
Transmis à un autre médiateur	0

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

Nombre d'affaires	62
Affaires clôturées	55
Affaires en cours	7

**TAUX DE
CORRECTION
79,17%**

En cours	7
Correction totale/partielle	19
Pas de correction	5
Réclamations non fondées	28
Refus d'examiner	0
Demandes irrecevables	2
Désistement du réclamant	1
Transmis à un autre médiateur	0

➔ 1.1.3.3. Caisse nationale des prestations familiales (CNPF)

Nombre d'affaires	33
Affaires clôturée	29
Affaires en cours	4 (y compris 3 affaires clôturées)

**TAUX DE
CORRECTION
80%**

En cours	4
Correction totale/partielle	8
Pas de correction	2
Réclamations non fondées	13
Refus d'examiner	0
Demandes irrecevables	0
Désistement du réclamant	6
Transmis à un autre médiateur	0

➔ 1.1.3.4. Fonds national de solidarité (FNS)

Nombre d'affaires	21
Affaires clôturées	17
Affaires en cours	4 (y compris 1 affaire clôturée)

**TAUX DE
CORRECTION
66,67%**

En cours	4
Correction totale/partielle	4
Pas de correction	2
Réclamations non fondées	9
Refus d'examiner	0
Demandes irrecevables	2
Désistement du réclamant	0
Transmis à un autre médiateur	0



1.2. Affaires relevant de l'Etat

1.2.1. Immigration

Les relations entre la Direction de l'Immigration et la médiatrice sont bonnes et dans la grande majorité des cas, la Direction de l'Immigration réserve aux courriers de la médiatrice des réponses motivées dans un délai raisonnable.

Autorisation de séjour pour ascendants

La médiatrice a eu à connaître plusieurs dossiers concernant le refus de la Direction de l'Immigration de faire droit à la demande d'autorisation de séjour d'ascendants, souhaitant rejoindre leurs enfants au Grand-Duché.

Il s'agit dans ces cas de demandes d'autorisation de séjour afin de pouvoir se maintenir sur le territoire au-delà de trois mois, donc au-delà de la période durant laquelle toute personne peut se maintenir sur le territoire, le cas échéant avec un visa. Il ne s'agit donc pas de demandes en obtention de simples visas en vue d'une visite familiale.

Dans un des dossiers, la Direction de l'Immigration invoque le fait que les parents du réclamant ne seraient pas à considérer comme étant à sa charge et ce parce qu'ils sont propriétaires d'un appartement et perçoivent dans leur pays d'origine une pension de vieillesse supérieure au salaire minimum dudit pays.

L'intéressé fait valoir que le coût de la vie dans la région de provenance de ses parents est plus élevé que dans le reste du pays, de sorte que la pension en question ne suffit pas à couvrir les dépenses des frais médicaux à supporter.

La médiatrice a suggéré à l'intéressé de faire valoir son point de vue et à essayer, dans la mesure du possible, de rapporter les preuves de ses affirmations.

Souvent les enfants souhaitent prendre soin de leurs parents vieillissants. Il est dès lors par-

ticulièrement difficile d'accepter que ceci ne va pas de soi, lorsque les parents sont originaires d'un autre pays. Il ne suffit en effet pas de prouver que les parents sont en mauvaise santé pour que notre pays les accueille. Il faut prouver que les parents sont à charge de leurs enfants et, selon les cas, privés du soutien familial nécessaire dans leur pays d'origine.

Selon les cas, cette preuve n'est pas toujours aisée à rapporter.

La Direction de l'Immigration a fait valoir dans sa réponse au recours gracieux que la pension des parents dépassait la pension minimum dans cette région.

La médiatrice est intervenue pour faire remarquer que l'un des parents bénéficiait bien d'une pension supérieure au salaire minimum mais que le montant des pensions cumulées des parents était inférieur au montant des pensions minimum cumulées, de sorte qu'elle a demandé au ministre de bien vouloir revoir ce point.

Par ailleurs, elle a demandé au ministre que s'il estimait que les conditions pour l'octroi d'une autorisation de séjour en qualité de membre de famille ne sont pas données, la demande soit analysée en tant que demande d'autorisation de séjour pour raisons privées d'après l'article 78 (1) c) qui dispose que:

« Art. 78. (1) A condition que leur présence ne constitue pas de menace pour l'ordre public, la santé ou la sécurité publiques et qu'ils disposent de la couverture d'une assurance maladie et d'un logement approprié, le ministre peut accorder une autorisation de séjour pour raisons privées:
[...]

c) au ressortissant de pays tiers qui ne remplit pas les conditions du regroupement familial, mais dont les liens personnels ou familiaux, appréciés notamment au regard de leur intensité, de leur ancienneté et de leur stabilité, sont tels que le refus d'autoriser son séjour porterait à son droit au respect de sa vie privée et fami-

liale une atteinte disproportionnée au regard des motifs de refus. »

En l'espèce les parents viennent très régulièrement rendre visite aux enfants et petits-enfants.

La médiatrice est dans l'attente d'une réponse dans ce dossier.

Dans un autre dossier, les réclamants ont sollicité l'octroi d'une autorisation de séjour pour le père et ensuite pour la mère, cette dernière ayant déjà séjourné sur le territoire pendant plusieurs années quelques années auparavant.

Tous les enfants du couple se trouvent en Europe, de sorte que dans leur pays, les parents ne bénéficiaient d'aucun soutien familial.

La preuve était rapportée que le père ne bénéficiait d'aucune pension ou traitement de la part de l'Etat.

La médiatrice est intervenue à plusieurs reprises dans ce dossier pour tenter de débloquer la situation.

La médiatrice est dans l'attente d'une réponse dans ce dossier.

Renouvellement d'autorisation de séjour

La médiatrice a été saisie cette année de plusieurs dossiers par des détenus qui se sont vu refuser le renouvellement de leur autorisation de séjour.

Dans le premier cas, la Direction de l'Immigration invoque que les rapports des comités de guidance du Centre pénitentiaire sont mauvais et laissent entrevoir un pronostic élevé de récidive.

La médiatrice est intervenue pour faire valoir que toute la famille du détenu vit au Grand-Duché, qu'il n'a plus de famille dans son pays d'origine et que, selon les déclarations de la famille, il entretient des rapports réguliers avec ses enfants. La médiatrice donne également à considérer qu'il a trouvé un employeur prêt à l'engager.

La Direction de l'Immigration, tout en tenant compte des considérations soulevées par la médiatrice quant à la situation personnelle

de l'intéressé, estime que ce dernier n'a pas rempli les critères en matière d'intégration et de sociabilité tels que requis dans le chef de chaque demandeur d'autorisation de séjour, de sorte qu'elle estime que sa décision est proportionnée et justifiée eu égard à la situation et au comportement du demandeur.

Dans un autre cas, la personne en question à laquelle la Direction de l'Immigration refusait de renouveler le séjour, avait grandi à Luxembourg. Elle avait toutefois connu de très nombreux déboires avec la justice du fait preuve d'un comportement délictueux grave.

La question se posait de savoir si la décision de refus de renouveler l'autorisation de séjour se heurtait à l'article 8 de la Convention des droits de l'Homme qui dispose que:

« Art. 8. Droit au respect de la vie privée et familiale

1. Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance.
2. Il ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui. »

Le ministre compétent doit, dans un cas comme celui de l'espèce, mettre en balance le risque d'une menace grave pour l'ordre public et le droit au respect de la vie privée et familiale. D'une part, le détenu faisait preuve depuis de nombreuses années d'un comportement délictueux grave, de l'autre côté, toute la vie de cette personne s'était déroulée au Grand-Duché, de sorte qu'elle n'avait plus aucun lien avec son pays d'origine, mise à part sa nationalité.

Etant donné les pièces du dossier et les recherches effectuées par la médiatrice relatives aux jurisprudences de la Cour européenne des Droits de l'Homme qui a eu à se prononcer sur la question de la violation de l'article 8 de la Convention dans des cas de

retour forcé de personnes issues de l'immigration de seconde génération, la médiatrice ne disposait pas d'arguments pertinents pour convaincre le ministre de revoir sa décision.

Dans un autre dossier, une personne a demandé l'intervention de la médiatrice relativement à une demande de renouvellement de son autorisation de séjour en qualité de travailleur salarié à laquelle aucune réponse n'avait été réservée et qui pourtant avait été demandée largement dans les délais.

Il ressortait du dossier que la commission mixte de reclassement des travailleurs incapables à exercer leur dernier poste de travail avait décidé le reclassement externe de l'intéressé.

Pendant près d'un an, l'intéressé a bénéficié des indemnités de chômage.

Pour renouveler son autorisation de séjour, la Direction de l'Immigration lui demandait la preuve qu'il disposait de ressources suffisantes et personnelles après l'expiration prévue des indemnités de chômage.

L'intéressé a communiqué une décision de prolongation des indemnités de chômage.

Deux mois plus tard, l'Agence pour le développement de l'Emploi (ADEM) a toutefois suspendu le bénéfice des indemnités de chômage en raison de l'expiration du titre de séjour.

L'intéressé devait pourtant bénéficier d'une seconde prolongation des indemnités de chômage pendant 92 jours et pourrait ensuite prétendre au paiement d'une indemnité d'attente si aucun emploi approprié n'était trouvé.

Pour pouvoir bénéficier de cette indemnité d'attente, l'intéressé doit être inscrit en tant que demandeur d'emploi auprès de l'ADEM et être disponible pour le marché du travail.

Or pour pouvoir s'inscrire en tant que demandeur d'emploi auprès de l'ADEM et être disponible pour le marché du travail, l'autorisation de type «travailleur salarié» devait être renouvelée.

La médiatrice est dès lors intervenue pour que l'intéressé soit informé dans les meilleurs

délais des suites qui seraient réservées à sa demande de renouvellement. En effet depuis la suspension du paiement des indemnités de chômage, l'intéressé rencontrait d'importantes difficultés à honorer ses frais de consultations médicales et de médicaments indispensables en raison de son état de santé.

La Direction de l'Immigration a fait suite à la demande de la médiatrice et a informé le réclamant que son autorisation de séjour serait renouvelée.

La médiatrice a été saisie de dossiers concernant le long délai d'attente dans le cas d'une demande de renouvellement de sursis à l'éloignement ou d'autorisation de séjour pour raisons privées du fait de maladie. Les personnes concernées produisent à cet effet un certificat médical qui est analysé par le Service médical de l'Immigration de la Direction de la Santé. Ce service doit rendre un avis sur la nécessité d'une prise en charge médicale dont le défaut entraînerait pour l'intéressé des conséquences d'une exceptionnelle gravité (article 130 de la loi modifiée du 29 août 2008). Or le service en question accuse un certain retard dans le traitement des dossiers en raison du nombre important de ceux-ci.

A l'occasion d'un de ces dossiers, le ministre en charge de l'Immigration et de l'Asile a informé la médiatrice qu'il était intervenu auprès du ministre de la Santé afin de lui faire part de ce problème et pour que le nécessaire soit fait pour que le délai de traitement soit raccourci.

Un retard dans le traitement de ce genre de dossiers risque d'avoir des conséquences dramatiques. Dans l'un des dossiers, par exemple, l'intéressé devait recevoir des soins à l'étranger. Or il ne pouvait s'y rendre du fait qu'il n'avait plus d'autorisation de séjour valable.

En l'espèce, la Direction de l'Immigration a été très réactive dès la réception de l'avis du service médical.

Affaires générales

La médiatrice a reçu de l'ORK un dossier relatif à la transcription d'un acte de naissance

dans les registres de l'état civil luxembourgeois d'un enfant venu prématurément au monde alors que la mère se trouvait en vacances à l'étranger (hors Union européenne).

L'original de l'acte de naissance avait été donné à la compagnie aérienne pour le rapatriement.

Les parents possédaient plusieurs documents concernant la naissance de leur enfant, mais aucun ne suffisait pour la transcription. La commune demandait en effet la copie intégrale de l'acte de naissance, apostillée et traduite par un traducteur assermenté.

Malgré leurs démarches, ils n'arrivaient pas à obtenir le document que la commune demandait.

Un représentant de l'Ambassade du Grand-Duché dans le pays étranger en question a informé les parents qu'il pourrait demander au bureau de l'état civil d'établir une copie conforme de l'acte original, ce qu'ils ont accepté. Cependant par la suite, les parents sont restés sans nouvelles de sorte que la médiatrice est intervenue auprès du ministre des Affaires étrangères et européennes pour demander que ses services contactent l'Ambassade en question afin de tenter d'obtenir ce document.

Le ministre a donné suite à la demande de la médiatrice de sorte que les démarches ont pu être accomplies à la commune.

1.2.2. Fiscalité

A. Administration de l'enregistrement et des domaines (AED)

La plupart des réclamations contre l'AED ont pu être résolues en faveur des réclamants.

1. Taxe sur la valeur ajoutée

Une société exerçant une activité de brocanteur, soumise au régime de la marge bénéficiaire, s'est vu reprocher par l'administration de ne pas avoir tenu correctement ses bordereaux renseignant ses opérations d'achat et de vente. La société achète ses marchandises auprès de particuliers et les vend à d'autres particuliers sur les marchés de brocante.

La réclamante a déclaré qu'il lui était impossible, surtout sur les marchés de brocante, d'obtenir le nom et l'adresse de ses clients. Il lui était donc impossible de porter l'identité de tous ses clients sur le registre de ses ventes. Malgré tout, les vérificateurs de l'AED sont restés intransigeants sur ce point. Suite à l'intervention de la médiatrice, le directeur de l'AED a déclaré qu'il y avait malentendu. L'indication du nom et de l'adresse des clients des brocanteurs dans le registre des ventes n'est requise qu'en cas de délivrance d'une facture qui doit être obligatoirement émise dans la mesure où un revendeur effectue des livraisons de biens à une personne assujettie à la TVA ou à une personne morale (une société) même non assujettie.

Deux dossiers concernant l'application directe du taux super-réduit à des travaux de rénovation ont pu être résolus.

Dans un de ces dossiers, l'AED demandait le remboursement d'un certain montant de TVA logement étant donné que, selon le décompte énumérant l'intégralité des travaux effectués facturés au taux super-réduit, le montant-limite de la faveur fiscale avait été dépassé. L'AED a retiré sa demande de remboursement après l'émission par l'entreprise ayant effectué les travaux des notes de crédit portant sur trois factures de sorte qu'il n'y eut plus de dépassement du montant-limite.

Une réclamation introduite auprès de la médiatrice portait sur une demande d'explications au sujet d'une ancienne dette de l'AED à l'encontre d'une faillite qui avait été clôturée au début de l'année 2009.

Le réclamant a remis à la médiatrice un procès-verbal de reddition des comptes du curateur aux termes duquel l'intégralité du passif privilégié et chirographaire a été couverte par l'actif net de la faillite, le failli ayant encore pu récupérer un solde de 33.291,49 euros.

En 2013, le réclamant a vendu un immeuble et suite à une demande du notaire, l'AED fit valoir contre le failli un solde débiteur d'un montant de 5.126,18 € qui n'aurait pas été apuré lors de la reddition des comptes. Le notaire a retenu ledit montant sur le prix de vente et l'a versé à l'AED. En effet, en

vertu des articles 83, 84 et 90 de la loi T.V.A. du 12 février 1979, le notaire, avant de faire un acte de vente immobilière, demande à la Recette centrale de l'AED si celle-ci est d'accord à ne pas faire valoir ses droits d'hypothèque sur l'immeuble à vendre et à ne pas s'opposer au paiement du prix de vente entre les mains du vendeur.

Comme le réclamant ne disposait d'aucune pièce lui permettant de vérifier le bien-fondé de cette dette qui normalement aurait dû être apurée lors de la procédure de faillite, la médiatrice s'adressa à l'AED afin qu'elle donne au réclamant toutes les explications nécessaires.

Suite à cette intervention, le directeur de l'AED a été d'accord de rembourser au réclamant le montant retenu par le notaire. Etant donné que le réclamant n'avait pas reçu d'informations au sujet des retenues opérées par le notaire, le directeur de l'AED a bien voulu saisir la Chambre des notaires afin qu'elle attire l'attention des notaires sur leur obligation d'expliquer en détail à leurs clients les retenues effectuées en vertu des dispositions susvisées de la loi T.V.A.

La médiatrice se félicite de l'action proactive du directeur de l'AED, qui devra permettre d'éviter à l'avenir des problèmes similaires.

2. Droits de succession

La médiatrice a été saisie par une fondation qui, en tant que légataire d'un appartement, s'est vu mettre à sa charge les droits de succession afférents à d'autres biens légués à un second légataire. Aux termes de la déclaration de succession, « le produit de la vente de l'appartement et des autres parties privatives en copropriété ... (après déduction des droits de succession) revient en totalité à la fondation... et les avoirs ... (après déduction des droits de succession) reviennent en totalité à M. T... ». Ainsi chaque légataire devait rester redevable de ses propres droits de succession. En vertu de l'article 23 de la loi du 27 décembre 1817, « le droit de succession, celui de mutation et les amendes sont liquidés par le préposé en vertu de la loi et conformément à la déclaration ». Or, selon un avis de

paiement adressé à la fondation par le bureau des Actes civils de l'AED, l'intégralité des droits de succession dus par les deux légataires a été mise à la charge de la fondation. Le bureau s'était basé sur le décompte de la succession établi par le notaire sur la base d'une interprétation différente du testament que la fondation n'avait pas acceptée. Suite à l'intervention de la médiatrice, le directeur de l'AED a été d'accord pour modifier l'avis de paiement en mettant à la charge de la fondation seulement les droits de succession pour ce qu'elle a recueilli.

Une réclamante légataire de la moitié indivise de l'immeuble et de l'ensemble des meubles meublants ayant appartenu à son ami s'est plainte du montant des droits de succession mis à sa charge. La vente de l'immeuble avait généré, après déduction du solde redevable du prêt hypothécaire et d'autres frais, une somme de 92.138,82 euros dont la moitié, soit 46.069,41 euros, est revenue à la réclamante et l'autre moitié aux héritiers légaux.

Ce n'est cependant pas sur cette base que l'administration a calculé les droits de succession dus par la légataire. Elle a qualifié celle-ci de légataire à titre particulier qui, en vertu de l'article 1024 du Code civil, acquiert le legs sans charge hypothécaire. C'est donc sur la moitié du prix de vente total¹ que l'administration a calculé les droits de succession. Par rapport à la somme effectivement recueillie par la réclamante dans la succession, ces droits se sont élevés en fait à 48 % au lieu du taux légal de 15 % et d'une majoration de 3/10^{ième}.

La question qui s'est posée dans ce dossier a donc été celle de savoir si la volonté du testateur a réellement été de léguer à la réclamante l'immeuble libre de toute hypothèque et de laisser aux héritiers légaux la charge intégrale de celle-ci, ce qui aurait eu pour effet de les endetter considérablement ultra vires hereditatis. Ceux-ci auraient hérité d'une dette très élevée à acquitter au moyen de leur patrimoine propre. Or la légataire et son avocat n'ont pas osé soutenir une telle interprétation du testament et les notaires chargés de la succession n'ont même pas envisagé cette possibilité.

¹ De cette somme, l'administration a seulement déduit un montant dénommé «excédent passif», soit la différence entre l'actif net de la succession et les droits revenant à la réclamante.

L'AED a transmis le dossier au ministère des Finances qui s'est cependant rallié à la position de l'AED en observant que le testament ne contient aucune disposition expresse dérogeant au principe prévu à l'article 1024 du Code civil.

C'est l'intention réelle du testateur qu'il faudra chercher. « Il faut partir du principe que le testateur a voulu une chose réalisable et sensée » (voir à ce sujet <http://www.notaire.be>).

3. 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

La condition de la durée d'occupation minimale de deux ans en cas d'octroi du crédit d'impôt continue à faire l'objet de réclamations.

Une réclamante s'est vu notifier une contrainte lui mettant en compte un montant de 14.302 euros à titre de remboursement du crédit d'impôt au motif qu'elle n'avait occupé l'immeuble en question qu'à partir du 7 décembre 2010 jusqu'au 13 novembre 2012, donc moins de deux années.

L'instruction du dossier par la médiateure révéla que la réclamante avait effectivement quitté son nouvel appartement au mois de novembre 2012 pour pouvoir poursuivre une activité professionnelle à l'étranger. Elle prétendait cependant avoir déjà emménagé dans son nouveau logement fin juillet/début août 2010. Lors de l'acquisition de l'appartement, il lui aurait été promis par le promoteur que les travaux seraient terminés pour le 1^{er} août 2010. La réclamante avait en conséquence résilié son contrat de bail avec effet à cette date. Malheureusement la construction de la résidence n'était pas encore terminée à la fin du bail. L'entrepreneur fit cependant le nécessaire pour assurer provisoirement l'approvisionnement en eau et en électricité de l'appartement de la réclamante. Il installa également une porte d'entrée provisoire. La réclamante fit faire elle-même la peinture de l'appartement début août. Elle déclara avoir immédiatement entrepris des démarches en vue de s'enregistrer à sa nouvelle adresse au bureau de la population de la commune début août 2010. Celui-ci avait cependant

refusé l'inscription à ce moment au motif que les travaux de construction de la résidence n'étaient pas encore terminés et que la résidence en tant que telle ne pouvait pas encore être inscrite auprès de la commune. La réclamante a cependant été en mesure de fournir à la médiateure différents documents établissant son déménagement début août 2010 si bien que l'AED a été d'accord pour retirer sa demande de remboursement du crédit d'impôt.

L'article 11 de la loi susvisée exige en vue de l'octroi d'une dispense d'occupation soit la survenance d'un cas de force majeure, soit la survenance d'un des cinq cas énumérés à son alinéa 2 (décès, maladie, divorce, expropriation, vente publique) ou d'une situation pouvant être assimilée à ceux-ci.

Dans un courrier du 31 mars 2014 adressé à la médiateure, le ministre des Finances a pris position par rapport aux problèmes d'interprétation suscités par l'article 11 de la loi modifiée du 30 juillet 2002 et notamment au sujet des situations pouvant être assimilées aux cinq cas mentionnés dans le texte. Le problème qui se posait était de savoir si l'endettement considérable contraignant un acquéreur d'une maison d'habitation à la revente de celle-ci dans le délai d'occupation légal peut constituer une telle situation.

Selon le ministre des Finances, l'approche à prendre par l'AED pour apprécier les différents cas de dispense résulterait nécessairement de la nature de la fiscalité indirecte dans le cadre de laquelle la perception des impôts se fait d'après l'appréciation objective d'une opération.

Cette approche objective consisterait en une vérification sur base de pièces documentant de manière indiscutable les cas de dispense susvisés (par exemple au moyen d'un certificat médical, d'un acte de décès, d'une décision de justice prononçant le divorce). Le ministre estime que cette approche s'appliquerait non seulement aux cinq cas expressément mentionnés, mais devrait être étendue aussi aux situations à assimiler à ceux-ci.

Le ministre conclut que l'endettement considérable contraignant un acquéreur à la revente de son immeuble d'habitation ne pourrait dès lors jamais constituer une situation similaire aux cinq cas de dispense

expressément énumérés. A l'appui de cette conclusion, il invoque encore la règle d'interprétation stricte des dispositions d'exonération fiscale.

La notion de force majeure exonératoire à laquelle se réfère l'article 11 de la loi susvisée a été reprise du droit de la responsabilité. Le commentaire des articles du Projet de loi (n°4971 à 4973) s'est expressément référé à la définition classique de la force majeure tirée de l'ouvrage « Vocabulaire juridique » du Prof. Gérard Cornu. Cette définition de la force majeure s'applique dans le domaine de la responsabilité contractuelle, délictuelle et quasi-délictuelle, tant en droit privé qu'en droit public. Elle permet au débiteur d'une obligation ou à l'auteur d'un dommage « de se libérer de son obligation » ou de « s'exonérer de sa responsabilité ».

La médiatrice est d'avis que pour apprécier l'existence d'un cas de force majeure, il y a lieu de se référer aussi aux modes d'appréciation qui correspondent à cette notion juridique.

Il n'est pas possible d'introduire dans le domaine de la responsabilité le mode d'appréciation propre à la fiscalité indirecte. L'appréciation de l'existence d'un cas de force majeure ne peut être faite de la même manière que celle selon laquelle le fisc constate l'existence d'une opération à soumettre à la TVA à savoir une constatation effectuée sur la base de « pièces ne pouvant donner lieu à aucune discussion ».

Même si certains cas de dispense énumérés à l'article 11 de la loi susvisée peuvent être établis uniquement sur la base de pièces, il n'en est pas toujours ainsi par exemple en cas de « maladie de l'acquéreur rendant impossible l'occupation de l'immeuble ».

Le certificat du médecin ne peut pas porter sur l'état ou la configuration de l'immeuble ou les possibilités d'un réaménagement permettant la poursuite de l'occupation. Même si une maladie est établie, il n'en résulte pas nécessairement que les conditions légales d'une dispense soient remplies. Il est possible que la maladie se soit déjà déclarée à la date de l'acquisition ou que son évolution ait été parfaitement prévisible à ce moment. Il se peut que le lien de causalité entre une maladie indiscutablement établie et la nécessité de quitter une habitation ne soit pas suffisam-

ment direct. Tout ce processus d'appréciation ne peut être réduit à une vérification au moyen d'un document comme le certificat médical.

Par l'ajout des termes « ou à la suite d'une situation telle que ... » l'article 11 fait référence à d'autres situations qui n'y sont pas énumérées. Selon le ministre, l'endettement ou la perte de ressources financières ne constitueraient jamais une telle situation étant donné que dans ce contexte, seule la vente forcée de l'immeuble se trouve mentionnée dans la loi.

Aussi l'administration a-t-elle refusé une dispense en cas d'échec de l'adjudication publique, la banque ayant retiré la maison de la mise aux enchères qui n'avait pas généré un prix acceptable. Or, une personne qui n'est plus en mesure de financer son acquisition après avoir perdu son emploi pour des raisons économiques ou l'entrepreneur confronté à une chute brutale de son chiffre d'affaires et qui vend son immeuble pour éviter une faillite ne méritent pas moins une dispense d'occupation qu'un époux aux torts exclusifs duquel le divorce a été prononcé.

On ne peut décemment reprocher à un débiteur de ne pas avoir laissé aller les choses jusqu'à une vente publique.

La médiatrice propose dès lors que le surendettement obligeant un acquéreur à la revente de son habitation avant l'expiration du délai légal d'occupation soit considéré comme un cas pouvant donner lieu à dispense.

4. La loi du 26 mars 2014 visant l'adaptation de certaines dispositions en matière d'impôts indirects

La loi du 28 janvier 1948 tendant à assurer la juste et exacte perception des droits d'enregistrement et de succession prévoit en son article 2 que les parties à une vente d'immeubles qui ont eu recours aux services d'un intermédiaire intervenant à un titre quelconque sont tenues de produire à l'enregistrement de l'acte une attestation de l'intermédiaire certifiant la réalité du prix convenu. La loi du 26 mars 2014 visant l'adaptation de certaines dispositions en matière d'impôts indirects punit d'une amende de 25 à 1.250 euros le défaut de production de cette attestation.

La médiatrice a été saisie par les parties à une vente d'immeuble qui toutes ont été frappées d'une telle amende.

Dans le cadre de l'application de l'article 2 de la loi du 28 janvier 1948 susvisée, la question se pose de savoir ce qu'il faut entendre par « recours aux services d'un intermédiaire ». Normalement c'est bien le vendeur qui confie à l'agence un mandat en vue de la vente de son immeuble. Un agent immobilier est un professionnel qui connaît le marché immobilier, dont le métier est de vendre et qui se charge d'obtenir les meilleures conditions en faveur de son client. Les personnes intéressées à faire une acquisition immobilière prennent contact avec l'agence qui leur présente l'immeuble sous son meilleur jour. En pareil cas, c'est le vendeur qui a eu recours aux services de l'intermédiaire. Les acquéreurs potentiels qui s'adressent à l'agence considèrent celle-ci plutôt comme le représentant du propriétaire, comme un prestataire de services œuvrant pour ce dernier et non pas pour eux. L'agent immobilier conseille et défend les intérêts de son mandant, le propriétaire qui a mis en vente son immeuble, et non pas ceux des acquéreurs potentiels. L'agent fournit donc ses services au propriétaire qui lui a conféré un mandat.

De même, il se peut qu'un agent soit mandaté par un de ses clients désireux de faire une acquisition immobilière. Dans ce cas aussi, l'agent représente la partie qui a eu recours à ses services. En réservant une suite aux démarches de cet agent, le propriétaire intéressé à vendre un immeuble n'a pas l'intention de demander un service à l'agent immobilier. Il n'a même pas pris l'initiative de contacter l'intermédiaire et ne peut pas être considéré non plus comme ayant eu recours aux services de celui-ci.

Certes, l'agent immobilier est un intermédiaire en ce sens qu'il se place entre le vendeur et l'acheteur. Or les termes de la loi « les parties qui ont eu recours aux services d'un intermédiaire » visent plutôt le mandant de l'intermédiaire, le bénéficiaire de ces services qui les rémunère.

Jusqu'à présent, la médiatrice a été saisie de deux réclamations à ce sujet et dans les deux cas, il semblait que c'était plutôt le notaire qui n'avait pas rempli ses obligations. Très souvent, le notaire reçoit des parties une copie du compromis de vente qui renseigne

la présence d'une agence immobilière. Conformément à l'article 9 complété par la loi du 26 mars 2014, il incombe au notaire d'attirer l'attention des parties sur l'exigence de l'attestation de l'intermédiaire et c'est aussi au notaire de demander à la partie qui a eu recours à l'agence de verser cette attestation.

Le texte risque d'aboutir à des iniquités au cas où une amende est prononcée sans différenciation à l'égard de toutes les parties à l'acte notarié.

Les deux dossiers ont pu être résolus et les amendes ont été annulées par le directeur de l'enregistrement et des domaines.

B. Administration des Contributions directes (ACD)

Les réclamations à l'encontre de l'ACD sont très diverses. Les plus significatives peuvent être rangées dans les rubriques suivantes.

1. Imposition minimale des associations religieuses

La médiatrice a été saisie par plusieurs associations sans but lucratif dont l'objet social revêt un caractère religieux. Il s'agit d'associations constituées par des laïcs qui, pendant leurs loisirs, se consacrent à des activités liées à un idéal religieux. L'une de ces associations a pour objet de constituer un lieu de rencontre de personnes « désireuses de s'inscrire dans la foi chrétienne évangélique » et d'organiser un groupe de prière. L'objet principal d'une autre est de faire la promotion des pèlerinages vers Saint-Jacques-de-Compostelle.

L'ACD a soumis ce type d'association à l'impôt sur le revenu des collectivités en application de l'article 174 (6) L.I.R. relatif à l'impôt minimum.

Elle a motivé l'imposition en se référant à l'article 159, alinéa (1), point A.- 3 L.I.R. qui énumère les organismes à caractère collectif passibles de l'impôt sur le revenu des collectivités et qui mentionne au chiffre 3 « les congrégations et associations religieuses tant reconnues que non reconnues par l'Etat, quelle qu'en soit la forme juridique ». La question est donc de savoir ce qu'il y a lieu d'entendre par associations religieuses au sens de l'article 159 L.I.R.

L'ACD interprète cette notion de manière très extensive. Le directeur des Contributions directes se base sur la définition du terme « religion » du Petit Robert pour en déduire que toute association dont « l'objet a trait à la religion » tombe dans cette catégorie. A ce titre, celle-ci serait exclue de l'exemption prévue à l'article 161 (1) L.I.R. en faveur des « organismes ... qui suivant leurs statuts ou leur pacte social et leur activité poursuivent directement et uniquement des buts culturels, charitables ou d'intérêt général ».

La médiatrice est d'avis que, les termes congrégations et associations religieuses de l'article 159 L.I.R. ne visent pas des a.s.b.l. dont les membres sont des laïcs s'adonnant au cours de leurs loisirs à un bénévolat inspiré d'un idéal religieux.

Il ressort du commentaire des articles du projet de loi n° 571 portant réforme de l'impôt sur le revenu que l'article 159, alinéa (1) point A.- 3 L.I.R. vise les corporations religieuses. Il y est précisé « qu'il n'est fait aucune distinction entre les corporations reconnues (article 26, alinéa 2 de la Constitution) et celles qui ne le sont pas. La forme juridique qu'elles se sont éventuellement donnée, est irrelevante. Certaines de nos congrégations religieuses se sont constituées en sociétés anonymes, d'autres ont opté pour la forme de l'association sans but lucratif ». Le commentaire des articles désigne les congrégations et associations religieuses sous le terme générique de corporations religieuses.

Le terme « corporation » se réfère à un regroupement de personnes exerçant un même métier ou une même fonction. Une corporation religieuse est une communauté de religieux, à savoir « une réunion de personnes soumises à une règle dans un dessein religieux, lieu qu'elles habitent en commun » (Larousse). L'article 31 de l'ancienne loi du 26 novembre 1927 concernant l'impôt général sur le revenu a déjà utilisé les termes congrégations et associations religieuses en ce sens d'associations de religieux.

L'article 161 (1) L.I.R. fait bénéficier d'une exemption fiscale les associations sans but lucratif poursuivant directement et uniquement des « buts culturels, charitables ou d'intérêt général ».

A ce titre, est exemptée toute association à caractère sportif, culturel, éducatif, etc.: un

club de football, une fanfare, une association de scouts, un club de photographie, un club d'échecs, une association pour le troisième âge, etc. En revanche, dès qu'une association revêt un caractère principalement religieux, elle serait a priori exclue de l'exemption et serait toujours à soumettre à l'impôt minimal.

L'article 161 L.I.R. susvisé faisant mention de buts d'intérêt général, il est utile de se référer au paragraphe 17 (3) de la loi d'adaptation fiscale (StAnpG) qui définit ce qu'il y a lieu d'entendre par « but d'intérêt général » („gemeinnütziger Zweck”).

Le chiffre (3) 2. de ce paragraphe mentionne expressément la promotion de la religion: „Unter den Voraussetzungen des Absatzes 2 sind als Förderung der Allgemeinheit anzuerkennen insbesondere : 1. ... 2. die Förderung der Wissenschaft, Kunst und Religion, ...”. Ce texte qualifie la promotion de la religion d'activité d'intérêt général. Une association dont l'objet s'inscrit dans ce cadre peut donc se prévaloir d'un but d'intérêt général conformément à l'article 161, alinéa (1) L.I.R. Cette conception a en tout cas encore inspiré les auteurs de la loi sur l'impôt sur le revenu en 1967.

Par ailleurs, le texte de l'article 161 L.I.R. concernant l'exemption fiscale des associations vise aussi les associations culturelles qui sont des associations religieuses par excellence. L'association culturelle est définie d'une manière extensive par la loi d'adaptation fiscale et il ne sera pas aisé de distinguer une a.s.b.l. dont l'objet social revêt un aspect religieux d'une association culturelle. Les associations religieuses ayant saisi la médiatrice ont pour objet d'organiser un groupe de prière, un pèlerinage lié à l'adoration d'un saint, de regrouper les fidèles d'une église évangélique libre. Elles forment le cadre pour des pratiques religieuses liées à un culte. L'objet de ces associations est donc bien culturel au sens de l'article 161 L.I.R.

Ces dossiers doivent aussi être examinés au regard des droits de l'Homme. La vie associative religieuse est protégée par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme. Le droit des fidèles à la liberté religieuse comprend le droit des fidèles de s'associer librement sans ingérence arbitraire de l'Etat (Arrêt CEDH, Eglise métropolitaine de Bessarabie c/ Moldavie, § 118, n° 45701/99 CEDH 2001 XII). Les associations ayant saisi la

médiateure ne poursuivent aucune activité lucrative et survivent moyennant de modiques cotisations annuelles de leurs membres. Elles n'ont pas les moyens de financer l'imposition minimale et seraient donc contraintes de se dissoudre.

Dans ces dossiers, l'ACD est restée sur sa position. Elle a néanmoins été sensible aux arguments présentés et a proposé de résoudre ces cas au moyen de remises gracieuses en attendant l'établissement de critères précis permettant d'exonérer les associations religieuses ne disposant d'aucune fortune.

2. Imposition de la plus-value d'un terrain acquis par une donation avec charges

Un réclamant a bénéficié d'une donation d'un terrain à bâtir de la part de sa mère avec charge de verser à son frère une somme correspondant à la moitié de la valeur actuelle de l'immeuble.

Sur ledit terrain, il fit construire une résidence à appartements qu'il vendit par la suite. Le bureau d'imposition n'accepta pas de considérer comme frais d'obtention déductibles du bénéfice commercial la somme payée à son frère à titre de charge de la donation.

Il a interprété l'opération comme une donation-partage à laquelle s'appliquent les règles fiscales du partage d'une indivision successorale ou d'une communauté de biens. Etant donné que dans l'acte notarié, il a été fait référence aux articles 1076 et suivants relatifs aux donations-partages, la médiateure a approuvé cette interprétation. Au niveau fiscal, les conséquences en sont les suivantes:

La soulte n'est pas considérée comme un prix d'acquisition en relation avec la vente d'un immeuble, mais ne constitue qu'un dédommagement pour équilibrer les lots des copartageants. Etant donné que le transfert de propriété des parcelles a eu lieu directement entre le réclamant et sa mère, la soulte ne peut être considérée comme un prix d'acquisition déductible en tant que frais d'obtention, aucune cession de droits n'ayant eu lieu entre les deux frères. Par conséquent, le donataire a été imposé sur toute la plus-value générée par la vente du terrain sans qu'il ait pu faire valoir la soulte versée à son frère. Ce traitement fiscal aurait

dû être pris en compte lors de la détermination du montant de la soulte prévue dans l'acte de donation-partage.

Ce résultat pour le moins inattendu pour les conseillers du contribuable, son expert-comptable et son notaire, a mis le contribuable dans une situation financière très difficile.

Le droit fiscal luxembourgeois est manifestement trop complexe pour être compris par les contribuables. La complexité de la réglementation est source d'insécurité juridique.

Des réformes de simplification fiscale sont à l'ordre du jour dans la plupart des pays. Au Royaume-Uni, un bureau de la simplification du système fiscal, l'Office of Tax simplification (OTS), a été créé en 2010. Cet organe a pour mission de faire des recommandations au gouvernement. La création d'un organisme tel que l'OTS a été recommandée par des experts d'autres pays (voir « La simplification du système fiscal: avantages et enjeux politiques dans le contexte canadien » sur <http://www.cga-canada.org>). Le succès de cet organisme serait dû surtout à un engagement politique très ferme en faveur d'une simplification du système fiscal. Il est souhaitable que le Luxembourg s'engage aussi dans cette voie.

3. Plus-value engendrée par la vente d'une résidence principale

Un réclamant s'est adressé au secrétariat de la médiateure pour demander des explications au sujet du refus par le fisc de le faire bénéficier de l'exemption fiscale de la résidence principale. Avant de vendre son habitation, il aurait consulté le texte de la loi qui lui a paru clair.

Les faits sont les suivants : le réclamant avait acquis une maison d'habitation qui est devenue sa résidence principale à partir de juillet 2003 immédiatement après la fin des travaux de rénovation. Il a dû la quitter temporairement à partir du mois de septembre 2007 en raison d'un détachement professionnel à l'étranger d'une durée de deux années. A son retour, au mois de juillet 2009, le réclamant a de nouveau occupé son habitation avant de la vendre en juillet 2012. Le fisc lui a refusé l'exemption fiscale sur la base de l'alinéa (1) de l'article 102bis L.I.R. Le réclamant ne remplit effectivement pas les conditions inscrites à l'alinéa (1) de cet article. Il a cru

cependant pouvoir bénéficier de l'alinéa (2) du même article qui indique les conditions à réunir pour qu'une habitation inoccupée soit assimilée à une résidence principale.

L'alinéa (1) définit la résidence principale comme l'habitation qui a constitué une résidence habituelle depuis l'acquisition ou l'achèvement de l'habitation ou au moins pendant les cinq années précédant la réalisation. Le réclamant ne remplit pas cette condition. Certes, il l'a occupée depuis l'acquisition, mais après presque quatre ans, il l'a abandonnée temporairement pour des raisons professionnelles. Ensuite, il l'a occupée durant trois ans seulement avant de la vendre: le délai de cinq ans n'est donc pas rempli.

L'alinéa (1) de l'article 102bis prévoit aussi une dérogation à ce délai en cas de vente « pour des motifs d'ordre familial ou en vue d'un changement de résidence en rapport avec la profession du contribuable, de son conjoint ou de son propriétaire », condition également non remplie en l'espèce, car le réclamant n'a pas vendu l'immeuble pour ces raisons.

La question s'est posée de savoir si l'abandon temporaire de l'habitation pendant un détachement professionnel imposé par un employeur fait perdre à l'habitation le caractère de résidence principale.

On peut interpréter l'alinéa (2) de l'article 102bis L.I.R. en ce sens qu'il indique les conditions pour qu'une habitation reste assimilée à une résidence principale durant l'inoccupation des lieux :

« Une habitation appartenant au contribuable et qui n'est pas occupée par lui est assimilée à une résidence principale, lorsque le contribuable l'a occupée à la suite de l'acquisition ou de l'achèvement, qu'il n'est pas propriétaire d'une autre habitation et que l'abandon de cette habitation a été motivé par des raisons d'ordre familial ou par un changement de résidence en rapport avec la profession du contribuable, de son conjoint ou de son partenaire ».

Bien que les conditions susvisées fussent réunies, le bureau d'imposition a refusé l'exemption pour les motifs suivants: pour un immeuble habité au moment de la vente, il ne peut être fait application que de l'alinéa 1 de l'article

102bis tandis que l'alinéa 2 du même article ne vise que l'immeuble non occupé au moment de la vente. Le cas le plus fréquent est celui d'un contribuable ayant abandonné son habitation pour constituer un nouveau ménage avec une autre personne et qui donne son logement en location. La vente de ce logement reste exemptée même si la vente a lieu longtemps après.

Or l'alinéa (2) de l'article 102bis L.I.R. n'indique pas que l'immeuble doit être inoccupé au moment de la vente. Il y est bien entendu question d'une habitation qui n'est pas occupée, car seule une habitation non occupée peut être assimilée à une résidence principale. Le texte n'indique pas non plus que l'habitation doit avoir été définitivement abandonnée. En interprétant dans le texte une restriction relative à l'inoccupation de l'immeuble au moment de la vente, l'administration n'a-t-elle pas ajouté à la loi une condition qui n'y est pas prévue?

Le texte peut être interprété en ce sens qu'à partir du moment où les conditions de l'assimilation d'une habitation à une résidence principale sont remplies au cours du délai prescrit de cinq années, il n'importe pas si, au moment de la réalisation de l'immeuble, l'habitation est à nouveau occupée ou non. Si l'habitation est effectivement réoccupée à ce titre au moment de la vente, il s'agira d'une résidence principale réellement habitée au lieu d'une habitation assimilée à une résidence principale. Il n'est tout simplement plus besoin de l'assimiler pendant cette durée d'occupation à une résidence principale. La réoccupation de l'habitation après un abandon temporaire pour des motifs professionnels ou d'ordre familial ne devrait pas être préjudiciable au contribuable. Pour quelle raison devrait-il perdre le bénéfice de l'assimilation du simple fait qu'il a réintégré son habitation?

La pratique administrative et la doctrine (Paul Lauterbour, « Régime d'imposition des plus-values générées par la réalisation de biens du patrimoine privé ») se sont cependant fixées en sens contraire: l'alinéa 2 de l'article 102bis concerne seulement la situation où l'habitation n'est plus occupée par le propriétaire au moment de la réalisation, bien que le texte de la loi ne contienne pas formellement cette restriction. Selon cette interprétation, en cas d'occupation de l'habitation au moment de l'aliénation, il n'est donc fait application que

de l'alinéa (1) de l'article 102bis qui prescrit une occupation réelle et « non assimilée » pendant les cinq années précédant la vente.

Les travaux parlementaires ne permettent pas de trancher définitivement la question. Le commentaire des articles du projet de loi n° 2078 semble avoir tenu compte de la situation spécifique du contribuable abandonnant temporairement son logement pour des raisons professionnelles avec l'idée d'y revenir et qui ne devrait pas subir de conséquences négatives de cet abandon temporaire si d'autres circonstances l'amènent à le vendre par la suite:

« Il arrive souvent qu'une personne qui possède une habitation et qui doit changer de résidence passagèrement pour des raisons notamment professionnelles, abandonne son habitation propre pour une habitation louée, dans l'intention de réintégrer plus tard sa propre habitation. Il n'est pas exclu qu'en raison de changements imprévisibles, cette personne soit néanmoins amenée à aliéner cette habitation. Le second alinéa permet, dans cette hypothèse, l'exonération ».

Si la volonté du législateur avait été de restreindre l'alinéa 2 de l'article 102bis à l'habitation non occupée au moment de la vente, un simple ajout au texte aurait suffi pour en clarifier le sens.

Le bureau d'imposition n'a pas tenu compte des arguments présentés par la médiatrice.

En tout cas, étant donné l'intérêt pratique considérable que revêt l'exemption fiscale de la résidence principale, il est souhaitable qu'une présentation plus explicite de la réglementation soit publiée sur le site de l'ACD.

4. L'imposition collective

Dans son rapport d'activité 2011/2012, la médiatrice a souligné la nécessité d'une réforme de l'imposition collective. Etant donné que les contribuables liés par un partenariat disposent de l'option entre l'imposition collective et l'imposition séparée, des réclamants mariés ont fait savoir à la médiatrice qu'ils se sentent discriminés par rapport à des personnes liées par un partenariat.

Le Luxembourg est, avec le Portugal, l'un des rares pays de l'Union européenne qui ont conservé l'imposition collective des époux.

En France, des époux séparés de biens et ne vivant pas sous le même toit (y compris les personnes qui ont des résidences séparées pour des raisons professionnelles) peuvent être imposés séparément; il en est de même en cas d'abandon du domicile conjugal par l'un des époux.

La médiatrice a été saisie par deux époux dont l'un habite et travaille en Allemagne, la famille se réunissant en fin de semaine. Le Luxembourg où habite l'épouse avec les enfants est resté le centre des intérêts vitaux du couple. Celle-ci est imposée collectivement avec son mari de sorte qu'elle subit un taux d'impôt tenant compte des revenus de son mari imposé en Allemagne. Une imposition séparée en classe 1A serait plus avantageuse pour elle.

L'imposition collective donne surtout lieu à des problèmes pour des époux en instance de divorce au cas où une dette d'impôt commune est à partager. En cas de forte disparité entre les revenus des époux, le partage doit tenir compte de la progressivité du barème d'impôt. A défaut d'en tenir compte, le partage ne sera pas équitable, car le conjoint à faibles revenus sera amené à payer une partie des impôts générés par les revenus plus élevés de l'autre.

Le secrétariat du médiateur est régulièrement saisi de réclamations à ce sujet. Il n'incombe pas à l'administration de procéder à un partage de la dette fiscale entre les deux époux. Il appartient aux deux époux eux-mêmes de se mettre d'accord à ce sujet. En cas de désaccord, l'administration recouvre les impôts dus auprès des deux époux jusqu'à concurrence du montant total. Ainsi, l'imposition collective est une source supplémentaire de litiges entre époux en instance de divorce. L'imposition séparée ne prend cours qu'à partir de l'année suivant celle où l'autorisation judiciaire de résidence séparée a été accordée. Une réforme visant à reporter en arrière le début de l'imposition séparée en cas d'abandon du domicile conjugal commun serait souhaitable.

Le même problème se pose en cas de partage d'un solde à rembourser par le fisc aux deux époux. A cet effet, le Service de recette Luxembourg calcule la quote-part due à chaque époux en appliquant la formule mathématique de la circulaire L.G.-A. n° 50 du 17 juillet 1992 selon laquelle chaque époux a

droit à un remboursement proportionnel aux avances payées par chacun et aux retenues d'impôts sur les rémunérations respectives. La médiatrice a été saisie par une épouse dont le revenu imposable annuel s'était élevé à seulement 3.503 euros et sur lequel une retenue d'impôt de 648 euros avait été prélevée. En application de la circulaire susvisée, le remboursement revenant à l'épouse s'était réduit à 92,62 euros. Le revenu imposable de 3.503 euros de la réclamante est entièrement couvert par la tranche de revenu non imposable du barème de l'impôt qui s'élève à 22.600 euros en classe d'impôt 2 et à 11.400 euros en classe d'impôt 1 qui constitue le tarif de base.

Un calcul équitable aurait dû conduire à rembourser à l'épouse l'intégralité de sa retenue d'impôt. Toute autre solution a pour effet d'obliger l'épouse à payer par ses retenues d'impôt les impôts générés par les revenus beaucoup plus élevés de son mari.

L'ACD n'a cependant pas voulu suivre la médiatrice sur ce point. La circulaire L.G.-A. n° 50 du 17 juillet 1992 devrait être réexaminée dans le but d'éliminer les iniquités auxquelles elle peut donner lieu.

5. Partenariat - l'article 3 d) L.I.R. pas applicable

La médiatrice a été saisie par deux contribuables résidant à Luxembourg et liés par un partenariat. Suivant l'article 3bis L.I.R., « sont imposés collectivement, sur demande conjointe et à condition d'avoir partagé pendant toute l'année d'imposition un domicile ou une résidence commune a) les partenaires résidents ... ».

Bien qu'ils aient vécu dans un ménage commun au Luxembourg, le bureau d'imposition leur a cependant refusé l'imposition collective au motif que l'un des partenaires, en tant que fonctionnaire européen, est censé avoir gardé son domicile fiscal dans son pays d'origine en vertu de l'article 14 du Protocole sur les privilèges et immunités des Communautés européennes. Le bureau d'imposition l'a par conséquent considéré comme contribuable non résident et a conclu que les conditions prévues à l'article 3bis L.I.R. n'étaient pas remplies.

Le même problème s'était jadis posé pour les couples mariés. Le conjoint d'un fonc-

tionnaire européen s'était vu refuser aussi l'imposition collective et était rangé dans la classe d'impôt 1. C'est l'article 3d) L.I.R. introduit par la loi du 21 décembre 2001 qui permet à un tel couple d'opter pour l'imposition collective.

Un aménagement similaire pourrait être prévu en cas de partenariat sans préjudice cependant à la condition relative à la cohabitation effective des partenaires durant toute l'année d'imposition.

1.2.3. Affaires générales relevant de l'Etat

1.2.3.1. Ministère du Travail, de l'Emploi et de l'Economie sociale et solidaire

Aide à la création d'entreprise

La médiatrice a été saisie d'une réclamation par une personne qui estimait qu'elle s'était à tort vu refuser une aide à la création d'entreprise.

Le réclamant explique qu'après avoir perdu son emploi, il a bénéficié des indemnités de chômage pendant six mois.

Etant donné que le réclamant était en possession d'une autorisation d'établissement, qu'il avait sollicitée quelques mois plus tôt, à un moment où il était encore salarié, il a décidé de lancer sa propre entreprise et a sollicité auprès du Ministère du Travail l'octroi d'une aide à la création d'entreprise.

Le ministre refuse de faire droit à la demande. Il explique que bien qu'étant inscrit comme chômeur indemnisé, il a sollicité et obtenu une autorisation d'établissement quelques mois avant cette inscription, de sorte qu'il ne s'agit pas d'une création d'entreprise.

Malgré un recours gracieux, le ministre maintient sa décision. Le réclamant explique dès son premier courrier, qu'il a sollicité l'autorisation d'établissement à l'époque sans toutefois en faire usage étant donné qu'il était salarié. Une fois licencié et bénéficiant des indemnités de chômage, il a décidé de lancer son activité.

Le recours gracieux n'a pas été accueilli favorablement au motif que le Ministère situe la création de l'entreprise au jour de l'obtention de l'autorisation d'établissement.

Or le début de l'activité se situe à un moment postérieur à la demande.

La médiatrice est dès lors intervenue pour demander au ministre de bien vouloir reconsidérer sa décision et de faire droit à la demande du réclamant ou lui expliquer de manière plus détaillée, en quoi la création de l'entreprise est considérée comme remontant à la date de l'octroi de l'autorisation d'établissement.

Le ministre du Travail, de l'Emploi et de l'Economie sociale et solidaire a informé la médiatrice que l'article 19 du règlement grand-ducal modifié du 17 juin 1994 fixant les modalités et conditions d'attribution 1. des aides à la mobilité géographique; 2. d'une aide au réemploi; 3. d'une aide à la création d'entreprises; 4. d'une aide à la création d'emplois d'utilité socio-économique prévoit que le demandeur doit être titulaire d'une autorisation d'établissement. Le ministre précise que cette autorisation, en vue de l'obtention d'une aide à la création d'entreprise, doit impérativement être demandée à un moment où il est inscrit en tant que demandeur d'emploi auprès des services de l'Agence pour le Développement de l'Emploi (ADEM). Or le réclamant a obtenu une autorisation d'établissement à une date à laquelle il était encore salarié.

Selon le ministre, l'autorisation d'établissement est antérieure à l'inscription à l'ADEM, de sorte qu'il ne s'agit pas d'une création d'entreprise de la part d'un demandeur d'emploi indemnisé. Le ministre ajoute que ce principe est appliqué à toutes les demandes d'aide à la création d'entreprise.

La médiatrice est intervenue une nouvelle fois auprès du ministre pour l'informer qu'à sa connaissance le règlement grand-ducal n'imposait pas cette condition.

La médiatrice rappelle également qu'il serait important que les placeurs soient parfaitement informés de l'application de cette condition. En l'espèce, le réclamant avait été encouragé par son placeur à faire une demande pour l'octroi de l'aide en question, de sorte qu'il n'a plus profité des indemnités de chômage auxquelles il aurait eu droit.

Le placeur, qui connaissait le dossier du réclamant, n'a jamais soulevé le fait que l'obtention d'une autorisation d'établissement à un moment où il n'était pas encore

inscrit comme demandeur d'emploi, pourrait représenter un obstacle à l'octroi de cette aide.

Le réclamant a donc été incité à lancer son activité et à renoncer à ses droits aux indemnités de chômage, mais n'a aucunement été soutenu, ce que la médiatrice trouve particulièrement regrettable.

Le ministre estime que même si le règlement grand-ducal ne dispose pas explicitement que l'autorisation d'établissement doit être demandée à un moment où la personne concernée est au chômage, il va de soi qu'une création d'entreprise doit être conçue et mise en œuvre à un moment où le demandeur est au chômage et non à une époque où il est salarié.

Lors d'une entrevue avec le ministre, il a été rediscuté du dossier. Le ministre s'est déclaré favorable à une résolution à l'amiable du dossier.

La médiatrice est dans l'attente de sa réponse qu'elle espère positive, alors que des cas similaires ne risquent plus de se poser en raison de la suppression projetée de ce type d'aide dont l'application a été mal expliquée.

La médiatrice a également été saisie par une dame qui, pendant qu'elle était au chômage et touchait les indemnités de chômage, s'était renseignée auprès de l'ADEM sur les possibilités d'obtenir une aide à la création d'entreprise. Comprenant que son projet était éligible, elle a constitué, ensemble avec son mari et un autre associé, une société ayant comme objet la vente de boissons biologiques. Lors de la constitution, la réclamante a souscrit 43% des parts sociales de la société, son mari 42% et le troisième associé les 15% restants.

L'aide à la création d'entreprise lui a été refusée au motif qu'elle n'était pas l'associée majoritaire de la société. Surprise par cette motivation alors que personne ne lui avait parlé de cette condition au moment où elle s'était renseignée pour l'obtention de l'aide à la création d'entreprise et ne trouvant cette information nulle part, la réclamante a contacté le Ministère du Travail, de l'Emploi et de l'Economie sociale et solidaire qui lui a confirmé que le demandeur de l'aide doit

détenir au moins 50% des parts sociales de la société pour qu'il n'y ait pas de lien de subordination.

La dame a alors acquis des parts sociales supplémentaires en les rachetant à son mari de sorte à détenir 51% des parts sociales. Elle a envoyé une copie du contrat de cession de parts sociales au Ministère. Or elle a été informée que le refus était maintenu, le transfert de parts sociales ne pouvant plus être pris en compte.

Lors de son intervention, la médiatrice a fait remarquer au Ministère que le règlement grand-ducal modifié du 17 juin 1994 ne contient pas de condition quant au pourcentage de détention de parts sociales pour l'obtention d'une aide à la création d'entreprise. Il est compréhensible que la « création d'entreprise » implique que le demandeur de l'aide ne peut pas être soumis à un lien de subordination dans l'entreprise pour laquelle il demande l'aide, mais une participation majoritaire dans le capital social n'est pas requise.

Par ailleurs, la réclamante avait, dès la constitution de la société, une participation de 43% et était donc majoritaire par rapport aux autres associés qui détenaient respectivement 42% et 15% et l'autorisation d'établissement était établie à son nom. Elle était gérante unique et pouvait engager la société par sa seule signature. Il y avait donc des arguments pour démontrer qu'il n'y avait aucun lien de subordination. La jurisprudence a régulièrement conclu à l'absence d'un lien de subordination dans des cas similaires. Tel est le cas notamment dans un jugement du Tribunal administratif du 18 décembre 2012 (n° 29811). Dans cette affaire, le tribunal a conclu à l'absence d'un lien de subordination d'une personne qui détenait 20% du capital social, était gérant technique et détenteur de l'autorisation d'établissement et dont la signature était nécessaire pour engager la société.

Le Ministère a toutefois maintenu sa position en argumentant qu'il s'agit d'une aide à la création d'entreprise qui est payée personnellement au créateur et qu'on ne saurait parler d'entreprise appartenant à ce dernier si les autres associés pouvaient imposer leur volonté. La jurisprudence arriverait par ailleurs souvent à la conclusion qu'un lien de subordination existe malgré le fait qu'une personne soit gérante et puisse engager valablement

la société. A noter que la médiatrice n'a pas eu de réponse quant à la base légale qui justifiait le refus de l'aide selon le Ministère.

Restant persuadée que la détention d'une majorité des parts sociales n'était pas requise et que la décision de refus n'est pas conforme au texte du règlement grand-ducal modifié du 17 juin 1994, la médiatrice a décidé d'intervenir une nouvelle fois.

La médiatrice argumentait que, s'il est vrai que l'aide à la création d'entreprise est payée au créateur personnellement, le règlement grand-ducal n'impose pas au créateur de l'entreprise d'être associé unique ou majoritaire. Si tel devait avoir été le but, le règlement grand-ducal est imprécis et il devrait être modifié.

Le fait d'invoquer une condition qui ne figure pas dans le règlement applicable, semblait d'autant plus grave que les personnes concernées ne pouvaient pas en avoir connaissance avant de se lancer dans la création de leur entreprise. Une telle condition de majorité n'est indiquée ni sur les sites internet sur lesquels les personnes concernées se renseignent, comme par exemple www.guichet.lu, ni sur les fiches d'informations disponibles.

La médiatrice a donné à considérer que le refus de l'aide sur base de motifs ne se trouvant pas explicitement dans le règlement grand-ducal peut mener à des situations où les personnes concernées ont calculé leur budget avec l'aide à la création d'entreprise. Souvent les demandeurs de l'aide ont investi leurs économies dans leur projet et se retrouvent ensuite avec une société dont ils doivent faire démarrer l'activité avant de pouvoir gagner de l'argent. Or ils n'ont alors souvent plus les moyens financiers nécessaires pour faire fonctionner la société et pour développer leur activité.

En l'espèce, la réclamante s'était renseignée sur les conditions de l'aide avant de se lancer dans cette nouvelle activité. Comme dès le départ elle n'avait pas les moyens pour développer son activité toute seule, elle a cherché un autre investisseur en plus de son mari. Le fait qu'il y ait trois associés devrait présenter une perspective supplémentaire de réussite du projet. La médiatrice ne comprend pas, a priori, pourquoi le fait d'avoir trois associés devrait s'opposer au paiement de l'aide à la création d'entreprise, à condition que l'aide soit investie dans l'entreprise. Le règlement

grand-ducal prévoit par ailleurs l'obligation de rembourser l'aide dans certains cas, notamment en cas de cessation de toute activité dans l'année de la création. Si un problème majeur devait se poser entre les associés et mener à la cessation de l'activité au cours de la première année, l'aide devrait donc être restituée.

Quant à l'affirmation du Ministère concernant le lien de subordination, la médiatrice a constaté que dans d'autres dossiers dans lesquels la situation des réclamants était similaire, notamment des dossiers concernant l'aide au réemploi, le Ministère n'a pas hésité à considérer qu'il n'y avait pas de lien de subordination pour refuser une aide.

Sur base de ces arguments, le Ministère a finalement décidé d'accorder l'aide à la création d'entreprise à la réclamante.

En principe de tels problèmes avec l'aide à la création d'entreprise ne devraient plus se présenter à l'avenir, alors que le gouvernement a annoncé vouloir abolir cette aide.

Aide au réemploi

Un bénéficiaire de l'aide au réemploi s'est adressé à la médiatrice parce que son aide au réemploi lui avait été retirée 6 mois auparavant, ceci sans décision écrite et même sans information. Il en a eu connaissance au moment où l'aide ne lui était plus virée sur son compte bancaire. Il s'est alors renseigné auprès de l'ADEM qui l'a informé que son dossier se trouvait au Ministère du Travail et de l'Emploi qui avait donné l'ordre à l'ADEM d'arrêter les paiements.

Malgré l'intervention d'un syndicat et de l'avocat du réclamant, ce dernier n'a pas reçu de décision. Il a seulement été informé qu'une enquête était en cours, parce que le Ministère soupçonnait que les conditions d'obtention de l'aide n'étaient pas remplies. Le bénéficiaire de l'aide ne se trouverait pas dans un lien de subordination.

Il s'est avéré que le bénéficiaire de l'aide était membre du conseil d'administration de l'ASBL qui l'employait et que son épouse était présidente du conseil d'administration. Le réclamant soutenait cependant que toutes ces informations avaient été communiquées à l'ADEM au moment de la demande d'aide au réemploi.

Quant au fond, le Ministère avait raison que le demandeur ne remplissait pas les conditions pour l'obtention de l'aide au réemploi. Il était toutefois incompréhensible pourquoi le concerné n'avait pas reçu de décision et pour quelle raison l'enquête du Ministère a pris autant de temps.

Ce n'est qu'au bout de quasiment une année et suite à une entrevue de la médiatrice avec le ministre que le réclamant a finalement reçu une décision écrite concernant son dossier.

Fonds pour l'Emploi

Plusieurs ex-salariés d'une ASBL mise en liquidation judiciaire ont saisi la médiatrice considérant que c'était à tort que le ministre du Travail, de l'Emploi et de l'Economie sociale et solidaire avait refusé de faire intervenir le Fonds pour l'Emploi pour la prise en charge de leurs créances salariales.

Le ministre refusait en effet de faire droit à leur demande en se basant sur l'article L.126-1 (1) du Code du Travail, qui prévoit qu'« en cas de faillite de l'employeur, le Fonds pour l'emploi garantit les créances résultant du contrat de travail sous les conditions et dans les limites fixées au présent article ».

Selon lui, cette disposition prévoit l'intervention du Fonds pour l'Emploi qu'en cas de faillite au sens strict, c'est-à-dire uniquement dans le cas de commerçants, employeurs. Comme en l'espèce, l'employeur était une ASBL, l'accès au Fonds pour l'Emploi ne serait pas possible.

L'avocat en charge de la défense des intérêts des salariés en question a contesté l'interprétation faite par le ministre, remarquant que la loi luxembourgeoise est en contradiction avec la directive 2008/94/CE du Parlement européen et du Conseil du 22 octobre 2008 relative à la protection des travailleurs salariés en cas d'insolvabilité de l'employeur.

La directive prévoit notamment en son article 3 que « les Etats membres prennent les mesures nécessaires afin que les institutions de garantie assurent, sous réserve de l'article 4, le paiement des créances impayées des travailleurs salariés résultant de contrats de travail ou de relations de travail y compris, lorsque le droit national le prévoit, des dédommagements pour cessation de la relation de travail ».

Cette même disposition définit les personnes pouvant bénéficier d'une telle garantie. Sont seules exclues certaines professions, comme par exemple les gens de maison occupés par des personnes physiques ainsi que les pêcheurs.

Ainsi les salariés ayant travaillé pour une ASBL déclarée en insolvabilité doivent pouvoir bénéficier des mêmes garanties que les travailleurs ayant été engagés par une société commerciale.

La Commission européenne, dans son rapport du 28 février 2011 sur la mise en œuvre et l'application de la directive, avait d'ailleurs rappelé que la directive s'applique à toutes les personnes considérées comme des travailleurs salariés au regard des législations nationales, ainsi qu'à tous les employeurs se trouvant en état d'insolvabilité. La Commission a par ailleurs rappelé que la directive ne permet pas d'exclure une catégorie d'employeurs et qu'elle ne fait pas la distinction entre les employeurs en fonction de leur taille, de leur qualité de commerçant ou des bénéfices qu'ils ont pu engranger.

A ce sujet, la Commission avait d'ailleurs pu constater qu'au Luxembourg, les procédures de faillite ne peuvent être ouvertes qu'à l'encontre d'une société commerciale ou d'une personne physique qualifiée de commerçant. Elle a rendu attentif au fait que cette disposition pouvait revenir « à exclusion de la protection de la directive des travailleurs employés par des personnes physiques ou morales données ».

Comme le Ministère ne prenait pas position par rapport aux arguments avancés par l'avocat et continuait à invoquer l'article L.126-1 du Code du travail pour refuser l'intervention du Fonds pour l'Emploi, la médiatrice a sollicité une entrevue pour discuter le problème avec le ministre compétent, alors qu'elle juge la législation luxembourgeoise contraire au droit communautaire.

Le ministre a reconnu la non-conformité du texte luxembourgeois avec la directive 2008/94/CE et a accepté de faire intervenir le Fonds pour l'Emploi en faveur des salariés concernés. Le ministre a toutefois attiré l'attention sur le fait que de nombreux salariés avaient reçu, à titre tout à fait exceptionnel et de façon anticipée des indemnités de chômage, paiement qui devait être pris en

compte dans le mode de calcul des indemnités à percevoir.

Ce faisant, le ministre se réservait le droit de faire valoir son droit à compensation respectivement à remboursement, au cas où il devait s'avérer que les salariés qui avaient déjà bénéficié des indemnités de chômage ont touché plus que ce à quoi ils avaient droit en vertu de l'article L.126-1 du Code du Travail.

Dans une autre réclamation concernant le remboursement d'indemnités compensatoires, un réclamant avait bénéficié d'un reclassement interne par une décision de la Commission mixte notifiée en 2007. Fin 2011, après un long congé de maladie, il s'est vu octroyer une pension d'invalidité avec effet rétroactif au 1er décembre 2010. En raison de l'octroi rétroactif de cette pension, le Fonds pour l'emploi a demandé le remboursement des indemnités compensatoires versées à partir de décembre 2010.

Il n'est pas rare que des assurés en congé de maladie prolongé se voient accorder sur avis du Contrôle médical de la sécurité sociale une pension d'invalidité avec effet rétroactif. Aux termes de l'article 190 du Code de la sécurité sociale, la pension d'invalidité court du premier jour de l'invalidité établie. Si la date du début de l'invalidité ne peut être établie, elle est censée être celle du jour où la demande en obtention de la pension est parvenue à la caisse de pension. La pension d'invalidité ne peut être allouée pour une période antérieure de plus d'une année à la réception de la demande.

En cas de reclassement interne, le salarié en congé de maladie reçoit en remplacement de son salaire des indemnités pécuniaires de maladie et continue de bénéficier de l'indemnité compensatoire versée par le Fonds pour l'emploi.

L'assuré non reclassé qui, après un long congé de maladie, se voit accorder une pension d'invalidité avec effet rétroactif est obligé d'effectuer un remboursement, sinon il aurait bénéficié pour la période de rétroactivité à la fois d'une indemnité pécuniaire et d'une pension d'invalidité. Ainsi, en cas d'indemnités pécuniaires versées par une caisse de maladie luxembourgeoise, les arrérages de pension d'invalidité seront assignés à la caisse de

maladie conformément à l'article 190 al. 2 du Code de la sécurité sociale. Cette disposition s'applique aussi aux assurés reclassés.

Dans le même article, le législateur a prévu que le montant à rembourser à la caisse de maladie ne pourra pas dépasser le montant des arriérés de pension d'invalidité.

Le Fonds pour l'emploi demande lui aussi le remboursement des indemnités compensatoires. La question qui se pose est de savoir si cette demande doit être limitée au montant maximal du remboursement prévu par l'article 190 al. 2 du Code de la sécurité sociale ou si le Fonds pour l'emploi est en droit de demander au salarié reclassé le remboursement intégral des indemnités compensatoires y compris la partie dépassant les arriérés de pension d'invalidité.

En l'espèce, la Caisse nationale d'assurance pension (CNAP) a versé l'intégralité des arriérés de pension d'invalidité à la Caisse nationale de santé (CNS) qui, après déduction du montant qui lui revenait, a assigné le montant restant au Fonds pour l'emploi qui durant le congé de maladie du salarié reclassé avait continué à verser les indemnités compensatoires. Comme ce montant ne suffisait à couvrir qu'environ la moitié des indemnités compensatoires versées, le Fonds pour l'emploi a demandé encore au réclamant de payer un solde de 7.446,76 euros.

L'article 190 al. 2 du Code de la sécurité sociale limite le remboursement des indemnités pécuniaires au montant des arriérés de pension d'invalidité de sorte que l'assuré garde son indemnité pécuniaire qui lui a permis de vivre durant sa maladie. Normalement, la pension d'invalidité est inférieure au dernier salaire. L'obligation de rembourser l'intégralité des indemnités pécuniaires aurait pour effet de charger les personnes invalides d'une dette assez lourde et cela à un moment où ils doivent s'adapter à une baisse de leurs revenus. Cette considération s'applique aussi à l'assuré reclassé qui a bénéficié d'indemnités compensatoires durant son congé de maladie.

Un autre élément à prendre en considération est que conformément à l'article L.125-4 du Code du travail, le contrat de travail cesse de plein droit le jour de la décision portant attribution 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 8e 21.12.2006, rôle 31074). L'octroi rétroactif d'une pension d'invalidité n'a donc pas d'effet rétroactif sur le contrat de travail. L'assuré reste un salarié jusqu'à la date que porte la décision qui lui a accordé la pension. Ainsi le salarié reclassé remplit toujours pendant la période de rétroactivité de sa pension d'invalidité la condition inscrite à l'article L. 551-2 du Code du travail qui se réfère au travailleur sous contrat de travail:

« (3) Au cas où le reclassement interne comporte une diminution de la rémunération, le travailleur sous contrat de travail a droit à une indemnité compensatoire représentant la différence entre l'ancienne rémunération et la nouvelle rémunération ».

Maintenu sous contrat de travail, le salarié reste ainsi en principe en droit de bénéficier d'indemnités compensatoires qui ne peuvent pas lui être enlevées entièrement.

Un autre élément à prendre en considération est que durant le congé de maladie, les assurés sont tenus de respecter rigoureusement le régime de sortie des malades prévu aux articles 199 et suivants des statuts de la CNS. Ces restrictions sont assez contraignantes et la CNS n'accorde pas de dérogations. L'octroi rétroactif de la pension d'invalidité n'a pas pour effet de modifier ce passé et les obligations auxquelles le salarié a été astreint durant le congé de maladie.

Du fait qu'ils ont été reclassés, les salariés tenus au remboursement intégral des indemnités compensatoires se trouvent désavantagés voire discriminés par rapport aux salariés en congé de maladie à long terme, mais n'ayant pas fait l'objet d'une procédure de reclassement. Il est difficile de concevoir que la volonté du législateur ait été de placer les travailleurs reclassés dans une situation plus désavantageuse que les autres assurés.

Il serait donc équitable de soumettre les indemnités compensatoires au même régime que l'indemnité pécuniaire de maladie qui remplace la rémunération versée par l'employeur.

Le Fonds pour l'emploi justifie sa demande en remboursement intégral des indemnités compensatoires en invoquant l'article L. 551-1 (1) du Code du travail aux termes duquel seul le travailleur sous contrat de travail qui n'est

pas à considérer comme invalide au sens de l'article 187 du Code de la sécurité sociale peut bénéficier d'un reclassement. Or, aucun article de la loi ne prévoit que l'octroi d'une pension d'invalidité avec effet rétroactif entraîne de plein droit l'annulation de la décision de reclassement prise par la Commission mixte.

Conformément à l'article L.125-4 du Code du travail, le contrat de travail cesse de plein droit le jour de la décision portant attribution d'une pension d'invalidité et non pas à la date à partir de laquelle ladite pension est attribuée avec effet rétroactif. Cette disposition est également applicable au reclassement interne qui ne prend fin qu'à l'expiration du contrat de travail.

La médiatrice recommande au Fonds pour l'emploi d'appliquer par analogie l'article 190 al. 2 du Code de la sécurité sociale et de limiter sa demande de remboursement au montant des arriérés de pension d'invalidité. Il est souhaitable de préciser cette solution dans le texte de loi.

1.2.3.2. Ministère de la Famille, de l'Intégration et à la Grande Région

Fonds national de Solidarité

La médiatrice a été saisie par une réclamante qui se plaint du fait que l'intégralité de la somme qui lui a été accordée au titre d'une rente accident octroyée sous forme de capital en raison d'une incapacité de travail partielle permanente de 5% suite à un accident du travail a été portée au crédit du compte du Fonds national de Solidarité (FNS). Etant donné qu'une somme importante avait été versée à la réclamante au titre de la loi modifiée du 29 avril 1999 portant création d'un droit à un revenu minimum garanti par le FNS, ce dernier a en effet demandé à l'Association d'Assurance Accident (AAA) de porter l'intégralité de cette somme au crédit de son compte pour compenser une partie de la somme versée.

Le FNS se base sur l'article 28 (1) a) de ladite loi qui dispose que: « Le fonds national de solidarité réclame la somme par lui versée à titre d'allocation complémentaire:

a) contre le bénéficiaire revenu à meilleure fortune par des circonstances autres que les mesures d'insertion professionnelle prévues à l'article 10 ci-avant »

La question se pose de savoir si le versement d'un capital par l'AAA peut être considéré comme retour à meilleure fortune.

L'AAA apprécie la diminution réelle de la capacité de travail de l'accidenté et octroie une rente en conséquence.

La médiatrice rappelle les travaux parlementaires de la loi du 29 avril 1999 portant création d'un droit à un revenu minimum garanti, qui disposent concernant les articles 28, 29, 30 et 31:

« Ces articles ont été intégralement repris de la loi en vigueur, à l'exception de deux modifications mineures. La première précise que la réintégration professionnelle d'un bénéficiaire ne permet plus de le considérer comme étant revenu à meilleure fortune et de l'obliger à restituer les sommes versées. Il est en effet absurde, dans le présent contexte, de décourager de quelque manière que ce soit la réinsertion professionnelle qui reste une des principales finalités de la loi. La restitution reste toutefois obligatoire si le concerné gagne à la loterie, fait un héritage ou s'enrichit par des activités qui ne sont pas à considérer comme une occupation professionnelle ».

Si la rente en capital est payée au titre d'une incapacité de travail pour compenser une perte future de revenus de travail due à la diminution de la capacité de travail elle ne saurait, selon la médiatrice, être qualifiée de retour à meilleure fortune pour les raisons ci-avant indiquées.

Si on considère que la rente est une indemnisation qui replace l'intéressé dans une situation identique à celle dans laquelle il se trouvait avant l'accident, dans ce cas non plus l'on ne saurait considérer qu'il s'agit d'un retour à meilleure fortune.

La médiatrice a demandé au FNS de prendre position par rapport à ces considérations.

Le président du FNS s'appuie sur plusieurs décisions du Conseil arbitral de la Sécurité sociale et du Conseil supérieur des assurances sociales, qui confortent la position du FNS.

L'allocation d'un capital est ainsi à considérer comme un retour à meilleure fortune au sens de l'article 28 (1) de la loi du 29 avril 1999, alors que la loi ne spécifie pas la nature du capital alloué au bénéficiaire du revenu minimum garanti. Les prestations versées par le FNS sont, de par leur nature, remboursables et le FNS doit obligatoirement réclamer le remboursement des montants réglés à titre d'allocation complémentaire du moment que le bénéficiaire de cette allocation est revenu à meilleure fortune.

Dans la mesure où la jurisprudence des juridictions sociales est claire, la médiatrice a clôturé le dossier.

La médiatrice estime toutefois qu'il serait opportun de définir de façon plus précise dans la loi le concept du retour à meilleure fortune, alors que celui-ci est, à son avis, discutable, comme tel est le cas en l'espèce. Une information précise de la situation actuelle permettrait d'éviter toute ambiguïté en la matière.

Dans un autre dossier, le FNS a demandé à un réclamant le remboursement d'avances alimentaires versées à son ex-conjointe du 1^{er} août 1982 au 30 avril 1985. Par un courrier du 11 juillet 1985, le FNS avait notifié au réclamant une décision ayant pour objet le remboursement de la dette moyennant des acomptes mensuels de 5.000,00 LUF. Le réclamant n'aurait, selon l'administration, réservé aucune suite à cette décision intervenue il y a 29 ans.

Étant donné que la pension alimentaire avait été fixée par un jugement de divorce, le FNS s'est référé à une ancienne jurisprudence citée sous l'article 2277 du Code civil selon laquelle les pensions alimentaires fixées par un jugement seraient couvertes par la prescription trentenaire tandis que la prescription quinquennale de l'article 2277 ne s'appliquerait qu'aux pensions alimentaires arrêtées par convention.

La médiatrice a rappelé à l'attention du FNS la recommandation de son prédécesseur n° 44-2010 relatif au délai de prescription extinctive de droit commun. Cette recommandation a été motivée par le fait qu'un délai de prescription de 30 ans n'est plus conforme au principe de sécurité juridique.

Dans un second courrier, elle a fait savoir au FNS que la jurisprudence ancienne n'est plus suivie et que la prescription quinquennale prévue à l'article 2277 du Code civil est applicable à tous les arriérés de pension alimentaires après divorce peu importe que la pension ait été fixée par un jugement ou arrêtée par une convention de divorce (Cour d'appel du 21 avril 2004, n° 28017 du rôle). En revanche, reste soumis à la prescription trentenaire le recouvrement d'arriérés de pension ayant fait l'objet d'un jugement de condamnation.

Le FNS a été disposé à renoncer au remboursement des avances alimentaires sous réserve d'un éventuel retour à meilleure fortune du réclamant. Il n'a pas pris position quant à la prescription applicable aux arriérés de pension.

Dans un autre dossier, le FNS a récupéré des prestations de revenu minimum garanti (RMG) versées de 2002 jusqu'à 2009 auprès d'un réclamant dont le sort n'était pas enviable. Victime d'un accident de travail, il avait essayé par la suite, à plusieurs reprises, de reprendre un travail qu'il a dû abandonner à chaque fois en raison de problèmes orthopédiques. Il s'est établi en Allemagne où il vivait d'une très petite rente d'accident versée par l'AAA. Il continuait à chercher un emploi afin de sortir de cette situation précaire.

Il a finalement réussi à trouver un travail auprès d'une entreprise de transport et de logistique allemande, mais à condition qu'il utilise son propre véhicule de transport. Pour financer cette acquisition, il a demandé le rachat de sa rente d'accident viagère au taux d'IPP de 5 % auprès de l'AAA qui y réserva une suite favorable. Or, le capital de sa rente ne lui a pas pu être versé, car le FNS a fait valoir une demande de remboursement sur la base d'un retour à meilleure fortune du bénéficiaire.

Le FNS interprète très largement cette notion: « toute attribution d'une somme-capital qui n'est pas un revenu professionnel » constitue un retour à meilleure fortune. Un réel enrichissement (c'est-à-dire une augmentation du patrimoine du bénéficiaire) n'est donc pas requis.

Les travaux parlementaires peuvent être interprétés en ce sens qu'il doit s'agir plutôt d'un véritable enrichissement: « la restitution reste

toutefois obligatoire si le concerné gagne à la loterie, fait un héritage ou s'enrichit par des activités qui ne sont pas à considérer comme une occupation professionnelle ». La jurisprudence s'est néanmoins prononcée en faveur de l'interprétation large de la notion de retour à meilleure fortune suivie par le FNS et cela bien que la jurisprudence de nos pays voisins n'abonde pas dans ce sens.

Il est évident qu'en l'espèce, l'encaissement par le FNS du capital correspondant à la rente viagère a même entraîné dans le chef du réclamant un réel appauvrissement par rapport à sa situation antérieure: dorénavant, celui-ci ne dispose plus des mensualités de sa rente d'accident.

L'AAA n'accorde le rachat d'une rente viagère qu'« à condition que ce rachat ne nuise pas aux intérêts économiques et sociaux du bénéficiaire de la rente viagère mensuelle ». C'est précisément ce qui est arrivé au réclamant qui a perdu sa rente viagère sans aucune contrepartie. Le réclamant a exercé un recours devant les juridictions sociales qui trancheront cette affaire. Il serait souhaitable que le législateur définisse plus restrictivement la notion de retour à meilleure fortune.

Un réclamant s'est plaint que le FNS ne lui ait attribué le revenu pour personnes gravement handicapées qu'à partir du 1^{er} avril 2013, alors qu'il avait déjà introduit sa demande en reconnaissance de la qualité de travailleur handicapé le 8 novembre 2011. La Commission médicale lui avait cependant refusé cette qualité et c'est par un jugement du 18 janvier 2013 que le Conseil arbitral a fait droit à sa demande. Bien qu'il ait eu gain de cause en justice après une longue procédure, le revenu pour personnes gravement handicapées ne lui a pas été accordé rétroactivement à partir de sa demande ce qui aurait pourtant permis d'effacer toutes les conséquences de la décision de refus de la Commission médicale.

D'un point de vue légal, la décision du FNS n'encourt cependant aucune critique, car elle a été prise conformément à l'article 28 (2) de la loi du 12 septembre 2003 relative aux personnes gravement handicapées selon lequel le revenu n'est dû qu'à partir de la date de communication du dossier au FNS par l'Agence pour le développement de

l'emploi. Il n'est donc jamais tenu compte des retards encourus en raison d'une procédure judiciaire.

1.2.3.3. Ministère de l'Education nationale, de l'Enfance et de la Jeunesse

Absence de motivation d'une décision de refus

La médiatrice a été saisie par deux réclamants différents, dont l'un a reçu une décision de refus de reconnaissance d'un diplôme et l'autre d'une aide à la formation. Ces décisions de refus leur paraissaient incompréhensibles. Parfois une décision est incompréhensible aux yeux des réclamants, parce qu'elle n'est pas motivée convenablement.

Monsieur S. s'est présenté au Secrétariat de la médiatrice à la fin du mois de juin pour introduire une réclamation à l'encontre du Service de la reconnaissance des diplômes du Ministère de l'Education nationale, de l'Enfance et de la Jeunesse.

Le dossier de Monsieur S. témoigne d'un échange de courrier très compliqué avec le Service de la reconnaissance des diplômes au sujet de sa demande de reconnaissance de son diplôme de mécanicien obtenu dans un pays tiers. Monsieur S. a introduit cette demande en septembre 2012. Il ressort du dossier qu'aucune réponse précise aux questions soulevées par Monsieur S. n'a été donnée, et ce malgré plusieurs réactions qui lui sont parvenues de la part du service en question.

Monsieur S. avait en fait introduit deux demandes différentes auprès du service de reconnaissance des diplômes. La première demande a donné lieu à l'obtention d'un certificat d'admissibilité aux formations CATP/DAP en mars 2011. Ce premier certificat aurait été délivré sur base de son diplôme scolaire d'une classe de 10^{ème} obtenu dans un pays tiers.

Monsieur S. est toutefois en possession d'un diplôme de mécanicien, obtenu dans son pays d'origine à la fin d'un cycle de formation de 3 années supplémentaires après la classe de 10^{ème}. Après avoir fait traduire et apostillé ledit diplôme, il a introduit une nouvelle demande, intitulée "Anerkennung

meines Berufsdiploms als allgemeiner Mechaniker in Luxemburg" auprès du service de reconnaissance des diplômes en septembre 2012.

En janvier 2013, un collaborateur du service de la reconnaissance des diplômes, lui a demandé de compléter le dossier par les bulletins des deux dernières années scolaires afin de pouvoir donner une suite favorable à sa demande.

Monsieur S. a répondu à ce courrier en lui indiquant que les pièces requises se trouvent depuis la date de l'introduction de sa première demande en 2011 auprès du service de reconnaissance des diplômes dans un autre dossier. L'intéressé a expliqué à la médiatrice qu'il serait difficile de se faire délivrer à nouveau des bulletins de son ancien lycée, de les faire traduire voire apostiller une nouvelle fois.

N'ayant pas reçu de réponse à ce courrier, Monsieur S. a fait un courrier de rappel six mois plus tard. Un autre collaborateur lui a ensuite répondu à cette lettre de rappel, sans toutefois répondre à la question de l'accès aux documents se trouvant dans un autre dossier pour compléter son nouveau dossier.

En octobre 2013, Monsieur S. a envoyé un nouveau courriel au service compétent auprès du Ministère, en précisant qu'il y a lieu de distinguer entre, d'une part le dossier avec la nouvelle demande en reconnaissance du diplôme de mécanicien (en indiquant le numéro de référence de ce dossier), dans lequel il ne manquait qu'une pièce supplémentaire afin de pouvoir y donner une suite favorable et de l'autre (l'ancien) dossier (avec le numéro de référence), sur base duquel Monsieur S. avait déjà obtenu un certificat en 2011. Monsieur S. a clarifié qu'il avait besoin des bulletins qui se trouvent dans le dossier de 2011 afin de compléter sa nouvelle demande. Il espérait que le service de reconnaissance des diplômes pourrait avoir accès à ce premier dossier afin de compléter la deuxième demande.

En novembre 2013, le service compétent a répondu à ce courrier en spécifiant qu'un certificat a été attribué en 2011 à Monsieur S. sur base du diplôme qui correspond à une classe de 10^{ème} au Luxembourg et que tel serait également le cas dans son pays d'origine. Il serait par conséquent impossible de lui reconnaître l'équivalent d'un CATP de mécanicien.

La médiatrice ne peut qu'en déduire que cette décision de refus a été prise sans prendre en compte le diplôme de mécanicien (niveau 13^{ème} dans son pays d'origine) de Monsieur S.

Il est compréhensible qu'à ce stade, Monsieur S., avait l'impression que son dossier était mal géré. En effet, ses rappels et précisions ne semblent pas avoir été compris. Plus d'un an s'est écoulé depuis l'introduction de sa demande. Le réclamant n'a vu d'autre solution que celle de s'adresser directement au ministre compétent auquel le service en charge a répondu en décembre 2013. Il explique que les diplômes du réclamant ne sont pas conformes aux conditions de la directive 2005/36/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 septembre 2005 relative à la reconnaissance des qualifications professionnelles et que par conséquent, il n'est pas possible de faire droit à sa demande. Le service parle dans ce courriel de plusieurs diplômes (pluriel), alors qu'il ne parlait que de son seul diplôme de réussite d'une 10^{ème} dans son courrier précédent.

Le service compétent a averti Monsieur S. que le ministre confirmerait sa décision. Monsieur S. n'a pas reçu de réponse de la part du ministre. La médiatrice, sachant que le ministre ne saurait répondre personnellement à toutes les réclamations, regrette toutefois que les questions soulevées par Monsieur S. depuis un an et demi n'aient jamais été honorées d'une réponse et que le refus de sa demande n'ait pas été convenablement motivé. L'échange de courrier laissait supposer par ailleurs que la décision de refus de la reconnaissance du diplôme de mécanicien de Monsieur S. n'ait pas été faite sur base de toutes les pièces justificatives.

Suite à l'intervention de la médiatrice, le ministre de l'Education nationale, de l'Enfance et de la Jeunesse a pris position en maintenant la décision de refus initiale. La médiatrice a été étonnée de constater que malgré les questions qu'elle avait soulevées, le refus n'était toujours pas motivé de façon satisfaisante.

Après quatre mois d'attente depuis la saisine de la médiatrice, Monsieur S. s'est désisté et a prié la médiatrice de clôturer son dossier.

Madame H. s'est adressée à la médiatrice au sujet d'un dossier concernant sa fille qui

s'est inscrite dans une académie allemande pour y suivre une formation.

En mars 2014, sa fille a adressé une demande d'une aide au financement pour formation professionnelle au Service de la Formation professionnelle du Ministère de l'Education Nationale (MEN).

Le service en question a informé la réclamante que l'aide au financement ne peut pas être accordée, parce qu'«il ne s'agit pas d'une formation professionnelle telle qu'elle est définie par la loi modifiée du 19 décembre 2008 portant réforme de la formation professionnelle.»

Madame H. a envoyé un deuxième courrier audit service, d'une part pour réintroduire sa demande en obtention d'une aide au financement pour formation professionnelle et d'autre part pour demander le motif du refus de sa première demande. N'ayant pas eu de réponse à cette lettre à la fin du mois de mai, Madame H. a saisi la médiatrice, qui s'est adressée au MEN avec prière de répondre au courrier en question.

Le Ministère a maintenu sa décision de refus, sans fournir dans un premier temps des informations de fait et de droit précises permettant à la réclamante de comprendre le maintien de cette décision.

La médiatrice est intervenue une deuxième fois pour demander à Monsieur le ministre de bien vouloir fournir des explications plus détaillées à Madame H. et de lui indiquer, le cas échéant, le service compétent pour traiter la demande d'aide au financement pour son type de formation. Si aucune aide étatique n'était prévue pour son type de formation, il serait également utile de lui fournir cette information, dans le but d'éviter à la réclamante d'entreprendre d'autres démarches inutiles.

La médiatrice a reçu une réponse dûment motivée à toutes les questions, mais regrette qu'il ait fallu plusieurs interventions pour obtenir une réponse que la réclamante aurait dû recevoir dès son premier courrier.

La médiatrice ne peut que rappeler l'urgence d'adopter et d'appliquer le guide des bonnes pratiques tel que proposé dans la recommandation n° 49. L'article 18 de ce dernier prévoit que:

«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 ».

La médiatrice est convaincue que les deux réclamations susmentionnées auraient pu être évitées par l'application des principes du guide des bonnes pratiques administratives.

1.2.3.4. Ministère de l'Enseignement supérieur et de la Recherche

Deux réclamantes se sont vu refuser les aides financières pour études supérieures au motif qu'elles n'avaient pas introduit de recours judiciaire en bonne et due forme contre la décision de refus du Centre de documentation et d'information sur l'enseignement supérieur (CEDIES).

Suite à l'arrêt rendu par la CJUE le 20 juin 2013 (aff. C-20/12), qui a jugé que la législation luxembourgeoise en matière d'aides financières pour études supérieures est contraire au droit communautaire en ce qu'elle excluait les étudiants frontaliers du bénéfice desdites aides, le Gouvernement en conseil a décidé que toutes les personnes qui s'étaient vu refuser les aides et qui avaient esté en justice, se verraient attribuer les aides en question rétroactivement.

En l'espèce, les deux réclamantes s'étaient cependant limitées à envoyer un simple courrier de contestation au greffe du tribunal administratif, ce qui revenait à un recours gracieux quant à la forme.

Le greffier les a rendues attentives au fait que leur recours risquerait d'être déclaré irrecevable, alors qu'un recours devant le tribunal

administratif doit être déposé par un avocat à la Cour.

Comme les intéressées n'ont pas réservé de suite à ce courrier, le CEDIES a estimé qu'elles n'avaient pas introduit de recours judiciaire et a donc refusé de leur verser les aides de manière rétroactive.

La médiatrice est intervenue auprès du ministre compétent pour savoir qui étaient les demandeurs qui pouvaient bénéficier d'un remboursement rétroactif des aides. Il s'agissait plus précisément de savoir s'il suffisait d'avoir introduit un recours devant le tribunal administratif, ou bien s'il fallait avoir obtenu une décision de justice coulée en force de chose jugée ayant statué sur la recevabilité du recours et sur le fond.

En l'espèce, les réclamantes avaient introduit un recours irrecevable. Toutefois, le tribunal administratif aurait pu rendre un jugement et déclarer le recours irrecevable pour vice de forme.

Le ministre a cependant répondu que seuls les demandeurs ayant déposé un recours en bonne et due forme devant le tribunal administratif se verraient attribuer les aides financières rétroactivement.

Etant donné que les réclamantes ne tombaient pas dans ce cas de figure, la médiatrice n'a pas pu obtenir de suite favorable à leur réclamation.

Un étudiant résidant en France a contesté une décision de refus d'aides financières pour études supérieures, refus motivé par le fait qu'il n'était plus à considérer comme « enfant étant à charge de ses parents », dans la mesure où il percevait lui-même un revenu.

Le réclamant touchait en effet un salaire en tant que stagiaire doctorant d'un montant de 1.350 euros nets par mois avant impôts.

Après analyse du dossier et de la législation en vigueur ainsi que de la jurisprudence récente, la médiatrice est arrivée à la conclusion que le CEDIES avait, à juste titre, refusé les aides financières pour études supérieures à l'intéressé.

En effet, la loi modifiée du 22 juin 2000 prévoyait en son article 2bis que l'étudiant ne

résidant pas sur le territoire luxembourgeois pouvait prétendre aux aides financières pour études supérieures, s'il est l'enfant d'un travailleur salarié occupé depuis au moins 5 ans sur le territoire du Grand-Duché de Luxembourg.

Cette disposition a notamment été modifiée suite à l'arrêt de la CJUE du 20 juin 2013, qui a décidé que les étudiants frontaliers pouvaient également prétendre aux aides financières s'ils étaient encore à charge du travailleur en question.

En l'espèce, le CEDIES considère qu'en touchant un revenu mensuel de 1.350 euros, on ne saurait plus être considéré comme étant à charge de ses parents, dans la mesure où ce montant dépasse 50% du salaire social minimum pour travailleurs non qualifiés.

La médiatrice a conclu que la décision de refus du CEDIES était justifiée en l'espèce.

La médiatrice a été saisie d'une réclamation par un étudiant inscrit en première année d'études qui s'est vu refuser les aides financières pour études supérieures pour avoir obtenu, au cours du semestre d'hiver, « des résultats jugés gravement insuffisants ». Le réclamant avait obtenu 0 ECTS au cours du premier semestre.

L'article 7 (10) de la loi du 24 juillet 2014 prévoit en effet que les aides en question peuvent être refusées en cas d'obtention de résultats que les services du CEDIES jugent comme étant « gravement insuffisants ».

Le réclamant a contesté la décision du CEDIES. Il reconnaît avoir obtenu de très mauvais résultats aux épreuves du premier semestre. Or, il a pu se rattraper en réussissant les examens du second semestre tout en participant aux cours, de manière à pouvoir être admis en seconde années d'études.

Malgré les efforts considérables déployés par l'intéressé, le ministre compétent n'a pas voulu revenir sur sa décision.

Il a justifié sa décision par le fait que de nombreux étudiants s'inscriveraient à l'université dans le seul but de toucher des aides de la part du CEDIES sans poursuivre vraiment leurs études. Pour parer à de tels abus, il a été décidé de sanctionner les étudiants qui ont obtenu des résultats « jugés gravement insuffisants ».

Le ministre a par ailleurs invoqué à la base de sa décision la disposition de la loi qui prévoit qu'un étudiant ne peut bénéficier des aides que pour un nombre d'années d'études dépassant d'une unité la durée officiellement prévue pour l'accomplissement du cycle dans lequel il est inscrit. Comme le réclamant avait obtenu de mauvais résultats au cours du premier semestre, le ministre partait du principe qu'il dépasserait certainement la durée normale de ses études.

La médiatrice comprend et adhère à la volonté de sanctionner ce qui pourrait correspondre à une espèce d'année sabbatique rémunérée par l'Etat en s'inscrivant fictivement à l'université pour se faire payer des aides financières. Elle considère néanmoins que la décision contestée est disproportionnée dans le cas d'espèce. En effet, le réclamant a pu prouver, sur base d'un certificat établi par son université, qu'il a participé à tous les cours et épreuves du premier semestre. L'échec aux examens n'est donc pas dû au fait qu'il a séché les cours, mais parce qu'il avait du mal à s'adapter au nouveau système et aux cours du premier semestre.

La médiatrice indique par ailleurs qu'elle ne partage pas l'avis du ministre selon lequel cette sanction s'inscrit dans le dispositif de la durée d'attribution des aides prévue par la loi. C'est en effet grâce aux efforts déployés par le réclamant qu'il a pu rattraper toutes les matières auxquelles il a échoué au premier semestre, de sorte qu'il serait d'autant plus injuste de le sanctionner alors qu'il a réussi sa première année d'études, c'est-à-dire les deux semestres. Le réclamant ne se trouve donc pas dans la situation selon laquelle il aurait dépassé la durée normale de ses études.

Au vu de ces arguments et notamment en raison des efforts considérables effectués par le réclamant, le ministre a accepté, à titre tout à fait exceptionnel, de lui octroyer les aides financières.

La médiatrice a été saisie d'une réclamation d'une étudiante résidant en France contre une décision de refus du CEDIES de lui verser les aides financières pour études supérieures, au motif qu'elle n'est pas à considérer comme étant « l'enfant » d'une personne travaillant depuis au moins 5 ans au Luxembourg, tel que prévu par la loi modifiée du 22 juin 2000.

Selon les responsables du CEDIES, le terme « enfant » d'un travailleur salarié est à interpréter au sens strict, de sorte que seuls les étudiants résidant à l'étranger, dont un des parents biologiques travaille au Luxembourg, peuvent prétendre aux aides financières pour études supérieures.

Dans la mesure où en l'espèce, c'est le beau-père de la réclamante qui travaille au Grand-Duché, le CEDIES a considéré que la condition posée par la loi n'était pas remplie.

Le CEDIES se réfère plus particulièrement à l'article 7 du règlement (UE) n°492/2011, sur base duquel la CJUE a décidé dans son arrêt du 20 juin 2013 (aff. C-20/12) que les enfants de travailleurs frontaliers peuvent également prétendre aux aides financières pour études supérieures, dans la mesure où de telles aides constituent un avantage social au sens dudit règlement, à condition toutefois que le travailleur en question « continue à pourvoir à l'entretien de l'enfant ». Le règlement prévoit en effet qu'un travailleur frontalier a droit aux mêmes avantages sociaux qu'un travailleur national.

Or, le CEDIES considère qu'un beau-parent, même s'il entretient l'enfant de son conjoint, n'a pas d'obligation alimentaire à l'égard d'un enfant qui n'est pas le sien et ne remplit pas la condition selon laquelle il doit continuer à pourvoir à l'entretien de l'enfant.

La médiatrice est intervenue auprès du ministre compétent considérant qu'une telle interprétation restrictive de la loi revient à ne pas tenir compte de la réalité sociale et notamment celle d'ignorer l'existence de familles recomposées, qui de nos jours sont de plus en plus fréquentes.

Par ailleurs, la médiatrice a rendu le ministre attentif à la situation particulière de la réclamante, dont la mère s'était remariée avec son beau-père depuis plus de dix ans. La médiatrice considère encore qu'il est faux de dire qu'en l'espèce, le beau-père de la réclamante ne pourvoit pas à son entretien, dans la mesure où son père biologique refuse de lui verser une pension alimentaire et que le beau-père a même touché des allocations familiales pour la réclamante.

Le ministre n'a cependant pas entendu suivre la position de la médiatrice. Il a toutefois certifié que la situation pour les étudiants

frontaliers allait changer avec l'entrée en vigueur de la nouvelle loi.

La médiatrice a par la suite été surprise de constater que la nouvelle loi du 24 juillet 2014 exclut les étudiants frontaliers du bénéfice des aides financières lorsqu'un de leurs beaux-parents travaille au Luxembourg.

L'article 3(5) de la nouvelle loi continue en effet à faire une distinction entre étudiants résidant au Luxembourg et ceux résidant à l'étranger. En effet, pour les premiers, la loi prévoit qu'il suffit d'être « membre de famille » d'une personne ayant le statut de travailleur salarié. En revanche, pour ceux n'habitant pas le territoire, la loi exige que l'étudiant concerné soit « l'enfant » d'un travailleur salarié.

La médiatrice est donc de nouveau intervenue auprès du ministre pour lui demander de fournir des précisions quant à l'interprétation à donner à cette disposition. Le ministre a reconnu que la nouvelle loi reprenait en grande partie le libellé de l'ancien texte. Néanmoins, il a rassuré la médiatrice en lui disant qu'il avait donné instruction à ses services de faire une interprétation large de la disposition en question, de façon à ce que les étudiants frontaliers, dont un des beaux-parents travaille au Luxembourg, puissent également bénéficier des aides financières pour études supérieures si les autres conditions posées par la loi étaient remplies.

La nouvelle loi créée cependant une certaine insécurité juridique, dans la mesure où le texte en question pourrait à tout moment être interprété au détriment des étudiants résidant à l'étranger dont l'un des beaux-parents travaille au Grand-Duché de Luxembourg. Pour cette raison, la médiatrice a pensé proposer une recommandation pour une modification de l'article 3 (5) de la loi du 24 juillet 2012. Elle a finalement renoncé à ce projet en prenant en considération le fait que même si le beau-parent prend en charge l'entretien d'un enfant de son conjoint, il n'a pas pour autant d'obligation d'entretien à son égard.

La médiatrice a été saisie par de nombreux étudiants frontaliers, notamment allemands et belges au sujet des aides financières pour études supérieures.

Suite à l'entrée en vigueur de la loi du 19 juillet 2013 (accordant le droit aux aides finan-

cières pour études supérieures aux étudiants résidant à l'étranger, dont l'un des parents travaille depuis au moins 5 ans au Luxembourg), de nombreux étudiants frontaliers ont été confrontés à des incompatibilités entre le système d'aides luxembourgeois et celui de leur pays de résidence.

La nouvelle loi du 24 juillet 2014 n'a d'ailleurs rien changé à ce niveau. En vertu de la législation en vigueur, les demandeurs ne résidant pas au Grand-Duché de Luxembourg doivent produire un certificat émis par les autorités de leur pays de résidence indiquant le montant des aides auxquelles ils peuvent avoir droit de la part des autorités de cet Etat.

En Allemagne, l'autorité allemande compétente accorde une aide financière pour études supérieures qui est communément appelée „Bafög". Il s'avère cependant que le Bafög, contrairement à l'aide accordée par le CEDIES, est réévalué automatiquement dès que l'autorité allemande apprend que le bénéficiaire a aussi touché des aides dans un autre pays.

Les étudiants concernés doivent alors rembourser une partie du Bafög pour toucher un montant moins élevé en fin de compte.

La médiatrice est intervenue auprès du ministre compétent pour le rendre attentif à ce problème. Or, ce dernier refuse de revoir le montant des aides financières. Il se retranche notamment derrière une disposition de la loi qui prévoit que les bourses et prêts sont alloués pour la durée d'une année académique. Au Luxembourg, les aides à attribuer sont donc calculées une seule fois, au moment de l'introduction de la demande. Pour les responsables du CEDIES, il s'agit d'un problème qui concerne prioritairement les autorités étrangères.

Un problème similaire se pose pour les étudiants résidant en Belgique. L'administration belge accepte d'établir une attestation officielle stipulant qu'un étudiant n'est pas bénéficiaire d'une allocation pour l'année académique en cours. Le CEDIES considère cependant que cette attestation est insuffisante et exige que l'étudiant remette soit un refus, soit un accord pour un montant déterminé. Or, certains étudiants n'avaient pas fait de demande en Belgique, sachant qu'ils n'avaient de toute façon pas droit à une aide de sorte que le délai pour l'introduction

d'une demande d'aide était dépassé. A ce moment-là, il était impossible pour l'administration belge d'indiquer un montant théorique auquel l'étudiant aurait pu avoir droit, car ce montant est calculé en fonction des revenus et du nombre de personnes à charge ainsi qu'en fonction d'autres facteurs et l'administration belge aurait dû faire un examen approfondi du dossier.

Lors d'une entrevue que la médiatrice a eue avec les représentants du CEDIES, ces derniers ont affirmé être au courant des problèmes qui se posent avec ces autorités. Ils sont cependant d'avis que les difficultés qui se posent en la matière concernent exclusivement les autorités étrangères. Néanmoins, des accords ont été trouvés entre les autorités concernées afin de faciliter le traitement des demandes.

Par ailleurs, il incomberait à tout étudiant désireux de demander l'aide de se renseigner au préalable. Si, pour obtenir l'aide, il faut qu'il fasse d'abord une demande dans son pays de résidence afin d'obtenir soit une bourse soit un refus motivé, il devra le faire. Le système est le même que, par exemple, pour les allocations familiales. Un pays est prioritaire et l'autre pays offre une prestation subsidiaire, un différentiel, au cas où les prestations dans ce dernier pays sont supérieures par rapport à celles du pays prioritaire. Ce système entraînera certes plus de demandes pour les autorités de nos pays voisins, mais il n'est pas possible de procéder autrement afin de s'assurer que le CEDIES ne paie que le différentiel qu'il doit.

Un étudiant s'est vu refuser en partie les aides financières pour études supérieures au motif qu'il n'avait pas rapporté la preuve qu'il avait personnellement supporté les frais d'inscription pour l'université.

En l'espèce, les frais d'inscription avaient été payés par l'intermédiaire d'un établissement bancaire, auprès duquel le réclamant avait souscrit un prêt pour pouvoir financer ses études.

Le CEDIES considérait que dans un tel cas de figure, le demandeur n'avait pas prouvé avoir supporté personnellement les frais en question.

La médiatrice est intervenue auprès du ministre compétent pour l'informer qu'elle ne

partageait pas sa position, d'autant plus que le règlement grand-ducal du 12 novembre 2010, qui entre-temps a été abrogé, n'exigeait pas une telle condition. L'article 12 alinéa 1 prévoyait notamment que «L'augmentation du montant de base de l'aide financière pour frais d'inscription est subordonnée à la production d'un document officiel relatif aux frais d'inscription ainsi qu'à une preuve de paiement de ces frais».

Selon le règlement grand-ducal en question, il suffit de prouver que les frais d'inscription ont été payés.

La médiatrice a par ailleurs souligné le fait que même si la banque avait avancé l'argent pour payer les frais d'inscription, ces derniers seraient à charge de l'étudiant qui doit rembourser le prêt.

Suite à l'intervention de la médiatrice, le ministre a accepté de faire droit à la demande du réclamant et de lui rembourser les frais d'inscription.

1.2.3.5. Ministère du Logement

Une réclamante s'est vu réclamer le remboursement d'une prime qui lui avait été accordée en 1981 pour l'acquisition de son logement. Le Ministère du Logement a motivé cette décision comme suit:

« à partir du 18 septembre 1981 des aides au logement vous ont été accordées par le ministère du logement pour votre logement sis à ... sous la condition de ne pas vendre ledit logement avant le délai de 10 ans, respectivement d'y habiter pendant ce délai ».

Dans son courrier adressé au Ministère, la médiatrice a précisé les faits du dossier. Au cours de l'année 1985, soit trois années après l'entrée dans les lieux, la réclamante avait quitté le logement durant cinq mois. Les circonstances de l'abandon temporaire du logement étaient liées à une procédure de divorce pour faute au cours de laquelle la réclamante avait dû quitter le domicile commun pour quelques mois jusqu'à ce que son conjoint ait libéré les lieux. Elle avait par la suite occupé son appartement sans interruption depuis 29 ans et demi jusqu'à aujourd'hui.

Le dossier a pu se dénouer en faveur de la réclamante: le Ministère lui a accordé une

dispense d'occupation pour les 5 mois au cours desquels elle n'a pas pu occuper son appartement de sorte qu'elle n'a pas dû rembourser l'aide au logement.

Dans ce dossier, la réclamante a pu récupérer les pièces officielles pour justifier l'abandon temporaire de son logement. Il peut cependant être extrêmement difficile, après 29 ans, de retrouver des documents justificatifs permettant de se défendre contre une demande de remboursement d'aides. L'application en cette matière du délai de prescription trentenaire porte dès lors atteinte à la sécurité juridique des administrés, ainsi qu'à leurs droits de défense.

Comme les administrations ne sont pas disposées à renoncer à la prescription trentenaire, la médiatrice ne peut qu'insister sur une transposition rapide de la Recommandation n° 44 du 21 décembre 2010 relative à la réduction du délai de prescription de droit commun. Il serait souhaitable qu'en attendant, l'administration applique le délai décennal proposé par le ministre de la Justice.

Dans un autre dossier, une réclamante, qui avait introduit une demande d'aides au logement pour l'achat d'un appartement dont elle est l'unique propriétaire, a posé à la médiatrice la question de savoir si effectivement, il lui est défendu d'héberger chez elle d'autres personnes (membres de sa famille, compagnon de vie, partenaire) sous peine de devoir rembourser les aides au logement. C'est ainsi qu'elle avait compris les explications d'un agent du Ministère du Logement.

Un remboursement des aides est obligatoire en cas de location totale ou partielle, car l'article 14 du règlement modifié du 5 mai 2011 fixant les mesures d'exécution relatives aux aides individuelles au logement interdit toute location, totale ou partielle, du logement pour lequel une aide est demandée.

En outre, l'article 3 intitulé « Revenu » du règlement grand-ducal susvisé pose le principe que le revenu à prendre en considération pour le calcul des aides y citées est le revenu dont dispose le demandeur et toute autre personne qui vit avec lui dans le logement en question à l'exception des descendants et des parents et alliés du demandeur jusqu'au 2e degré inclusivement. Il y aura donc lieu à un recalcul et éventuellement à un remboursement d'aides en cas de cohabitation avec

une autre personne disposant d'un revenu, excepté les membres de la famille indiqués ci-dessus. Ceci est donc également le cas, si la réclamante héberge à titre gracieux une personne avec laquelle elle n'a aucun lien de famille.

Quant à la question de savoir si un compagnon de vie ou un partenaire est obligé de rembourser une part de l'aide en cas de rupture et de départ du logement, une distinction est à faire.

D'après le libellé de l'article 9 du règlement grand-ducal susvisé, seule une personne « bénéficiaire » est tenue au remboursement de sa part d'aide. Selon les définitions de l'article 1, un « bénéficiaire » est un demandeur auquel une aide a été accordée. Le demandeur est défini comme une personne qui introduit et signe une demande en obtention d'une aide, ce qui, selon le règlement grand-ducal, englobe d'office le ou les propriétaire(s), les deux époux respectivement les deux partenaires. En revanche, un compagnon de vie (union libre) ne tombe pas sous la définition de « demandeur » et il ne revêt pas la qualité de « bénéficiaire ». Par conséquent, un concubin n'est pas tenu au remboursement de sa part d'aides. La médiatrice a pris soin de demander une confirmation de cette interprétation au Ministère du Logement. Finalement, la réclamante a préféré renoncer aux aides au logement, car étant seule propriétaire de l'appartement, elle ne voulait pas qu'une autre personne soit impliquée dans son dossier d'aides au logement.

La médiatrice invite le Ministère du Logement à indiquer clairement ces précisions dans ses notices d'information et autres publications destinées au public.

La médiatrice a été saisie d'une réclamation de la part d'une personne à laquelle on avait refusé une bonification d'intérêt telle que prévue par le règlement grand-ducal modifié du 5 mai 2011. La décision était motivée par le fait que, conformément à l'article 10 du règlement en question, la bonification d'intérêt ne peut être accordée qu'une seule fois par ménage.

La réclamante a contesté cette décision en expliquant que son ménage actuel n'avait pas encore bénéficié d'une telle aide.

Le Ministère a cependant répondu qu'il n'entendait pas revenir sur sa décision, en expliquant que la bonification d'intérêt ne peut être accordée qu'une seule fois dans le chef d'une personne bénéficiaire.

La réclamante a saisi la médiatrice, alors qu'elle estime que cette décision n'est ni claire, ni justifiée.

Elle explique que le ménage dans lequel elle vit actuellement existe depuis seulement quatre ans et qu'aucune aide au logement n'a encore été sollicitée. Elle reconnaissait que son partenaire avait lui, par le passé, déjà sollicité une bonification d'intérêt du temps où il était encore marié avec son ex-épouse. A l'époque, une aide lui avait effectivement été accordée pour ses deux enfants, qui vivent actuellement avec leur mère.

La réclamante explique que dans sa situation, il y aurait lieu de considérer qu'on se trouve face à un « nouveau ménage », qui n'a pas encore bénéficié des aides au logement.

La médiatrice a écrit à la ministre compétente pour la rendre tout d'abord attentif au fait que les motifs invoqués dans ses décisions ne sont pas clairs et en quelque sorte contradictoires. En effet, la première décision parle de « ménage » alors que la deuxième décision mentionne le terme « personne bénéficiaire ».

La médiatrice a également rappelé que par le passé, le Ministère du Logement faisait la distinction entre deux situations (cf. rapport d'activité du médiateur 2007-2008 p.22-23):

- le cas d'une personne, qui a déjà bénéficié d'une bonification d'intérêt et qui après sa séparation avec son ex-conjoint, va s'installer dans un autre logement avec son ou ses enfant(s), et
- le cas d'une personne, qui a déjà bénéficié d'une bonification d'intérêt et qui refait sa vie avec une autre personne qui a déjà un ou plusieurs enfants qui feront partie de ce nouveau ménage ou qui aura des enfants avec son nouveau partenaire.

Dans cette dernière hypothèse, le Ministère acceptait d'accorder les aides sollicitées, car il considérait que la demande avait été faite par un « nouveau ménage ».

La ministre actuellement en fonction a cependant refusé de suivre la solution qui était appli-

quée par le passé en expliquant qu'en 2011, la réglementation a été précisée pour mieux tenir compte de la volonté du législateur de n'accorder qu'une seule aide au logement par personne, indépendamment du fait qu'elle vive ou non en couple. Il en résulte, qu'une personne qui a par le passé déjà bénéficié d'une bonification d'intérêt et qui décide de vivre ensemble avec un nouveau partenaire avec un ou plusieurs enfants, n'a droit aux aides qu'à condition de rembourser d'abord la part des aides qu'elle a perçues pour le temps où elle vivait avec son ancien(ne) partenaire.

1.2.3.6. Ministère de la Culture

Service des Sites et Monuments Nationaux (SSMN)

La médiatrice a été saisie par la propriétaire d'une maison accolée à un site qui est classé monument national. La dame se plaignait de dégâts apparus au garage de sa maison après des travaux de rénovation du site. Elle affirmait que les dégâts étaient dus à des infiltrations d'eau provenant des eaux de pluie du site dont l'évacuation se ferait à travers le toit du garage de la maison.

L'entreprise qui s'est occupée des travaux de rénovation avait dressé un état des lieux au début et à la fin du chantier de sorte que l'origine des dégâts devrait pouvoir être retracée. Par ailleurs, suite à la réclamation de la dame auprès du Service des Sites et Monuments Nationaux, une visite des lieux avait été effectuée en présence de l'entreprise de construction, d'un expert et d'un représentant du SSMN. La réclamante expliquait à la médiatrice qu'il aurait été convenu lors de cette visite que les travaux nécessaires pour remédier à la situation seraient effectués le plus rapidement possible afin d'éviter des dégâts plus importants. Avant le commencement des travaux, un rapport détaillant les problèmes ainsi que les solutions envisagées serait rédigé.

Malgré plusieurs rappels et des entretiens avec un collaborateur du SSMN, la réclamante n'a pas reçu de rapport. Or les travaux qui devaient être effectués à sa propriété ne pouvaient pas débuter avant la finalisation du rapport de la visite des lieux. D'après les informations dont disposait la réclamante, le rapport était pourtant en possession du SSMN depuis plusieurs semaines. Par ailleurs, la réclamante souhaitait effectuer d'autres

travaux, non liés aux dégâts occasionnés par les travaux au site, mais le SSMN ne l'autorisait pas à les faire aussi longtemps que le rapport de la visite des lieux n'était pas finalisé.

La réclamante s'inquiétait de la situation et craignait que les dégâts ne s'aggravent si les travaux n'étaient pas effectués rapidement.

La médiatrice est intervenue auprès de la ministre de la culture pour recueillir sa prise de position qui ne correspondait toutefois pas aux explications données par la réclamante.

La ministre a confirmé que le SSMN avait entrepris des travaux de consolidation et de restauration de la substance bâtie historique du site en question. Cependant, il ressortait, selon elle, de l'état des lieux avant travaux que le toit de la maison de la réclamante était vétuste dès avant le commencement des travaux et que le garage de ladite maison aurait présenté des problèmes d'humidité avant l'intervention du SSMN.

La ministre a considéré que la responsabilité de ses services dans les dégâts dont faisait état la réclamante ne serait pas engagée, car aucun dégât à la toiture n'aurait été causé du fait des travaux réalisés. Le SSMN n'aurait pas convenu avec la dame de faire réaliser des travaux de réparation en relation avec ces prétendus dégâts.

Après avoir recueilli la prise de position de la réclamante, la médiatrice s'est adressée une nouvelle fois à la ministre.

Après vérification, la médiatrice a constaté que l'état des lieux avant travaux ne retenait pas que le toit du garage était vétuste, mais il indiquait au contraire qu'il n'y avait rien à signaler pour le revêtement de la toiture. Ledit état des lieux indiquait effectivement certains problèmes d'humidité, mais à d'autres endroits que ceux où des problèmes d'humidité se présentaient après les travaux. Selon la réclamante, il serait donc manifeste que des problèmes d'humidité se seraient rajoutés à ceux existants avant les travaux.

Les dégâts dont la réclamante faisait état avaient effectivement été constatés dans l'état des lieux final. La médiatrice partait donc du principe qu'ils étaient réels et que le SSMN, en tant que maître d'ouvrage, devait assumer sa responsabilité.

La réclamante affirmait que lors de la visite

des lieux faite par les différents acteurs après la fin du chantier, elle avait l'impression que tous les concernés étaient intéressés à trouver une solution. Elle pouvait par ailleurs prouver par des courriels échangés avec le SSMN que la réalisation de travaux de remise en état avait été convenue avec le SSMN.

En outre, le SSMN avait confirmé par courriel à la réclamante que le rapport rédigé en vue des travaux à effectuer aurait été réceptionné par le SSMN et que ce rapport lui serait envoyé. Or elle ne l'avait jamais reçu et aucun changement de position ne ressortait des échanges de courriels.

Suite à cette nouvelle intervention, la ministre a informé la médiatrice que ses services étaient disposés à prendre en charge certains travaux, ceci toutefois sans reconnaissance d'aucune responsabilité de la part du SSMN ou des entreprises exécutantes.

La réclamante a par la suite informé la médiatrice que les travaux prévus dans le rapport de la visite des lieux ont en effet été effectués; la réclamante a décidé de prendre d'autres travaux litigieux à sa propre charge.

La médiatrice regrette que dans ce dossier elle ait dû insister et produire des courriels desquels il ressortait que des travaux avaient été promis à la réclamante avant que le ministère ne se déclare d'accord à effectuer lesdits travaux. En raison du fait que la réclamante n'avait pas été informée de l'apparent changement de position du ministère ou du SSMN, elle n'avait pas non plus pu prendre l'initiative de faire effectuer des travaux nécessaires pour éviter des dégâts plus substantiels.

Il semble à la médiatrice que les problèmes qui se présentaient dans ce dossier étaient le résultat d'un manque de communication entre divers services du Ministère. Elle espère qu'il s'agit d'un cas isolé et qu'une telle situation ne se présentera plus à l'avenir.

1.2.3.7. Ministère de la Fonction publique et de la Réforme administrative

Une réclamante a saisi la médiatrice d'une réclamation contre le Ministère de la Fonction publique et de la Réforme administrative qui lui réclamait le remboursement de la pension d'orphelin qu'on lui reprochait avoir indû-

ment perçue pendant une certaine période. Le Ministère a justifié sa décision sur base des articles 23 I. et 23.II de la loi modifiée du 26 mai 1954 réglant les pensions des fonctionnaires de l'Etat.

En vertu de ces dispositions, une pension d'orphelin est versée jusqu'à l'âge de dix-huit ans. Si l'orphelin est dans l'incapacité de gagner sa vie en raison de la préparation scientifique ou technique à sa future profession, la loi prévoit qu'il peut continuer à bénéficier de cette pension jusqu'à l'âge de vingt-sept ans révolus.

L'article 23 II. précise par ailleurs que le versement d'une pension d'orphelin est suspendu lorsque l'enfant occupe, après l'âge de dix-huit ans et pendant plus de trois mois consécutifs, un emploi dont la rémunération mensuelle brute dépasse le salaire social minimum.

En l'espèce, la réclamante s'était inscrite en tant qu'étudiante en formation doctorale. A ce titre, elle avait également conclu un contrat de travail avec son université, qui lui permettait de bénéficier d'une bourse mensuelle. Ainsi, la réclamante touchait un revenu mensuel brut de 2.732,74 euros, soit plus que le salaire social minimum.

S'il est vrai que le Ministère a correctement appliqué la législation en vigueur en arrêtant le versement de la pension d'orphelin et en réclamant les sommes indûment perçues pour la période pendant laquelle la réclamante a commencé à toucher un revenu, il s'avère cependant que le Ministère a fourni des informations incomplètes et fausses à ce sujet à la réclamante.

Cette dernière s'était en effet renseignée à plusieurs reprises auprès du service compétent, pour savoir si le fait d'avoir conclu un contrat de travail, tout en conservant le statut d'étudiant, lui ferait perdre le bénéfice de sa pension d'orphelin.

A plusieurs reprises, on lui aurait confirmé oralement que cela ne posait pas de problème, tant qu'elle gardait le statut d'étudiant.

Au vu de ces éléments, la médiatrice a considéré qu'il était injuste que la réclamante doive supporter les conséquences d'une erreur qui ne lui est pas imputable. Par conséquent, elle a demandé au ministre de renoncer, du moins partiellement, à la demande de remboursement.

Après vérification auprès de ses services, le ministre ayant appris que les informations qui avaient été fournies par la réclamante étaient imprécises, a reconnu que ses services ont commis une faute en fournissant une réponse incomplète, sans avoir demandé de plus amples renseignements.

Compte tenu de cette situation, le ministre a accepté d'accorder une dispense partielle de remboursement à l'intéressée.

La médiatrice a apprécié la renonciation partielle du ministre à sa demande de remboursement à titre de réparation d'une erreur commise par son administration.

1.2.3.8. Divers

La médiatrice souhaite mentionner un dossier qui illustre l'importance de recueillir les positions des deux parties à un litige et de les mettre autour d'une table pour discuter des problèmes existant entre elles. En l'occurrence il s'est avéré particulièrement utile de réunir les deux parties en sa présence pour résoudre le litige. Etant donné que le but de la médiatrice est de démontrer qu'une discussion constructive entre les parties à un litige peut souvent résoudre le problème, la médiatrice renonce à désigner précisément le service étatique concerné pour ne pas exposer publiquement les personnes impliquées.

L'entreprise réclamante fournissait un service étatique en tant que sous-traitant d'un contractant du service. Il n'y avait donc pas de relation contractuelle entre l'entreprise réclamante et le service étatique.

La réclamante a saisi la médiatrice parce que l'entreprise contractante avait arrêté la collaboration et lui avait fait comprendre que c'était le service étatique qui le lui avait demandé. La qualité des produits ne serait plus satisfaisante. La perte de ce marché représentait une perte financière importante pour la société réclamante de sorte qu'elle craignait devoir licencier une partie de son personnel.

Le gérant de la société expliquait qu'il avait demandé un rendez-vous avec le responsable du service pour discuter des raisons qui avaient motivé la décision d'écarter l'entreprise. Or le service concerné aurait refusé une entrevue en raison de l'absence de relation contractuelle entre le service et l'entreprise.

Ne comprenant pas les raisons de la décision du service étatique, l'entreprise s'est adressée au ministre responsable. Le ministre a rappelé à l'entreprise qu'il n'y avait pas de relation contractuelle entre l'entreprise et le service étatique et a informé l'entreprise qu'il refusait à son tour une entrevue tout en invitant l'entreprise à participer à une soumission publique imminente.

Suite à l'intervention de la médiatrice, le responsable du service étatique a accepté d'assister à une entrevue avec l'entreprise réclamante en présence de la médiatrice. La médiatrice estimait en effet qu'une telle réunion était importante, parce que la communication est essentielle pour la clarification des faits et, le cas échéant, pour la résolution du litige.

Lors de l'entrevue, il s'est avéré qu'il y avait des malentendus de part et d'autre. Chacune des parties a pu comprendre la position de l'autre et à l'issue de la discussion, les parties se sont mises d'accord sur le fait que rien ne s'opposait à une collaboration éventuelle future.

Alors qu'en l'espèce il n'existait pas de relation contractuelle directe entre le service étatique et le fournisseur, l'issue des discussions démontre l'importance de la communication entre les parties concernées fût-ce indirectement. Il ne peut donc être que bénéfique lorsque les administrations sont prêtes à répondre positivement à une invitation pour une rencontre ayant pour but de clarifier des faits et de s'expliquer en vue d'une issue amiable.

1.2.4. Ministère de la Justice

Parquet du Tribunal d'arrondissement de Luxembourg - Absence d'information dans le cadre d'un classement sans suite

En juillet 2014, la médiatrice a été saisie par une dame qui voulait connaître la suite réservée à sa plainte par le Parquet du Tribunal d'arrondissement de Luxembourg. Elle affirmait avoir été agressée en mai 2013 par un policier au sein de sa résidence. Le policier en question est le fils d'une voisine habitant dans la même résidence que la réclamante. Immédiatement après les faits, la réclamante s'est rendue aux urgences et a ensuite déposé plainte auprès du bureau de police.

Quelques jours plus tard, son conseil a demandé au Parquet de l'informer des suites réservées à sa plainte et de lui faire parvenir une copie du procès-verbal.

N'ayant toujours pas reçu de réponse du Parquet en février 2014, la dame s'est adressée à l'Inspection Générale de la Police (IGP). L'IGP qui n'aurait pas été chargée d'enquêter contre le policier jusqu'à cette date, aurait alors ouvert un nouveau dossier envoyé par la suite au Parquet «pour décision dans la mesure où les faits y dénoncés sont susceptibles de revêtir un caractère pénal».

En vertu de l'article 76 de la loi modifiée du 31 mai 1999 sur la Police et l'Inspection générale de la police, il appartient aux autorités judiciaires de charger le personnel de l'IGP d'enquêter sur des faits délictueux qui auraient été commis par un membre de la police.

Toutefois ni l'IGP, ni la réclamante n'avaient reçu de nouvelles de la part du Parquet. Ceci est d'autant plus grave que la réclamante est confrontée régulièrement au policier qui l'aurait agressée d'après elle. Selon ses dires, ce dernier laisserait même sous-entendre qu'elle n'aurait aucune chance d'aboutir avec sa plainte.

La médiatrice a expliqué au Parquet que l'absence de réaction de sa part ne ferait que renforcer le sentiment d'impuissance de la réclamante face à ce policier.

Suite à l'intervention de la médiatrice, le substitut responsable s'est excusé pour le retard de sa réponse. Il a expliqué que la plainte a été classée sans suites pénales en août 2013 pour cause de doute, alors que le policier contestait les accusations de la réclamante et parce qu'aucune des personnes présentes n'aurait pu confirmer la version des faits telle que décrite par la plaignante.

Comme la médiatrice est régulièrement contactée par des personnes qui ne connaissent pas la suite réservée à leur plainte, elle a récemment organisé un échange avec Monsieur le Procureur d'Etat auprès du Tribunal d'arrondissement de Luxembourg au sujet des procédures d'information du Parquet qui méritent d'être améliorées en s'inspirant du guide des bonnes pratiques administratives.



1.3. Affaires relevant des Communes

1.3.1. Affaires communales générales

La médiatrice a été saisie d'une réclamation par un ressortissant d'un pays tiers à qui l'office social refusait l'octroi d'une aide sociale. L'intéressé était titulaire d'une carte de séjour de type « vie privée » obtenue pour des raisons humanitaires.

L'intéressé rencontrait des difficultés pour trouver un employeur prêt à l'engager. Il est souvent très difficile pour une personne ressortissante d'un pays tiers de trouver un employeur, alors que la plupart de ces derniers sont découragés par la procédure et la durée nécessaires à un tel engagement.

En plus de ses difficultés à trouver un emploi, l'intéressé se heurte à un refus d'aide de la part de l'office social. Celui-ci invoque en effet l'article 4 de la loi du 18 décembre 2009 organisant l'aide sociale qui dispose en son paragraphe (2) 5^{ème} tiret qu'est exclue de l'aide matérielle en espèces la personne en séjour temporaire au Luxembourg.

Dans les travaux parlementaires, cet article est commenté comme suit:

«Avec cet article il s'agit de préciser avec un maximum de clarté les ayants droit de la loi en l'ouvrant sur toute personne qui se trouve en situation de résidence autorisée, régulière et effective et, d'autre part, en écartant dès le départ toutes les situations couvertes par d'autres mesures de protection ainsi que toutes les situations évidentes pouvant donner lieu à un comportement qui est généralement qualifié de 'tourisme social' ».

Or le projet initial ne parle pas des personnes en séjour temporaire.

Dans le texte contenant les amendements gouvernementaux, l'article 4 prévoit comme exception « la personne ressortissante d'un pays étranger dont la durée de séjour ne totalise pas 3 mois consécutifs. »

Le Conseil d'Etat propose de formuler « la personne en séjour temporaire au Luxembourg ».

Le Conseil d'Etat précise que: « Par cet article, les auteurs tendent à lutter contre le phénomène dit du tourisme social, où des personnes, sous l'attrait de mesures sociales en vigueur au Luxembourg, viennent habiter notre pays. Il constitue le pendant de certaines catégories d'immigrants définies dans la loi du 28 août 2008 sur la libre circulation des personnes et l'immigration et le Conseil d'Etat peut approuver ces dispositions.

Aussi l'approche par lui proposée, qui définit l'aide sociale essentiellement comme un accompagnement et non pas comme une aide matérielle sous forme d'aumône en argent, diminue-t-elle voire supprime-t-elle les risques d'attirer au Luxembourg des personnes animées par la seule volonté de profiter du cadre généreux des mesures d'aides en place ».

Il est un fait que l'intéressé dispose d'une autorisation de séjour temporaire.

La médiatrice doute toutefois que l'intention du législateur ait été d'exclure du bénéfice de cette aide une personne comme le réclamant qui dispose d'une autorisation de séjour pour des motifs humanitaires.

La médiatrice s'est dès lors adressée à la ministre de la Famille pour lui demander comment elle interprète l'article en question.

Madame la ministre estime que l'article 4 de la loi modifiée du 18 décembre 2009 organisant l'aide sociale précise les ayants droits de l'aide sociale. L'alinéa 2 tiret 5 de cet article exclut expressément « la personne en séjour temporaire au Luxembourg » du bénéfice de l'aide matérielle en espèces. L'intéressé dispose d'une autorisation de séjour de type « vie privée » pour motifs humanitaires. Cette autorisation de séjour trouve sa base légale dans l'article 78 (3) de la loi modifiée du 29 août 2008 sur la libre circulation des personnes.

Selon l'article 79 (1) de cette loi: « Le ressortissant de pays tiers autorisé au séjour en vertu de l'article 78 se voit délivrer, conformément à l'article 40, un titre de séjour avec la mention « vie privée » valable pour une durée qui ne peut excéder trois ans renouvelable, sur demande si après réexamen de sa situation, il appert qu'il continue à remplir les conditions fixées à l'article 78 ».

L'autorisation de séjour de type « vie privée » n'autorise qu'un séjour temporaire; son bénéficiaire tombe par conséquent sous l'exclusion visée à l'article 4 alinéa 2 tiret 5 de la loi organisant l'aide sociale. Il s'ensuit que la ministre partage l'application faite par l'office social qui estime que conformément à l'article 4 paragraphe 2 tiret 5 de la loi modifiée du 18 décembre 2009 organisant l'aide sociale, le bénéficiaire d'une autorisation de séjour temporaire pour des raisons privées tombe sous le champ des personnes à exclure du bénéfice de l'aide matérielle en espèces. Le critère déterminant en matière d'aide sociale est le caractère « temporaire » de l'autorisation de séjour, de sorte que le fait que son autorisation est motivée par des motifs humanitaires est inopérant.

L'interprétation restrictive du texte est dans ce cas précis ressentie comme regrettable.

A l'occasion d'un autre dossier, la médiatrice s'est vu opposer un arrêt du conseil supérieur des Assurances sociales du 23 janvier 2014 qui dispose que « la catégorie du titre de séjour « vie privée » est plus amplement décrite et définie par les articles 78 et s. de la loi. Ce type de titre de séjour fait indubitablement partie des titres de séjour temporaires et il n'appartient ni au juge, ni à l'office social, de considérer différemment ce titre de séjour... ».

Face à la prise de position de la ministre et à la jurisprudence du conseil supérieur des Assurances sociales, la médiatrice n'a plus insisté dans ce dossier. Etant donné toutefois toutes les difficultés auxquelles se heurtent les détenteurs d'autorisations de séjour temporaires, la médiatrice a demandé une entrevue auprès du ministre de l'Immigration et de l'Asile pour discuter de ces problèmes, alors qu'une interprétation restrictive des textes est regrettable.

1.3.2. Inscription au registre de la population

La médiatrice a été saisie de quelques réclamations concernant le refus de com-

munes d'inscrire une personne au registre de la population.

Dans un cas, la commune refusait à une jeune femme de s'inscrire à l'adresse de sa mère.

Pour refuser, la commune invoquait que l'immeuble en question, était une maison unifamiliale subdivisée en plusieurs appartements, sans autorisation préalable. Une régularisation de la situation était en cours, mais le bourgmestre a décidé que tant que la procédure n'était pas achevée, personne ne pourrait s'inscrire à cette adresse.

La médiatrice est intervenue auprès du bourgmestre pour rappeler qu'une commune ne devrait pas s'opposer à l'inscription au registre de la population de personnes ayant établi leur résidence habituelle sur le territoire de la commune où elles ont déclaré leur arrivée, si ces personnes remplissent toutes les conditions pour satisfaire à une telle inscription. Pour refuser une inscription une commune ne peut invoquer des considérations liées à la réglementation de police ou à celles relatives à l'urbanisme, sauf dans certains cas très précis (p.ex.: zones du territoire communal non destinées à l'habitation permanente).

Suite à cette intervention, le bourgmestre a fait droit à la demande de l'intéressée.

1.3.3. Chèques-service accueil

Des époux se sont plaints auprès de la médiatrice du fait que l'administration communale de leur lieu de résidence refusait de tenir compte de leur bulletin d'imposition de l'année 2011 pour déterminer leurs droits en matière de chèque-service accueil, qui dépendent du revenu du ménage.

La commune insistait pour se voir remettre les trois dernières fiches de salaire des époux, ce qui selon les réclamants, jouerait cependant en leur défaveur et serait contraire à l'article 9 du règlement grand-ducal modifié instituant le «chèque-service accueil».

Le règlement grand-ducal susmentionné définit ce qu'il faut entendre par revenu du ménage. 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 sou-

mis à l'obligation d'effectuer une déclaration d'impôt ou à défaut, toute autre pièce documentant le revenu actuel ».

Selon les réclamants, le texte n'exclut pas la possibilité de pouvoir remettre le bulletin d'impôt le plus récent. Ils ont donc écrit au ministre de l'Education nationale, de l'Enfance et de la Jeunesse pour lui demander d'intervenir auprès de leur commune. Ce dernier leur a cependant expliqué que ses moyens en la matière sont très limités, en raison de l'article 10 du règlement grand-ducal modifié de 2009 qui prévoit que « les modalités d'adhésion sont effectuées sous la responsabilité de l'administration communale de résidence de l'enfant ».

Après analyse du règlement grand-ducal en question, la médiatrice en est venue à la conclusion que l'article 9 devait être interprété en ce sens que les trois dernières fiches de salaire ne pouvaient être demandées que dans le cas où le déclarant n'est pas obligé de faire une déclaration d'impôt.

Elle est donc intervenue auprès du ministre pour lui faire part de son interprétation des textes en vigueur en affirmant qu'il est critiquable que chaque commune applique les règles différentes pour la détermination de la situation financière d'un ménage, en raison du risque de créer des iniquités selon le lieu de résidence des demandeurs.

Le ministre a répondu que l'analyse du revenu du ménage, faisant partie des modalités d'adhésion au système du chèque-service accueil, est effectuée sous la responsabilité de l'administration communale de résidence de l'enfant et que par conséquent, le ministère n'avait pas de compétence d'intervention.

Les agents communaux ont la faculté de demander toute pièce supplémentaire pour documenter le revenu du ménage dans des cas où il juge que la documentation du revenu par le biais du bulletin d'impôt le plus récent ne correspond pas à la réalité économique du ménage.

En l'espèce, l'administration communale du lieu de résidence des réclamants se serait trouvée confrontée à de telles difficultés, dans la mesure où les intéressés avaient remis le bulletin d'impôt de 2011.

Les réclamants expliquent qu'ils n'avaient, au moment de l'introduction de leur demande,

pas encore fait leur déclaration d'impôt pour l'année 2012.

Or, pour l'administration communale, le bulletin d'impôt de l'année avant celle de la demande ne suffit pas pour déterminer le revenu « actuel » du ménage.

Au vu de ces éléments, la médiatrice a conclu que c'est à juste titre que l'administration communale du lieu de résidence des réclamants avait demandé des pièces supplémentaires, le bulletin d'impôt de 2011 ne permettant effectivement pas en 2014, de pouvoir déterminer le revenu « actuel » du ménage.

1.3.4. Urbanisme

La médiatrice a été saisie par une personne qui a construit un car-port sans demander d'autorisation au bourgmestre au préalable. Une régularisation a posteriori n'était pas envisageable, la construction de car-ports étant interdite dans cette commune.

Conscient qu'il n'aurait pas dû entreprendre la construction de ce car-port sans demander l'autorisation du bourgmestre, l'intéressé invoque toutefois qu'avec le plan d'aménagement général à venir, les car-ports seraient à l'avenir autorisés. Il a donc du mal à accepter de devoir démonter son car-port pour éventuellement être en droit de le reconstruire une fois que le plan d'aménagement général l'autorisera.

Il est déçu également de ne pas avoir pu discuter de vive voix avec la commune du problème.

Etant donné le sentiment d'insatisfaction du réclamant, la médiatrice a demandé au bourgmestre de bien vouloir le rencontrer pour qu'il puisse lui faire part de sa version des faits et de son ressenti. Même si la commune est en droit de demander une remise en pristin état du terrain, la possibilité pour le citoyen de se faire entendre et d'obtenir certaines explications est utile, voire nécessaire pour pouvoir accepter une décision qui lui paraît injuste et pour l'aider à surmonter ce sentiment d'insatisfaction.

Malheureusement, le bourgmestre s'est contenté d'informer la médiatrice qu'il n'est pas en droit de faire une exception dans le cas d'espèce et qu'il n'entend pas rencontrer le réclamant.

La médiatrice n'a pas demandé qu'une exception soit faite dans le cas d'espèce. Elle avait d'ailleurs informé le réclamant de cette impossibilité. Le but de son intervention était de signaler l'incompréhension d'un citoyen face à une décision qu'il ressent comme étant de la mauvaise volonté de la part de l'administration. Or un entretien peut contribuer à une meilleure compréhension et à l'acceptation par le réclamant de la position d'une administration. Elle en a informé le bourgmestre qui est resté sur sa position de refus d'une rencontre, ce qui est regrettable.

La médiatrice a été saisie d'une réclamation par des personnes qui critiquaient la manière dont la commune avait traité leur dossier.

Dans le cadre de l'aménagement des alentours de leur maison située sur un terrain présentant un important dénivelé, les intéressés se sont vus contraints de construire des murs de soutènement pour éviter un éboulement sur le terrain voisin.

Préalablement aux travaux, les intéressés se sont adressés par courrier électronique à la commune pour demander si une égalisation de la surface du terrain, en vue d'aplanir la partie située derrière la maison, était possible et si l'implantation d'éléments en béton était réalisable dans la partie postérieure du terrain.

Par téléphone, un fonctionnaire communal aurait indiqué que la commune ne serait pas compétente pour se prononcer sur la pose des murs de soutènement et a invité les intéressés à s'enquérir auprès du Ministère du Développement durable, département de l'Environnement.

La personne contactée auprès du département de l'Environnement aurait indiqué aux intéressés que la question des murs de soutènement ne poserait pas le moindre problème d'autorisation.

Avant même le commencement des travaux, les réclamants ont montré le chantier à deux agents de la commune qui ont vu les blocs de murs de soutènement qui avaient été livrés. Ce même jour, les réclamants ont informé le technicien communal de l'avis favorable du département de l'Environnement.

Le personnel communal n'a émis aucune remarque.

Le lendemain du commencement des travaux, la commune a contacté l'entrepreneur et a ordonné l'arrêt de la pose des blocs. Les réclamants ont été informés du fait qu'un voisin se serait plaint et que dès lors, il y aurait lieu d'introduire une demande d'autorisation de bâtir pour la pose des murs.

Le fait que la demande d'autorisation de bâtir soit exigée ou non en fonction de l'avis d'un voisin n'est pas correct.

Les intéressés se sont toutefois empressés de demander l'autorisation de la commune.

Dans un premier temps la commune a informé les réclamants qu'ils pourraient sûrement reprendre les travaux endéans un bref délai.

Lorsque la médiatrice a été contactée, les réclamants attendaient une réponse depuis plus d'un mois. Les travaux étaient toujours à l'arrêt et aucun arrêté de fermeture de chantier en bonne et due forme ne leur avait été adressé, à part l'injonction orale d'un fonctionnaire communal à l'entrepreneur.

Par la suite, le contact avec la commune est devenu plus difficile et les intéressés ont commencé à être traités de manière inappropriée.

Le bourgmestre a proposé une entrevue sur les lieux afin de discuter d'éventuelles pistes pouvant débloquer le dossier et leur permettant ainsi de finaliser les aménagements extérieurs.

Ayant eu l'accord du département de l'Environnement et en l'absence d'avis négatif de la commune, il est compréhensible que les concernés ont légitimement pu penser être en droit d'entamer les travaux en question.

Deux entrevues ont été organisées entre les réclamants et le bourgmestre.

Lors de ces entrevues, le bourgmestre a fait preuve d'une attitude constructive avant que la situation se dégrade à nouveau.

La commune a pris position par rapport au courrier de la médiatrice en évoquant la situation juridique, mais en omettant de prendre une position claire sur le traitement du dossier par ses soins. Certes, la commune a raison d'invoquer le fait que l'autorisation pour la construction de la maison interdi-

sait formellement les travaux d'alentours en question. Ceci aurait cependant dû être communiqué dès le départ de manière claire aux réclamants pour éviter toute ambiguïté possible, ce qui, n'est pas le cas, d'après les réclamants. Ils sont également d'avis qu'ils sont traités différemment des autres voisins.

Le bourgmestre a proposé une entrevue avec les voisins afin de discuter de l'aménagement des alentours, initiative appréciée par la médiatrice en tant que démonstration de la volonté d'une bonne communication.

Le dossier est actuellement encore en cours.

Dans un autre dossier, il s'agissait d'un projet de construction tenu en suspens par la commune depuis un certain temps. La médiatrice a été contactée par le gérant de la société qui développait le projet immobilier. L'intéressé a demandé à la médiatrice d'intervenir pour obtenir une réponse à une demande d'autorisation préalable de construire, à laquelle aucune suite n'avait été réservée.

La médiatrice a demandé à la commune de réserver une réponse circonstanciée à la demande de l'intéressé.

Il aura fallu plusieurs mois pour qu'une réponse très sommaire soit réservée au courrier du réclamant. Le bourgmestre indique que les terrains concernés se trouvent dans une zone à risque d'inondation et qu'il n'accordera pas d'autorisation de bâtir sur les parcelles concernées.

Etant donné toutefois que sur plusieurs terrains adjacents il existe des constructions, le réclamant ne pouvait se satisfaire de cette réponse et la médiatrice est intervenue une nouvelle fois pour demander de plus amples explications à ce sujet.

Le bourgmestre a réitéré, lors d'un entretien téléphonique son refus de délivrer une autorisation de construire en zone inondable. Il explique avoir informé les propriétaires des terrains à d'itératives reprises des problèmes qui se posent dans le dossier, de sorte que face à la position ferme du bourgmestre, toute nouvelle intervention de la médiatrice est vouée à l'échec.



1.4. Affaires concernant les établissements publics relevant de l'Etat et des communes

1.4.1. Affaires de sécurité sociale (y compris l'ADEM et la CNPF)

A. Sécurité sociale

Commission Mixte de reclassement

Une réclamante a saisi la médiatrice en raison des difficultés à mettre en œuvre son reclassement interne en tant que femme de charge au service de cinq employeurs différents. Auprès de son principal employeur, elle travaillait 20 heures par semaine, mais seulement 2 à 3,5 heures auprès de chacun des autres. Avant la décision de la Commission mixte qui a décidé son reclassement interne, elle avait déjà réduit sa durée de travail de 40 à 30,5 heures par semaine à cause de son état de santé.

La réclamante souffrait de crises d'épilepsie récurrentes dues au stress induit par les multiples déplacements professionnels et le nombre de ses employeurs dont l'un ou l'autre étaient très exigeants. D'après la réclamante, ce n'était donc pas la durée de travail auprès de son principal employeur qui était à l'origine de l'aggravation de son état de santé.

Dans son avis à la Commission mixte, le médecin du travail a proposé une réduction du nombre de ses employeurs à trois et de la durée du travail à 25 heures par semaine. Or, le reclassement interne ne permet pas une réduction du nombre des employeurs, tous les contrats d'emploi devant rester en vigueur. Si la réclamante avait suivi l'avis du médecin du travail, l'ADEM ne lui aurait pas versé d'indemnités compensatoires.

Par ailleurs, une réduction du temps de travail auprès de certains employeurs tout en maintenant tous les contrats d'emploi n'aurait pas apporté de véritable soulagement à la réclamante, mais n'aurait fait qu'augmenter le stress à l'origine de ses crises.

Bien qu'un reclassement interne n'ait pas offert de solution viable à la réclamante, la Commis-

sion mixte n'était pas disposée à suivre la proposition de la médiatrice de retirer le reclassement interne et de prononcer en faveur de la réclamante un reclassement externe.

Un autre réclamant a bénéficié d'un reclassement interne auprès de son employeur, une entreprise de transports internationaux.

Dans son avis, le médecin du travail a conclu que le travailleur est incapable d'exercer son dernier poste de travail de chauffeur de transports internationaux et a considéré en outre comme contre-indiquées « toutes les tâches comportant une charge psychique importante ou des horaires de travail pénibles ».

Le médecin du travail a mentionné dans son avis que tous les salariés de l'entreprise n'effectuaient que des transports internationaux, toutes les tâches administratives étant assurées par le patron et son épouse. Il a indiqué dans son avis que selon l'employeur, la création d'un nouveau poste ne comportant que de courts trajets régionaux serait possible, mais qu'il serait impossible d'indiquer une date à partir de laquelle le nouveau poste serait fonctionnel.

Suite à la décision de la Commission mixte, le réclamant s'est présenté quotidiennement auprès de son employeur sans que ce dernier ne l'affecte à un poste de travail. Il n'est effectivement pas évident pour une entreprise de créer à court terme un nouveau poste de travail, si elle est obligée pour cela d'élargir ses activités. Si l'entreprise ne disposait pas de commandes de transports à court trajet, elle ne pouvait pas créer un nouveau poste de travail adapté aux capacités du travailleur. Il semble plutôt qu'il y eut un malentendu entre le médecin du travail et l'employeur.

Ce dossier a mis en lumière les problèmes qui se posent dans le cadre d'un reclassement interne au cas où l'employeur a des problèmes pour reclasser le salarié.

D'ailleurs, même si l'entreprise avait été en mesure d'effectuer des transports régionaux, le poste aurait dû être examiné par le médecin du travail, car certains courts trajets régionaux ne sont pas moins stressants que de longs trajets internationaux.

Finalement, l'affaire a pu se dénouer. Le travailleur en question a bénéficié par la suite d'un congé de maladie et après l'expiration des 52 semaines et la résiliation automatique du contrat de travail, il a pu obtenir des indemnités de chômage. L'Administration du contrôle médical de la Sécurité sociale a de nouveau saisi la Commission mixte qui poura dorénavant prononcer un reclassement externe.

La Commission mixte a informé la médiatrice qu'il y aurait très peu d'employeurs qui refuseraient d'exécuter une décision définitive de reclassement interne. Il n'en reste pas moins qu'il appartient aux médecins du travail d'enquêter avec soin sur les possibilités de reclassement à l'intérieur d'une entreprise.

Administration du Contrôle médical de la Sécurité sociale

A partir du moment où le médecin-conseil du Contrôle médical considère qu'un salarié en congé de maladie est de nouveau apte à reprendre le travail, il en avise la Caisse nationale de santé qui adresse à l'assuré une déclaration d'aptitude au travail.

La question qui s'est posée à l'occasion de plusieurs réclamations était de savoir ce qu'il y a lieu d'entendre par « aptitude au travail ». Si l'indemnité pécuniaire n'est destinée qu'à indemniser une incapacité pour le marché général du travail, un salarié pourrait être déclaré apte au travail bien qu'il ne puisse pas encore occuper son poste de travail ou même tout autre poste disponible dans l'entreprise de son employeur.

Conformément à l'article L. 326-9 du Code du travail, l'employeur ne peut continuer à employer un travailleur à un poste pour lequel il a été déclaré inapte par le médecin de travail. L'employeur est obligé d'affecter ce travailleur à un autre poste de travail, mais seulement dans la mesure du possible. Il ne s'agit que d'une obligation de moyens que la jurisprudence ne semble pas interpréter de manière très stricte: « le salarié devenu inapte, par suite d'une maladie ou d'une incapacité de

travail partielle, à reprendre son emploi pour lequel il a été engagé, ne peut pas obliger son employeur de l'affecter à un autre poste de travail ou réorganiser l'entreprise pour lui permettre d'y exécuter une tâche adaptée à son invalidité » (C. S. J. 12 novembre 1998, n°21743). A défaut de poste de travail pour lequel le travailleur est trouvé apte, ce dernier se retrouve dans une situation précaire, car il ne touchera plus d'indemnités pécuniaires de maladie. Il risque même d'être licencié, l'inaptitude au poste de travail pour lequel le salarié a été embauché étant un motif légitime de licenciement.

Il ne semble pas que le critère retenu par le Contrôle médical, selon lequel seule l'incapacité pour le marché général du travail est indemnisable, soit conforme à l'esprit de la législation sociale, surtout tel qu'il résulte de l'article 15 alinéa 3 du Code de la sécurité sociale: « l'indemnité pécuniaire découlant d'une activité exercée avant la constatation de l'incapacité d'exercer le dernier poste de travail prend fin le jour de la notification de la décision de la commission mixte sur le reclassement en application du titre V du livre V du Code du travail ».

Par conséquent, la constatation effectuée par le Contrôle médical d'une incapacité à occuper le dernier poste de travail ne permettrait pas à celui-ci d'émettre une déclaration d'aptitude au travail et d'obliger le salarié à reprendre son travail.

Dans l'article 15 susvisé, le législateur vise l'indemnité pécuniaire versée après la constatation d'une incapacité d'exercer le dernier poste de travail. Cette disposition peut être interprétée en ce sens que le Contrôle médical, au moment où il apprécie l'aptitude au travail d'un salarié, dispose d'un choix, soit d'aviser la caisse de maladie de la poursuite du versement de l'indemnité pécuniaire en attendant la convalescence du salarié, soit de saisir la Commission mixte en vue d'un reclassement au cas où le salarié ne récupère plus sa capacité de travail antérieure, l'indemnité pécuniaire ne prenant fin alors qu'à partir du jour de la notification de la décision de la Commission mixte.

Le Contrôle médical se réfère cependant à une jurisprudence du Conseil supérieur de la sécurité sociale en sens contraire : le terme incapacité de travail au sens de la loi signifierait « inaptitude générale d'exercer

tout travail rémunérateur ». Il est cependant inconcevable de déclarer apte au travail un salarié qui ne satisfait pas encore aux exigences de son métier au motif qu'il est par exemple à nouveau capable de surveiller un parking.

Cette solution risque de pousser dans la précarité certains salariés qui, bien qu'ils aient récupéré une certaine capacité de travail, ne sont toujours pas en état d'occuper leur poste de travail.

Le législateur devrait examiner cette problématique. Une couverture sociale en cas d'incapacité de travail est un des éléments fondamentaux de tout système de sécurité sociale. Ces cas pourraient être solutionnés au moyen d'une concertation plus poussée entre la médecine du travail et l'Administration du contrôle médical.

Caisse nationale d'assurance pension

Conformément à l'article 190 du Code de la sécurité sociale, la pension d'invalidité court à partir du premier jour de l'invalidité établie.

La médiatrice a été saisie par une réclamante qui, par un jugement du Conseil arbitral intervenu en juillet 2013, a été reconnue invalide à partir de sa demande en obtention d'une pension d'invalidité introduite en mars 2010.

Or, à la date de sa demande, l'assurée était en congé de maladie et avait touché jusqu'en septembre 2013 des indemnités pécuniaires de la part d'une caisse de maladie. La question se posait de savoir laquelle des deux prestations, l'indemnité pécuniaire ou la pension d'invalidité, revenait à l'assurée pour la période de rétroactivité.

En cas d'indemnités pécuniaires versées par une caisse de maladie luxembourgeoise, les arrérages de pension d'invalidité seront assignés à la caisse de maladie conformément à l'article 190 al. 2 du Code de la sécurité sociale dont la teneur est la suivante: « Pour la période pendant laquelle l'assuré bénéficiaire d'une pension d'invalidité a touché également une indemnité pécuniaire de maladie découlant de l'activité salariée exercée avant l'échéance du risque, la pension d'invalidité est versée à la caisse de maladie compétente qui transmet la différence éventuelle à l'assuré ».

L'assuré invalide peut garder ses indemnités pécuniaires, solution qui est à son avantage, car normalement celles-ci sont plus élevées que la pension d'invalidité. Dans le cas contraire, la différence lui est versée.

En l'espèce, les indemnités pécuniaires avaient été versées par une caisse de maladie étrangère. En pareil cas, l'article 190 al. (3) du Code de la sécurité sociale définit le point de départ d'une pension d'invalidité comme suit: « si l'assuré a bénéficié d'une indemnité pécuniaire d'un régime d'assurance maladie non luxembourgeois, la pension d'invalidité ne prend cours qu'à l'expiration du droit à indemnité ». L'assuré garde le bénéfice des indemnités pécuniaires, mais comme la pension d'invalidité ne prend cours qu'à partir de la cessation du versement de celles-ci, un éventuel surplus ne lui est pas versé. Cette solution s'est révélée désavantageuse pour l'assurée, car la mensualité de pension d'invalidité luxembourgeoise dépassait d'environ 1.000 euros l'indemnité pécuniaire étrangère.

Si la réclamante pouvait bénéficier de la solution prévue à l'alinéa 2 de l'article 190 susvisé, applicable en cas de versement d'indemnités pécuniaires luxembourgeoises, elle aurait droit à la différence entre les arrérages de pension d'invalidité et les indemnités pécuniaires de maladie touchées durant la période de rétroactivité. Etant donné l'importance de cette somme d'un total de 40.000 euros, elle s'est considérée comme victime d'une discrimination.

En l'espèce, la médiatrice n'a cependant pas pu recourir à une recommandation en équité. Celle-ci ne peut être envisagée qu'au cas où les effets défavorables causés par une loi dans un cas particulier n'ont manifestement pas été dans l'intention du législateur. Or, la solution prévue à l'article 190 al (3) a manifestement été voulue par le législateur qui a clairement indiqué à quelle date la pension d'invalidité doit prendre cours.

La médiatrice a été saisie par une réclamante qui, à la suite du retrait de sa pension d'invalidité, a bénéficié d'un reclassement externe. Conformément à l'article L. 551-5 du Code du travail, elle a été inscrite d'office comme demandeur d'emploi auprès de l'ADEM. Elle n'a cependant pas pu bénéficier d'indemnités de chômage du fait qu'avant l'octroi de la pension d'invalidité, la durée

de son temps de travail avait été inférieure à 16 heures par semaine. La condition inscrite à l'article L. 521-1 (2) 1 du Code du travail prescrivant une durée de travail d'au moins 16 heures par semaine pour l'octroi d'indemnités de chômage n'était pas remplie.

La réclamante n'étant plus en droit de bénéficier d'indemnités de chômage, la CNAP lui a également refusé le versement de l'indemnité d'attente.

La médiatrice a invoqué auprès de la CNAP un arrêt de la Cour de cassation du 2 juillet 2009 (n° 47/09) qui a cassé une décision du Conseil supérieur des assurances sociales du 14 avril 2008 au motif que les juges du fond avaient refusé l'indemnité d'attente à un travailleur reclassé suite au retrait de sa pension d'invalidité, qui avait déjà entièrement épuisé ses droits aux indemnités de chômage avant la décision de reclassement.

Selon les juges du fond, l'indemnité d'attente ne pouvait être accordée étant donné qu'après la décision de reclassement externe, aucun versement d'une indemnité de chômage n'a eu lieu. Ils s'étaient basés sur les termes de l'article L. 551 - 5 (2) susvisé libellé comme suit:

« Si au terme de la durée légale de paiement de l'indemnité de chômage, y compris la durée de prolongation, le salarié visé à l'article L.551-1 n'a pu être reclassé sur le marché du travail, il bénéficie de l'indemnité d'attente ».

La Cour de cassation a rejeté ce raisonnement au motif que « les juges du fond ... ont fait du terme inscrit à l'article 5 précité une condition ayant pour conséquence d'exclure le demandeur en cassation du bénéfice de l'indemnité d'attente ». Selon la Cour de cassation, le terme de la durée légale de paiement de l'indemnité de chômage dont question à l'article L. 551 - 5 (2) ne constitue pas une condition auquel le paiement de l'indemnité d'attente est subordonné, mais indique seulement le point de départ du paiement de l'indemnité d'attente. Du fait que ce n'est qu'un terme et non une condition, l'indemnité d'attente est payable immédiatement au cas où le bénéficiaire a épuisé ses droits aux indemnités de chômage avant le prononcé du reclassement externe.

En l'espèce, dans sa réponse à la médiatrice, la CNAP s'est elle aussi référée à l'article 551-5 (2) du Code de travail transcrit ci-avant pour

en déduire que « pour obtenir une indemnité d'attente, il faut donc bien, à un moment ou un autre, avoir bénéficié d'indemnités de chômage ». Selon la CNAP, le paiement de l'indemnité d'attente resterait donc soumis au paiement d'indemnités de chômage, soit après la décision de reclassement externe qui suit immédiatement le retrait de la pension d'invalidité, soit avant le versement de celle-ci.

Or en raisonnant ainsi, la caisse de pension a fait du versement d'indemnités de chômage une condition de l'octroi de l'indemnité d'attente. Une telle condition ne peut être déduite du bout de phrase « si, au terme de la durée légale de paiement de l'indemnité de chômage... » à moins de faire de l'existence d'un terme une condition du paiement de l'indemnité d'attente, ce qui n'est pas en accord avec l'arrêt de principe de la Cour de cassation.

Il faut également se poser la question de savoir pour quelle raison le législateur aurait voulu introduire implicitement une telle condition. Le reclassement externe suite au retrait de la pension d'invalidité a pour but de permettre à un travailleur invalide de reprendre pied sur le marché du travail. Dans certains cas, ces personnes ont été en invalidité durant une longue période avant que leur état de santé se rétablisse suffisamment pour reprendre un travail. Pour quelle raison leur sort devrait-il dépendre de la question de savoir si d'anciennes périodes d'activité situées loin dans le passé ont donné ou donnent encore droit à des indemnités de chômage?

Dans son pourvoi contre l'arrêt du Conseil supérieur des assurances sociales du 14 avril 2008, l'Etablissement d'Assurance contre la Vieillesse et l'Invalidité avait tiré argument du fait que l'intention du législateur avait été de prévoir « une phase de réintégration par l'Administration de l'Emploi » entre le prononcé de la décision de reclassement et le versement de l'indemnité d'attente. En l'espèce, cet argument ne peut pas être invoqué, car la période de chômage requise par la CNAP à titre de phase de réintégration se situe longtemps avant la décision de reclassement.

Sans l'octroi d'une indemnité d'attente, le reclassement externe n'offre plus beaucoup d'intérêt.

La CNAP a maintenu sa position à laquelle l'Inspection générale de la sécurité sociale

(IGSS) s'est ralliée. L'IGSS interprète l'arrêt susvisé de la Cour de cassation du 2 juillet 2009 en ce sens que la Haute Juridiction aurait précisément confirmé que la loi subordonne le versement de l'indemnité d'attente à l'attribution préalable d'une indemnité de chômage sans que l'indemnité d'attente ne doive prendre directement le relais de l'indemnité de chômage.

Il serait souhaitable que le législateur prenne position à ce sujet dans le cadre des travaux de réforme en cours concernant le reclassement interne et externe.

La médiatrice a été saisie d'une réclamation ayant pour objet une demande de remboursement de cotisations sociales introduite auprès de la CNAP.

La réclamante avait cotisé pendant une période inférieure à une année. L'article 213 du Code de la sécurité sociale prévoit un remboursement des cotisations, si l'assuré ne remplit pas les conditions de stage prévues par la loi luxembourgeoise.

La CNAP a cependant refusé ce remboursement sur la base de l'article 57 alinéa 1 du Règlement (CE) n° 883/2004 du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 portant sur la coordination des systèmes de sécurité sociale selon lequel un Etat membre n'est pas tenu de servir des prestations si la durée totale des périodes d'assurance pension n'atteint pas une année. En effet, le terme « prestations » vise également un remboursement de cotisations, car, selon l'article 1 sub w) dudit Règlement, le terme « pension » comprend également les versements effectués à titre de remboursement de cotisations.

L'interprétation faite par la CNAP de l'article 57 alinéa 1 du Règlement (CE) n°883/2004 est discutable.

L'article 57 est libellé dans les termes suivants:

«1. Nonobstant l'article 52, paragraphe 1, point b), l'institution d'un Etat membre n'est pas tenue de servir des prestations au titre de périodes accomplies sous la législation qu'elle applique et qui sont à prendre en compte au moment de la réalisation du risque si :

- la durée totale desdites périodes n'atteint pas une année;
- et
- compte tenu de ces seules périodes, aucun droit aux prestations n'est acquis en vertu de cette législation ».

En d'autres termes, l'organisme d'un Etat membre n'est pas tenu de fournir des prestations si la durée des périodes d'assurance est inférieure à une année (1^{re} condition) à moins que la législation nationale prévoie un droit aux prestations sur la base des seules périodes de l'Etat membre concerné (2^e condition).

Il y a lieu d'observer que les deux conditions sont cumulatives. Comme les périodes accomplies par la réclamante sont inférieures à une année, il est satisfait à la première condition. La seconde condition n'est cependant pas remplie car, au regard des seules périodes accomplies au Luxembourg (et sans qu'il soit procédé à une totalisation), la réclamante a droit au remboursement des cotisations en vertu de l'article 213 du Code de la sécurité sociale, le remboursement devant également être considéré comme une prestation.

La CNAP a soulevé trois arguments pour refuser le remboursement:

1. Elle invoque pour refuser le remboursement des cotisations prévu à l'article 213 du Code de la sécurité sociale, la primauté du Règlement (CE) n°883/2004, norme hiérarchiquement supérieure aux dispositions du Code de la sécurité sociale luxembourgeois.

Il résulte cependant du libellé de l'article 57, alinéa 1, que le Règlement (CE) n°883/2004 n'a pas entendu préjudicier aux droits résultant d'une législation nationale et revenant aux assurés sur la base de leurs seules périodes d'assurance inférieures à une année. Le texte communautaire n'a pas entendu retirer des droits conférés par le droit interne.

Précisément du fait que cet article se réfère expressément à la législation nationale dont il réserve l'application, il n'y a pas de contradiction entre les deux textes et aucun argument ne peut être tiré de la prééminence du droit communautaire sur les règles de droit interne.

2. La CNAP soulève en outre que les conditions de l'article 213 du Code de la sécurité sociale ne seraient pas remplies en l'espèce étant donné qu'un remboursement

des cotisations sociales ne serait possible qu'à défaut d'accomplissement du stage de 120 mois. La CNAP considère que la réclamante remplirait ce stage par voie de totalisation de toutes les périodes d'assurance accomplies par l'intéressée dans les Etats membres et que l'article 213 sus-visé ne trouverait donc pas application.

Effectivement, aux termes de l'article 213 du Code de la sécurité sociale, les cotisations ne sont remboursées sur demande qu'à l'assuré qui ne remplit pas la condition de stage de 120 mois prévue à l'article 183. La question se pose cependant de savoir si en l'espèce, la CNAP peut procéder dans son chef à une totalisation des périodes d'assurance accomplies dans les autres Etats membres.

La durée des périodes accomplies par la réclamante sous la législation luxembourgeoise étant inférieure à une année, il est fait application de l'article 57, alinéa 1 du Règlement (CE) n°883/2004. Par conséquent, les périodes d'assurance inférieures à une année sont soustraites à la technique de la totalisation. La CNAP n'accorde pas de pension de vieillesse et ne procède donc à aucun calcul de pension. Il n'y a pas lieu de procéder à une totalisation pour compléter les périodes d'assurance inférieures à une année.

3. La CNAP soulève également que le travailleur migrant ne serait pas discriminé par rapport au travailleur sédentaire qui est en droit de bénéficier d'un remboursement des cotisations du fait que lesdites périodes inférieures à une année sont prises en compte par les institutions des autres Etats membres.

Ces dernières recourent à la totalisation des périodes d'assurance pour déterminer si un intéressé a droit à une prestation et pour déterminer le calcul théorique de la pension, mais non pas pour le calcul de la pension à verser effectivement. Elles ne sont pas tenues de payer des pensions sur la base de cotisations qui ne leur ont pas été versées.

La CNAP a maintenu sa position et a refusé le remboursement des cotisations. La médiateure est en attente d'une prise de position de l'Inspection générale de la sécurité sociale à qui elle a transmis le dossier.

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

Indemnités de chômage

La médiateure a été saisie d'une réclamation à l'encontre de l'Agence pour le développement de l'Emploi (ci-après ADEM) par un réclamant qui se voyait refuser l'octroi des indemnités de chômage en raison de la nature temporaire de son autorisation de séjour de type « vie privée ». L'intéressé, ressortissant d'un pays tiers, était arrivé au Grand-Duché dix ans plus tôt en demandant l'octroi de la protection internationale. Débouté de sa demande, il a toutefois bénéficié d'un sursis à l'éloignement à quatre reprises en raison de son état de santé.

A partir de l'année 2012, l'intéressé a reçu une autorisation de séjour de type « vie privée » ainsi qu'une autorisation de travail.

En mars 2014, il s'est inscrit à l'ADEM et s'est vu conférer le statut de salarié handicapé.

Il a ensuite été mis fin à son contrat de travail, alors qu'il ne pouvait plus assurer son travail correctement en raison de son état de santé.

Quand il a demandé à pouvoir percevoir des indemnités de chômage, l'ADEM dans un premier temps lui répond qu'il n'a travaillé de manière légale que durant 14 semaines (ce qui était manifestement erroné) et dans un deuxième temps rectifie la motivation de sa décision et invoque que l'intéressé ne saurait prétendre à l'indemnité de chômage complet alors que par combinaison des articles L.622-5 du Code du Travail et 80 (2) de la loi modifiée du 29 août 2008 sur la libre circulation et l'immigration, il ne pouvait s'inscrire à l'ADEM parce qu'il détient un titre de séjour dont la validité est formellement limitée.

L'article L.622-5 du Code du Travail dispose que :

« Toute personne à la recherche d'un emploi peut s'inscrire comme demandeur d'emploi à l'Agence pour le développement de l'emploi, à condition d'être:

- Luxembourgeois, citoyen de l'Union européenne ou ressortissant d'un autre Etat partie à l'Accord sur l'Espace économique européen ou de la Confédération suisse, ou

- membre de famille tel que défini à l'article 12 de la loi modifiée du 29 août 2008 sur la libre circulation des personnes et l'immigration, ou
- ressortissant d'un pays tiers titulaire du statut de résident de longue durée, ou ressortissant d'un pays tiers disposant d'un titre de séjour en cours de validité ».

Par dérogation au paragraphe (1), ne peuvent pas s'inscrire les personnes visées à l'article 80, paragraphe (2) de la loi modifiée du 29 août 2008 sur la libre circulation des personnes et l'immigration, à l'exception des bénéficiaires d'une protection internationale.

L'article 80 en question dispose en ses paragraphes (1) et (2) que :

- «(1) Le ressortissant de pays tiers qui justifie sur le territoire du Grand-Duché de Luxembourg, d'un séjour régulier ininterrompu d'au moins cinq années précédant immédiatement l'introduction de la demande, peut demander l'obtention du statut de résident de longue durée.
- (2) Par dérogation au paragraphe (1) qui précède, le statut de longue durée n'est pas accordé au ressortissant de pays tiers, quelle que soit la durée de son séjour sur le territoire, qui:
- a) a un statut juridique régi par les dispositions de la Convention de Vienne de 1961 sur les relations diplomatiques, de la Convention de Vienne de 1963 sur les relations consulaires, de la Convention de Vienne 1969 sur les missions spéciales ou de la Convention de Vienne de 1975 sur la représentation des Etats dans leurs relations avec les organisations internationales de caractère universel;
 - b) est bénéficiaire du statut de réfugié au sens de la Convention de Genève de 1951 ou a demandé l'obtention de ce statut, mais dont la demande n'a pas encore fait l'objet d'une décision définitive;
 - c) est autorisé à séjourner sur le territoire en vertu d'une forme subsidiaire de protection ou d'une protection temporaire ou a demandé l'obtention d'un de ces statuts, mais dont la demande n'a pas encore fait l'objet d'une décision définitive;
 - d) séjourne sur le territoire exclusivement pour des motifs à caractère temporaire

en tant que travailleur saisonnier ou en tant que travailleur salarié détaché ou transféré, ou lorsque la validité de son titre de séjour est formellement limitée;

- e) séjourne sur le territoire à des fins d'études ou de formation professionnelle.

[...] »

L'ADEM estime que l'intéressé disposant d'un titre de séjour dont la validité est formellement limitée ne pourra pas s'inscrire à l'ADEM, ni bénéficier des indemnités de chômage.

L'autorisation de séjour en question est accordée pour une période bien définie, les dates de début et de fin étant indiquées expressément.

Il ressort des travaux parlementaires concernant la loi du 29 août 2008 et plus précisément de l'avis du Conseil d'Etat ce qui suit à propos de l'article 80:

« Certaines catégories de ressortissants de pays tiers se trouvent cependant exclues du bénéfice de ce statut (statut de résidence de longue durée), conformément aux dispositions de l'article 3, paragraphe 2 de la directive. Y sont aussi visées des catégories de ressortissants de pays tiers bénéficiant d'une autorisation de séjour dans les conditions prévues par le projet de loi: il s'agit des catégories de personnes visées par les articles 47, 48, 56, 58, 60 et 61. Les personnes visées à l'article 62 sont également exclues, leur titre de séjour étant formellement limité ». (Ces articles visent les domaines suivants: transfert de salarié, détachement, admission dans un établissement d'enseignement supérieur, étudiant qui poursuit une partie de ses études au Grand-Duché, échange dans le cadre d'échanges d'élèves, stage de formation et programme de volontariat.)

Dans ce commentaire de l'article 80, le type d'autorisation de séjour dont dispose l'intéressé, à savoir l'autorisation de séjour de type vie privée délivrée pour raisons médicales n'est pas citée, quand bien même le titre de séjour indique formellement une durée de validité.

La médiatrice s'est donc adressée au ministre des affaires étrangères et européennes pour lui demander si, selon lui, l'intéressé est à considérer comme étant visé par l'article 80 (2) d), ce que le ministre a confirmé en indiquant que selon lui, l'intéressé s'est vu

attribuer un titre de séjour pour raisons médicales, titre de séjour formellement limité dans le temps et de ce fait visé par l'article 80, paragraphe (2) point d) de la loi précitée.

La médiatrice s'est par la suite adressée au ministre du Travail de l'Emploi et de l'Economie sociale et solidaire. En effet, le déroulement des événements tel qu'il a eu lieu lui semblait critiquable. L'ADEM a autorisé l'inscription de l'intéressé en tant que demandeur d'emploi. Cette inscription a permis l'octroi du statut de travailleur handicapé. L'intéressé a cru qu'il bénéficierait des indemnités de chômage le temps de retrouver un emploi adapté à ses capacités physiques ce qui n'est finalement pas le cas, puisque l'ADEM est revenue sur le principe même de son inscription.

La médiatrice se pose la question de savoir si cette décision de refus d'inscription et d'octroi des indemnités de chômage ne constitue pas une discrimination. En effet, le seul fait pour l'intéressé de disposer d'un titre de séjour mentionnant expressément qu'il pourra travailler de telle à telle date entraînerait une différence de traitement par rapport à une personne qui dispose d'un titre de séjour ne le précisant pas et ce quand bien même ces deux personnes ont travaillé et ont payé leurs cotisations sociales. La médiatrice se pose la question de savoir si toutes deux ne devraient pas avoir droit aux prestations contributives que constituent les allocations de chômage.

En l'espèce, l'Etat luxembourgeois a donné à l'intéressé une autorisation de séjour et une autorisation de travail, en raison de laquelle ce dernier s'est acquitté des cotisations sociales, mais sans avoir eu droit au bénéfice des indemnités de chômage comme toute autre personne séjournant au Grand-Duché et y travaillant en toute légalité.

Les textes applicables en l'espèce ont pour conséquence une différence de traitement fondée sur le statut « expressément temporaire » du séjour qui, aux yeux de la médiatrice, pourrait se heurter à l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales qui interdit les discriminations et qui dispose que:

« La jouissance des droits et libertés reconnus dans la présente Convention doit être assurée, sans distinction aucune, fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, la langue, la religion, les opinions politiques

ou toutes autres opinions, l'origine nationale ou sociale, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance ou toute autre situation ».

La médiatrice est revenue sur l'affaire auprès du ministre pour lui demander la justification de la différence de traitement évoquée.

Le ministre est d'avis qu'à moins de remettre en question le principe même des distinctions opérées entre les citoyens de l'Union européenne, les membres de famille et les ressortissants d'un pays tiers dans le cadre de la loi modifiée du 29 août 2008 sur la libre circulation et l'immigration, il n'y a pas de discrimination en raison du contexte légal et réglementaire.

La médiatrice estime que les textes en vigueur sont constitutifs d'une discrimination.

La médiatrice n'a à ce jour pas obtenu de réponse claire quant à la différence de traitement en ce qui concerne le droit aux indemnités de chômage entre le salarié luxembourgeois qui a droit au chômage et le salarié ressortissant d'un pays tiers légalement présent sur le territoire et autorisé à travailler. La médiatrice a sollicité une entrevue avec le ministre de l'Immigration et de l'Asile afin d'aborder le problème des autorisations de séjour temporaires.

La médiatrice a été saisie par deux demandeurs d'emploi qui se sont vu refuser des indemnités de chômage, l'ADEM n'ayant considéré aucun des deux comme sans emploi ni comme disponibles pour le marché de l'emploi.

Un réclamant était en train de mettre sur pied une activité de gestion d'immeubles avec sa partenaire. L'entreprise exploitée sous la forme d'une société à responsabilité limitée n'en était qu'à ses débuts et le réclamant n'en tirait encore aucun revenu. C'est pourquoi, il était toujours à la recherche d'un emploi à plein temps qu'il croyait pouvoir occuper parallèlement à son entreprise moyennant quelques aménagements.

Au cours des entretiens d'embauche, le réclamant ne cachait pas cette activité, ce qui amena des employeurs potentiels à faire savoir à l'ADEM que le candidat n'était pas suffisamment disponible pour occuper un emploi chez eux. Pour ce motif, l'ADEM lui retira ses

indemnités de chômage. Le réclamant fut par la suite entretenu par sa compagne de vie.

Peu après, celle-ci perdit elle aussi son emploi à plein temps. Sa demande d'indemnités de chômage fut également rejetée par l'ADEM au motif qu'elle disposait d'un emploi en tant que gérante de la société à responsabilité limitée, fonction à laquelle elle avait été nommée dans les statuts de la société.

La question s'est donc posée de savoir si la réclamante, par cette nomination, disposait d'un véritable emploi. Avant d'être licenciée, elle poursuivait une activité professionnelle à plein temps en tant que salariée sans que sa nomination en tant que gérante n'y constitue un obstacle. C'est son partenaire qui s'occupait principalement de la société, occupation qui pour lui encore ne constituait tout au plus qu'un travail à temps partiel.

Selon la médiatrice, c'est au vu d'une activité réellement exercée d'une certaine importance et non pas sur la base d'une nomination statutaire qu'il y a lieu de déterminer si un demandeur d'emploi est disponible pour le marché de l'emploi. Personne ne se voit refuser l'indemnité de chômage en raison d'une activité d'entraîneur d'une équipe de football d'un petit village ou d'une activité de dirigeant d'une petite fanfare.

L'ADEM a cependant pu se référer à un jugement du Conseil arbitral de la sécurité sociale qui a rejeté une demande d'indemnités de chômage en raison des fonctions de gérant assumées par un demandeur sans que ce jugement n'ait analysé l'étendue réelle de cette activité ni fait état des revenus qui en ont été tirés.

Le dossier des réclamants est actuellement pendant auprès du Conseil arbitral de la sécurité sociale.

En mai 2014, Monsieur N. s'est adressé à la médiatrice en raison d'un litige avec l'ADEM.

Monsieur N. a perçu des indemnités de chômage du mois d'avril 2013 jusqu'au 1^{er} octobre 2013. Il est affilié au CCSS en tant que travailleur indépendant bénéficiant d'une dispense de versements de cotisations en raison de l'absence de revenus dégagés en

tant qu'indépendant. Monsieur N. déclare ne jamais avoir utilisé son autorisation de commerce en raison de revenus insuffisants pour établir un commerce. Il a informé son conseiller professionnel à l'ADEM dès son inscription en tant que demandeur d'emploi de son statut.

En juin 2013, l'ADEM l'avise de son droit à l'indemnisation de chômage complet à partir du mois d'avril 2013 jusqu'au mois d'avril 2014, soit pendant 1 an.

A partir du mois d'octobre 2013, Monsieur N. n'a toutefois plus perçu d'indemnités de chômage et s'est adressé à l'ADEM pour en connaître les motifs. On lui aurait expliqué que l'arrêt de versement des indemnités de chômage s'explique par le fait que l'ADEM ne croit pas qu'il est sans emploi. Monsieur N. affirme qu'on ne lui aurait jamais expliqué la raison qui a amené l'ADEM à affirmer qu'il n'est pas sans emploi.

Monsieur N. n'a en effet été averti de cette décision de l'ADEM par écrit qu'en mars 2014, suite à l'intervention de son avocat. Monsieur N. a donc été dépourvu de tout moyen de recours pendant une période de 6 mois.

La médiatrice est intervenue auprès de l'ADEM en se référant à l'article 9 du règlement grand-ducal du 8 juin 1979 relatif à la procédure à suivre par les administrations relevant de l'Etat et des communes. Cette disposition prévoit que « sauf s'il y a péril en la demeure, l'autorité qui se propose de révoquer ou de modifier d'office pour l'avenir une décision ayant créé ou reconnu des droits à une partie, ou qui se propose de prendre une décision en dehors d'une initiative de la partie concernée, doit informer de son intention la partie concernée en lui communiquant les éléments de fait et de droit qui l'amènent à agir ».

La médiatrice estime qu'en l'espèce, la façon de procéder de l'ADEM viole les dispositions prévues du prédit règlement, dans la mesure où l'intéressé n'a pas été informé préalablement de la décision d'arrêter le versement de ses indemnités de chômage.

Le non-respect de cette formalité revient à priver la personne concernée de son droit de défense. Si le réclamant avait été informé préalablement de cette décision, et si elle avait été motivée, il aurait eu la possibilité de

prouver qu'il n'avait pas de revenu, soit de renoncer à son autorisation de commerce.

D'après deux jurisprudences, la violation de cette disposition encourt l'annulation de la décision administrative (Tribunal administratif, 30 septembre 2013, numéro du rôle: 31302 et Cour administrative, 29 septembre 2011, numéro du rôle: 28377C).

L'ADEM s'est justifié en disant que Monsieur N. a été informé oralement de la prise de décision de clôture de son dossier chômage au 1er octobre 2013. Il est certain que le fait d'avertir une personne de la clôture de son dossier ne remplace pas la communication de fond de ce que cela signifie. Tel est le cas en l'absence d'éléments de fait et de droit amenant l'administration à prendre une décision préjudiciable pour l'administré. La décision préjudiciable pour l'administration n'a pas été motivée ni en fait ni en droit.

Au cours de son intervention, la médiatrice a appris que l'ADEM a pris ladite décision sans avoir disposé d'éléments nouveaux dans le dossier, ce qui lui paraît tout à fait incohérent. D'après le point de vue de la directrice de l'ADEM, les services de l'ADEM auraient accordé une faveur au réclamant en lui payant les indemnités jusqu'au mois d'octobre.

Afin de trouver une solution à l'amiable, la médiatrice a invité l'ADEM à assumer sa responsabilité en versant les indemnités de chômage à Monsieur N. pour les mois au cours desquels il était privé de son droit de recours.

En fin de compte, un accord partiel a pu être trouvé. L'ADEM a décidé de verser à Monsieur N. les indemnités de chômage pour la période du 2 au 31 octobre 2013, alors qu'après cette date, il ne remplissait plus les conditions pour pouvoir en bénéficier. En effet, il persiste une divergence de vue entre l'ADEM et le réclamant quant à la date de la dernière présentation de celui-ci à l'ADEM: La banque des données de l'ADEM renseigne comme dernier jour de présentation du réclamant à l'ADEM la date du 30 octobre 2013. Le réclamant affirme qu'il était aux bureaux de l'ADEM à la fin du mois de novembre 2013 et au début du mois de décembre 2013 et qu'il aurait ensuite cessé de s'y présenter. Il n'aurait pas été mis au courant de la possibilité de se présenter régulièrement aux bureaux de l'ADEM malgré la clôture de son dossier, qu'il a considérée comme étant définitive.

Après avoir reçu la décision écrite de l'arrêt de son droit au chômage datée du 3 mars 2014, Monsieur N. s'est immédiatement réinscrit à l'ADEM et s'est présenté aux rendez-vous avec son placeur. Le réclamant aurait pris cette décision grâce à la recommandation de se présenter aux bureaux de placement annexée à la décision. Ce comportement laisse supposer que Monsieur N. n'a compris qu'il peut continuer à se présenter aux bureaux de placement que lors de la réception de la décision écrite.

En raison de ce qui précède, la médiatrice a suggéré à l'ADEM de veiller systématiquement à ce qu'une information complète écrite et orale soit assurée à chaque clôture d'un dossier. Cette façon de procéder aurait l'avantage d'éviter des problèmes similaires à l'avenir.

Aide au réemploi

La médiatrice a été saisie par une dame qui a travaillé pendant près de 21 ans pour une banque établie à Luxembourg avant d'être licenciée dans le cadre d'un plan social. Vu son ancienneté et son âge, elle aurait pu bénéficier de 12 mois de préavis légal et de 10 mois de préavis complémentaire (en vertu du plan social). Or elle a préféré retrouver rapidement un emploi.

Après avoir été au chômage pendant 8 mois, la dame a en effet trouvé un poste adapté, mais moins bien rémunéré que son poste auprès de la banque. Pour cette raison, elle a demandé l'aide au réemploi qui lui a été accordée.

Peu de temps après avoir commencé son nouveau poste, elle a passé et réussi l'examen pour un poste d'expéditionnaire auprès d'une administration communale. La dame a expliqué qu'avant d'accepter l'emploi d'expéditionnaire, elle se serait renseignée auprès de l'ADEM afin de s'assurer qu'elle pouvait toujours bénéficier de l'aide au réemploi étant donné qu'elle devait faire un stage de deux ans pendant lequel elle était rémunérée comme stagiaire. Son ancienneté ne serait prise en compte pour le calcul de sa rémunération qu'après les deux ans de stage.

Elle aurait téléphoné plusieurs fois à l'ADEM où les collaborateurs du Contact Center lui auraient confirmé qu'elle pouvait continuer

à bénéficier de l'aide au réemploi à son nouveau poste.

Estimant pouvoir continuer à bénéficier de l'aide au réemploi sur base des informations reçues lors de ses entretiens téléphoniques avec les collaborateurs du Contact Center de l'ADEM et de ses recherches sur internet, la dame a démissionné de son emploi précédent et a accepté le poste d'expéditionnaire.

Or, après avoir commencé son travail auprès de son nouvel employeur, la réclamante a reçu une lettre de l'ADEM, l'informant qu'elle n'aurait dorénavant plus droit à l'aide au réemploi. Surprise, elle a contacté l'ADEM qui lui aurait confirmé qu'un fonctionnaire, même stagiaire, ne peut pas bénéficier de l'aide au réemploi.

Il n'a pas pu être établi à l'exclusion de tout doute si la dame a effectivement reçu des informations erronées de la part des collaborateurs de l'ADEM ou s'il y avait un malentendu. En fait un fonctionnaire, même stagiaire ne peut pas bénéficier de l'aide au réemploi, alors que le règlement grand-ducal modifié du 17 juin 1994 fixant les modalités et conditions d'attribution, entre autres, de l'aide au réemploi vise les salariés et non pas les fonctionnaires. Cette interprétation a par ailleurs été confirmée par la jurisprudence.

Après vérification, la médiatrice a constaté que tous les sites internet sur lesquels une personne concernée est susceptible de se renseigner parlent de « salarié », « activité salariale », « emploi » et « salaire ». Etant donné que par le passé la médiatrice a été contactée plusieurs fois par des personnes qui ne savaient pas que les fonctionnaires sont exclus de l'aide au réemploi, il fallait estimer que les informations données sur les sites internet et fiches d'information mériteraient d'être clarifiées. Les personnes qui ne sont pas familiarisées avec les termes juridiques ne peuvent pas forcément comprendre qu'un fonctionnaire n'est pas un salarié et ne peut en tant que tel pas bénéficier de l'aide au réemploi.

La médiatrice a donc demandé à l'ADEM de clarifier les informations données au public à ce sujet.

L'ADEM a répondu qu'elle avait immédiatement rappelé aux collaborateurs de son Contact Center que les fonctionnaires ne pouvaient pas bénéficier de l'aide au réem-

ploi. Or, ces agents avaient de toute façon comme instruction d'énoncer uniquement les conditions permettant le cas échéant de bénéficier d'une aide. Ils ne seraient pas censés se prononcer sur l'octroi ou le refus d'une aide.

En ce qui concerne toutefois les informations accessibles sur le site internet ou les fiches d'information, l'ADEM serait en train d'étudier la question. Actuellement, seulement les conditions donnant droit à une aide sont énumérées. Rajouter que les fonctionnaires ne peuvent pas bénéficier de l'aide au réemploi reviendrait à indiquer sous quelles conditions l'aide n'est pas accessible et la question se pose s'il ne faudrait alors pas rajouter d'autres cas ne donnant pas droit à l'aide. La liste risquerait de ne pas être exhaustive et de susciter ainsi d'autres interrogations ou malentendus.

D'une manière générale, la médiatrice constate que souvent les formulaires ou informations données sur les sites internet des administrations, non seulement de l'ADEM, ne sont pas claires. Les usagers risquent de se tromper sur des informations données ou n'arrivent pas à correctement remplir un formulaire.

Ainsi, la médiatrice suggère aux administrations de revoir régulièrement leurs formulaires et sites internet et de les compléter, voire simplifier, le cas échéant.

Contrat d'appui-emploi

La médiatrice a été saisie par une réclamante qui est tombée enceinte durant son contrat d'appui-emploi (CAE) qu'elle avait conclu avec l'ADEM pour une durée d'une année. La question qui s'est posée dans ce dossier a été de déterminer l'étendue des droits au congé de maternité dus à la réclamante.

Suivant l'ADEM, son congé de maternité aurait pris automatiquement fin à l'expiration de son CAE. Elle qualifie les jeunes en CAE d'« agents occupés par l'Etat », ce qui lui permet de ne pas déduire de leur salaire la retenue de 0,25 % à titre de cotisation pour prestations en espèces. Du fait que ceux-ci ne sont pas bénéficiaires d'un contrat de travail mais d'une mesure, l'ADEM considère que la pratique de la prolongation automatique du contrat durant le congé de maternité ne leur est pas applicable.

Il n'en reste pas moins que cette vue des choses va à l'encontre d'un principe de base de la législation sociale selon lequel toute personne poursuivant une occupation professionnelle (y compris un apprenti) est obligatoirement assurée contre tous les risques en matière de sécurité sociale (maladie et maternité, accident du travail et maladie professionnelle).

Certes, le CAE ne constitue pas un contrat de travail, car l'article L.543-6 du Code du travail en exclut l'application des dispositions du titre II du livre premier de ce code. Aux termes de l'article L.543-11 (4) cependant, l'indemnité versée au bénéficiaire d'un CAE est soumise « aux charges sociales et fiscales prévues en matière de salaires ». L'indemnité serait donc à soumettre au régime de cotisation des salaires et non pas à celui d'un revenu de remplacement comme l'indemnité de chômage.

En fait, les bénéficiaires d'un CAE dont le congé de maternité prend fin à l'expiration de leur contrat se trouvent désavantagés tant par rapport aux salariés du secteur privé que par rapport aux agents du secteur public.

Pour les salariées soumises aux dispositions du Code de la sécurité sociale, l'article 25, alinéa 1^{er} détermine les conditions relatives à l'affiliation qui doivent être remplies pour avoir droit au congé de maternité. Cet article mentionne comme condition une affiliation obligatoire pendant six mois au moins au titre de l'article 1, points 1 à 5 et point 7 du Code de la sécurité sociale au cours de l'année précédant le congé de maternité. Pour une assurée salariée qui remplit cette condition, le droit aux indemnités de maternité subsiste nonobstant l'expiration de son contrat de travail.

Les employées de l'Etat en congé de maternité ne sont pas désavantagées non plus à cet égard: il est de pratique courante que l'Administration du personnel de l'Etat prolonge automatiquement leur contrat de travail à durée déterminée jusqu'à la fin de leur congé de maternité.

L'approche minimaliste de l'ADEM est discutable.

La médiatrice est d'avis qu'il faut suivre le principe général de notre système de sécurité sociale suivant lequel toute personne exerçant une occupation doit obligatoirement être assurée contre tous les risques

en matière de sécurité sociale y compris la maternité. Au cas où cette conception ne devrait pas prévaloir, l'administration devrait indiquer clairement les droits rattachés au CAE dans ses prospectus d'information et autres publications.

Commission Spéciale de Réexamen

En vertu des dispositions de l'article L.527-1 du Code du Travail, les décisions de refus ou de retrait de l'indemnité de chômage complet peuvent faire l'objet d'une demande en réexamen auprès de la Commission spéciale de réexamen (CSR).

La médiatrice est régulièrement saisie par des personnes qui attendent depuis longtemps que la CSR statue sur leur recours. Il est pourtant indispensable de fixer un délai fût-ce par règlement interne voire de renforcer le personnel de ce service si c'était la raison effective de ce retard.

Monsieur B. s'est inscrit en tant que demandeur d'emploi à l'ADEM en septembre 2012 en raison d'un reclassement externe.

Il a perçu des indemnités de chômage complet jusqu'au 1^{er} octobre 2013. L'ADEM a décidé le 15 novembre 2013 qu'il n'aurait plus droit aux indemnités de chômage complet au-delà du 1^{er} octobre 2013.

Monsieur B. a introduit un recours auprès de la CSR contre cette décision de l'ADEM. La CSR a accusé réception de ce recours à la fin du mois de novembre.

Lorsque Monsieur B. s'est adressé à la médiatrice en juin 2014, il était toujours dans l'attente d'une décision. La médiatrice est d'avis que ce délai d'attente est complètement inacceptable.

Elle s'est adressée au Président de la CSR pour lui demander de faire parvenir une décision au réclamant dans les meilleurs délais. Le Président a très rapidement réagi au courrier de la médiatrice, alors que la CSR avait déjà décidé en mars 2014 de confirmer la décision de la directrice de l'ADEM concernant la fin des droits de Monsieur B. aux indemnités de chômage.

La médiatrice a appris lors d'une entrevue avec le Ministre du Travail, de l'Emploi et de l'Economie sociale et solidaire que la CSR est

insuffisamment équipée en personnel pour rédiger toutes les décisions prises par la CSR dans un délai raisonnable. Par conséquent, la médiatrice ne peut qu'exiger de renforcer cette équipe pour éviter un afflux de réclamations concernant ces délais exorbitants.

Monsieur L. s'est adressé à la médiatrice en juillet 2014, également en raison d'une lenteur administrative de la part de la CSR.

Monsieur L. a introduit un recours auprès de la CSR contre une décision de l'ADEM en septembre 2013. Il a reçu un accusé de réception peu de temps après l'introduction de son recours.

Suite à l'intervention de l'avocat de Monsieur L., la CSR l'a informé qu'une décision avait été prise et que celle-ci lui parviendra prochainement. Vers la fin du mois de juillet 2014, lorsque Monsieur L. a contacté la médiatrice, la décision ne lui était toujours pas parvenue.

La médiatrice a prié Monsieur le Président de la CSR de faire parvenir sa décision dans les meilleurs délais à Monsieur L. Le Président a rapidement réagi au courrier de la médiatrice, en informant le réclamant 2 jours plus tard de la décision prise par la CSR en date du 26 novembre 2014. Le délai d'attente de Monsieur L. ayant été de 10 mois à partir de la date d'introduction de son recours, la médiatrice constate qu'au cours de 8 sur ces 10 mois la décision était déjà prise. La médiatrice ne peut que rappeler la nécessité de renforcer l'équipe de la CSR.

C. Caisse nationale des prestations familiales (CNPF)

Les relations entre la CNPF et le Secrétariat de la médiatrice sont bonnes et la plupart des dossiers peuvent être réglés rapidement. Certains dossiers, notamment en matière de congé parental, ont cependant occupé la médiatrice plus longtemps au cours de l'année passée.

Congé parental

La médiatrice a été saisie de plusieurs dossiers concernant le refus d'un congé parental au motif que l'employeur du demandeur

n'était pas légalement établi au Grand-Duché de Luxembourg. En effet, l'article L. 234-43 (1) du Code du Travail prévoit que « (...) Peut prétendre au congé parental toute personne, ci-après appelée « le parent », pour autant qu'elle

- est domiciliée et réside d'une façon continue au Luxembourg, ou relève du champ d'application des règlements communautaires;
- est occupée légalement sur un lieu de travail situé sur le territoire du Grand-Duché de Luxembourg au moment de la naissance ou de l'accueil du ou des enfants à adopter, ainsi que sans interruption pendant au moins douze mois continus précédant immédiatement le début du congé parental, auprès d'un même employeur légalement établi au Grand-Duché de Luxembourg, moyennant contrat de travail ou d'apprentissage, pour une durée mensuelle de travail au moins égale à la moitié de la durée normale de travail applicable dans l'entreprise en vertu de la loi ou de la convention collective de travail et est détenteur d'un tel contrat pendant toute la durée du congé parental;
- est affiliée obligatoirement et d'une manière continue à l'un de ces titres en application de l'article 1^{er}, alinéa 1, sous 1,2, et 10 du Code des assurances sociales; (...) »

Les réclamants vivaient au Luxembourg, travaillaient au Luxembourg et étaient affiliés au Luxembourg. Mais les employeurs étaient établis à l'étranger, soit en Belgique, soit aux Pays-Bas. Du fait de leur affiliation au Luxembourg, les personnes concernées n'avaient aucun droit à un congé parental en Belgique ou aux Pays-Bas.

L'affiliation de ces personnes au Centre commun de la Sécurité sociale n'a pas été remise en question. Les cotisations étaient entièrement payées au Luxembourg. Les personnes concernées cotisaient donc de la même manière que toute autre personne travaillant au Luxembourg. Il était ainsi illogique que les avantages sociaux qui sont liés à l'affiliation au Luxembourg soient refusés à ces personnes. Il était par ailleurs également illogique que les personnes concernées puissent d'un côté bénéficier d'une allocation d'éducation alors que le congé parental ne pouvait pas leur être accordé.

Tout en étant consciente du fait que la CNPF avait fait une application correcte des textes légaux (en vertu de l'article L.234-43 (1) du Code du travail l'employeur doit en effet être légalement établi au Grand-Duché de Luxembourg), la médiatrice était persuadée que le refus du congé parental à ces personnes était contraire au droit communautaire.

L'un des objectifs principaux de la directive 2010/18/UE du Conseil du 8 mars 2010 portant application de l'accord-cadre révisé sur le congé parental conclu par BUSINESSEUROPE, l'UEAPME, le CEEP et la CES et abrogeant la directive 96/34/CE est de permettre aux travailleurs de mieux concilier leurs obligations professionnelles et familiales. La clause 1 point 2 de l'accord-cadre révisé dispose que : « Le présent accord s'applique à tous les travailleurs, des hommes ou femmes, ayant un contrat ou une relation de travail définie par la législation, des conventions collectives et/ou la pratique en vigueur dans chaque État membre ».

L'accord-cadre vise donc expressément tous les travailleurs ayant un contrat de travail ou une relation de travail. La clause 2 de l'accord-cadre indique que les prescriptions minimales de l'accord doivent être respectées par les États membres. En vertu de la clause 3 sous b), les États membres peuvent subordonner le droit au congé parental à une période de travail et/ou une période d'ancienneté qui ne peut dépasser un an. L'accord ne pose pas de conditions quant à l'établissement de l'employeur dans l'État membre concerné.

Par ailleurs, la Cour de Justice de l'Union européenne a jugé dans une affaire Hliddal et Bornand (C-216/12 et C-217/12) par un arrêt du 19 septembre 2013 « qu'une indemnité de congé parental, telle que celle instituée par la législation luxembourgeoise, constitue une prestation familiale » au sens du règlement 1408/71 (qui a été remplacé par le Règlement 883/2004).

Les réclamants pouvaient bénéficier des allocations familiales luxembourgeoises. Or si l'allocation de congé parental est à considérer comme une prestation familiale, ces personnes devraient logiquement également pouvoir bénéficier de l'allocation de congé parental.

Suite à cette argumentation de la médiatrice, la CNPF a affirmé qu'en raison du jugement

de la Cour de Justice de l'Union européenne dans l'affaire Hliddal et Bornand, la législation en matière de congé parental devait certainement être modifiée, mais que pour l'instant aucune disposition légale ne permettait à la CNPF d'accorder le congé parental aux personnes dont l'employeur était établi à l'étranger.

Ce n'est que suite à une décision du Conseil supérieur de la Sécurité sociale qui a accordé le congé parental à un demandeur dans une affaire similaire que la CNPF a décidé d'accorder dorénavant le congé parental dans de telles situations, ceci sans attendre une modification de la législation en matière de congé parental. Les réclamants dont le dossier n'était pas encore clôturé et qui avaient déjà commencé leur congé parental sans avoir obtenu l'indemnité de congé parental, ont pu obtenir l'indemnité de congé parental de la part de la CNPF.

Un autre réclamant avait bien travaillé auprès d'un employeur établi au Luxembourg, mais il ne travaillait pas au moment où son enfant est né. Le réclamant avait travaillé au Luxembourg depuis 2007 de manière quasiment ininterrompue. Cependant, pendant un mois durant l'été 2010, il a été dépourvu d'un contrat de travail. Malheureusement son enfant est né pendant ce mois-là. Ainsi la condition de l'article L. 234-43 (1) du Code du travail, qui exige que le demandeur du congé parental ait été « occupé légalement sur un lieu de travail situé sur le territoire du Grand-Duché de Luxembourg au moment de la naissance », n'était pas remplie.

Étant donné que la CNPF a correctement appliqué la législation en vigueur et qu'aucune exception n'était prévue, la médiatrice n'a pas pu donner satisfaction au réclamant.

Un dossier similaire concernait une fonctionnaire luxembourgeoise qui avait été détachée par le Ministère des affaires étrangères et européennes à une institution de l'Union européenne à Bruxelles. Pour ce détachement, le Statut des fonctionnaires et autres agents des institutions européennes prévoit une affiliation obligatoire au système de sécurité sociale de l'Union européenne, même si l'agent continue à être domicilié dans le pays d'envoi. La fonctionnaire en question ne

pouvait donc pas rester affiliée à la sécurité sociale luxembourgeoise.

Etant donné toutefois que son enfant était né pendant le détachement, la CNPF a refusé le congé parental demandé par la fonctionnaire suite à sa réintégration au sein de son administration d'origine.

Malgré le fait que la CNPF avait fait une application correcte de la loi et que la fonctionnaire ne remplissait pas la condition de l'affiliation obligatoire à la sécurité sociale luxembourgeoise au moment de la naissance de son enfant, la médiatrice considérait que ce cas était particulièrement injuste et le préjudice de la réclamante particulièrement grave.

Le détachement s'était fait à la demande du Ministère des affaires étrangères et elle avait comme mission de représenter le Grand-Duché de Luxembourg au sein de l'institution européenne en question. Pendant son détachement, elle n'a pas pu prendre un congé parental. Il est regrettable qu'une personne qui accepte un tel poste pour représenter son pays subisse un préjudice personnel à son retour auprès de son administration d'origine, parce qu'elle ne peut pas bénéficier des avantages dont elle aurait pu bénéficier sans ce détachement.

Dans ce cas, la CNPF a également maintenu son refus du congé parental en expliquant que la législation actuelle ne permettait pas de l'accorder et qu'aucune exception n'était prévue.

Des entretiens ont eu lieu entre les responsables du Ministère des affaires étrangères et européennes et la CNPF. Or la CNPF ne voyait aucune possibilité pour accorder le congé parental. La CNPF a même demandé l'avis de l'Inspection générale de la sécurité

sociale qui a confirmé que le refus devait être maintenu.

Comme il n'y a certainement qu'un nombre très restreint de personnes qui sont susceptibles d'être concernées par cette problématique, la médiatrice s'est finalement adressée au ministre des affaires étrangères et européennes pour lui demander de prévoir, soit une solution au niveau du Ministère si de tels cas devraient se reproduire à l'avenir, soit de veiller à ce que cette situation soit réglée lors de la réforme du congé parental qui a été annoncée par le gouvernement.

Au cas où il ne serait pas possible de prévoir une exception dans la législation concernant le congé parental, les ministères concernés par la problématique devraient prévoir une indemnisation pour leurs agents qui se retrouveraient dans une telle situation.

Le ministre des affaires étrangères et européennes a répondu que, tout comme la médiatrice, il considère qu'un fonctionnaire ne peut subir une quelconque discrimination du fait qu'il assume un poste au niveau européen, de surcroît quand l'accès à ce poste dépend du statut de fonctionnaire.

Etant donné que l'affiliation au système de sécurité sociale des institutions européennes est obligatoire pendant un tel détachement, un maintien de l'affiliation à la sécurité sociale luxembourgeoise est malheureusement impossible.

Afin d'éviter qu'un autre agent du Ministère ne se retrouve dans une situation pareille à l'avenir, le ministre affirme que ses services prendront contact avec les départements chargés d'élaborer une nouvelle législation en cette matière pour qu'ils veillent à l'inclusion de dispositions spécifiques.



Partie 2



- 2.1. Recommandations de la médiatrice et suites y réservées par les autorités compétentes**
- 2.2. Recommandations et suggestions à la Chambre des députés, au Gouvernement et aux administrations**
- 2.3. Suggestions concernant l'amendement portant sur la loi du 22 août 2003 instituant un médiateur**



2.1 Recommandations de la médiatrice et suites y réservées par les autorités compétentes

La médiatrice constate que sur 50 recommandations faites depuis 2004, 25 n'ont pas été suivies d'effets.

Ce constat regrettable mérite une réflexion approfondie sur la façon dont le suivi de ces recommandations est assuré.

Parmi les suggestions concernant l'amendement de la loi de base de l'institution, il en existe une relative au délai de transposition des recommandations.

En ce qui concerne l'historique de la Recommandation 42, il est renvoyé au Rapport de 2013 à la page 77 et pour la Recommandation 45 à la page 80 et suivantes

Recommandation 42 et 45 Réponse

Le médiateur regrette de constater qu'au cours de l'année 2014, aucune suite effective ne semble avoir été réservée aux divers projets, que ce soit par les différents ordres et chambres professionnels ou par la FTI (Fédération luxembourgeoise des travailleurs intellectuels indépendants Asbl) dans son ensemble.

En mars 2014, je me suis renseignée sur l'état d'avancement du projet d'un service de médiation commun des membres de la FTI. J'ai été informée que l'instauration d'un service type « médiateur » au sein de la FTI a été abordée lors de l'assemblée générale de celle-ci. Il aurait été retenu qu'il faudrait diviser cette tâche entre une phase d'instruction et une phase de médiation/conciliation.

Selon le coordinateur, il aurait été retenu que l'Ordre des Avocats du Barreau de Luxembourg élabore une proposition de texte avec une telle procédure qui me sera présentée dès validation par le Conseil d'Administration de la FTI.

Ayant essayé à plusieurs reprises de me renseigner sur l'état d'avancement de ce projet,

j'ai appris fin 2014 qu'en raison de la Directive 2013/11/UE du Parlement européen et du Conseil du 21 mai 2013 qui impose à chaque Etat membre de mettre en place des entités extrajudiciaires de règlement amiable des litiges de consommation entre professionnels et consommateurs, la FTI avait suspendu tout travail sur le projet convenu.

Entretemps, le Projet de loi portant introduction du règlement extrajudiciaire des litiges de consommation dans le Code de la consommation et modifiant certaines autres dispositions du Code de la consommation a été déposé le 16 janvier 2015. Je salue le fait que le nouveau texte prévoit, dans l'intérêt du consommateur, la possibilité de régler un éventuel litige avec un professionnel en dehors du système judiciaire.

Je suis toutefois d'avis que toute instance de médiation en matière de consommation est vouée à l'échec si le recours à celle-ci reste volontaire pour la partie professionnelle.

Bien que la médiation soit habituellement volontaire pour toutes les parties, cette caractéristique d'une médiation conventionnelle 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, la nature des rapports contribue à ce que l'intérêt de résoudre un problème n'est jamais vécu de la même façon des deux côtés d'un litige donné. Il est nécessaire de prévoir des moyens d'incitation pour encourager la participation des professionnels à la médiation et cela d'autant plus que la situation du professionnel risque déjà d'être perçue comme privilégiée par rapport à celle de son client.

Je tiens à signaler qu'au cours de l'année 2014, le Secrétariat de la médiatrice a reçu de nombreuses réclamations à l'encontre de membres de plusieurs chambres et ordres professionnels indépendants, provenant notamment de clients de ces derniers.

En raison de ce qui précède, il est important que le projet de loi susmentionné offre des réponses adéquates à ces problèmes.

D'après une étude d'impact récente du Parlement européen dénommée « Rebooting the Mediation directive »: assessing the limited impact of its implementation and proposing measures to increase the number of mediations in the EU, le taux de satisfaction en médiation civile et commerciale est de 70% au niveau européen. Il me semble évident qu'un tel taux de satisfaction ne saurait être atteint par le règlement judiciaire des litiges.

Dans l'intérêt de la qualité des futures médiations en matière de consommation, je suis d'avis qu'il serait indispensable d'exiger un agrément spécifique de la part de tout médiateur, intervenant dans ce domaine. Finalement une formation spécifique en médiation de la consommation devrait être requise parmi les critères d'agrément.

En ce qui concerne l'historique de la Recommandation 49 relative à l'introduction d'un code (guide) de bonne conduite ainsi que sur les principes du service public, il est renvoyé au Rapport 2013 page 89

Recommandation 49

Réponse

Cette recommandation se base sur le « Code européen de bonne conduite administrative » qui a été approuvé par une résolution du Parlement européen C 50302/2001 du 6 septembre 2001. Il s'agit d'une synthèse des principes de bonne administration communément admis.

La plupart des Ombudsmans appliquent un code de bonne conduite administrative qu'ils ont eux-mêmes élaboré et publié. L'objet d'un tel code ne se limite pas à formuler des règles déontologiques s'appliquant personnellement aux agents publics mais consiste à présenter une vue systématique des critères d'évaluation de l'action de l'administration en tant que telle.

Il est important de souligner que ces principes de bonne administration constituent un droit flexible ('soft law') et supposent toujours une appréciation au cas par cas. C'est pourquoi une formulation de ces principes en tant

qu'obligations légales et précises est hors de question. Il n'est donc pas question de consacrer les principes proposés dans la Recommandation n° 49 dans un texte législatif ou réglementaire.

La médiatrice est d'avis que ces principes devraient néanmoins faire l'objet d'une reconnaissance officielle de préférence au niveau de la Chambre des députés.

En ce qui concerne l'historique de la Recommandation 50 concernant les conditions de recevabilité de la demande d'achat rétroactif de périodes d'assurance, il est renvoyé au Rapport 2013 page 93

Recommandation 50

Réponse

Monsieur le ministre de la Sécurité sociale a proposé de maintenir pour le moment la date-limite actuelle (l'âge de 65 ans). Il part de l'idée que normalement les affiliés introduisent leur demande en vue de l'octroi d'une pension de vieillesse avant d'atteindre l'âge de 65 ans et ainsi un recours à l'achat rétroactif resterait possible. En outre, la CNAP serait à la disposition des affiliés pour les informer de leurs droits à pension dès l'âge de 55 ans. En outre, une campagne de sensibilisation a été lancée en 2013 qui aurait amélioré l'information du public en matière d'achat rétroactif de périodes d'assurances.

La médiatrice n'entend cependant pas renoncer à cette recommandation. Certes, il n'est pas aisé de se faire une idée précise de l'ampleur du problème posé par cette date-limite auprès des assurés. Même si le nombre des personnes qui s'adressent à la médiatrice à ce sujet ne s'élève qu'à deux ou trois personnes par an, il peut néanmoins s'agir d'un problème de taille pour les personnes concernées.

Il n'en reste pas moins qu'à côté des assurés bien au courant des dispositions légales, il y a les autres, mal informés de leurs droits qu'il s'agit de protéger.

Monsieur le ministre a d'ailleurs invoqué la pratique suivie par la Caisse nationale d'Assurance de Pension (CNAP) qui accepte les demandes de rachat d'assurés introduites après l'âge de 65 ans (donc après la date-limite) à condition qu'une demande de

pension ait été introduite auparavant. Cette pratique favorable aux assurés n'est cependant pas conforme au texte légal. Si la CNAP elle-même a estimé nécessaire d'introduire dans sa pratique une dérogation à la date-limite, il faut en déduire qu'il est nécessaire de modifier le texte légal.

La prolifération dans notre législation de délais de forclusion souvent très brefs est probléma-

tique et recèle toujours un élément d'équité. Les personnes défavorisées pour lesquelles ces prestations ont précisément été créées sont aussi les moins bien informées. Le souci de simplification administrative exige de revoir ces délais de forclusion surtout ceux qui ne sont pas vraiment justifiés au niveau administratif comme le délai inscrit à l'article 174 du Code de la sécurité sociale.



2.2. Recommandations et suggestions à la Chambre des députés, au Gouvernement et aux administrations

1. Retour à meilleure fortune

Conformément à l'article 28 (1) a) de la loi du 29 avril 1999 portant création d'un droit à un revenu minimum garanti, le Fonds national de solidarité réclame les montants versés à titre d'allocation complémentaire contre le bénéficiaire revenu à meilleure fortune. Le Fonds national de solidarité interprète très largement cette notion. Suivant les termes employés par le ministère de la Famille et de l'Intégration, « toute attribution d'une somme-capital qui n'est pas un revenu professionnel » tombe sous cette notion de sorte qu'un réel enrichissement n'est même plus nécessaire.

L'allocation de dommages-intérêts en réparation d'un préjudice subi, le versement d'une rente d'accident en capital suite à une demande de rachat d'une rente viagère, le paiement d'un prix de vente en cas de cession d'un bien meuble donnent lieu au versement d'une « somme-capital » et constituent un retour à meilleure fortune sans qu'il n'y ait d'enrichissement. La médiatrice suggère que le législateur définisse plus restrictivement cette notion. Sous couvert d'être revenus à meilleure fortune, les bénéficiaires d'RMG sont en fait soumis à un régime d'incapacité de recevoir toute « somme-capital ».

2. Délai de prescription trentenaire

La médiatrice suggère que dans tous les cas d'application du délai de prescription trentenaire, l'administration applique dans ces demandes de remboursement ou de paiement un délai de prescription décennal en attendant la transposition de la recommandation n° 44 du 21 décembre 2010 relative à la réduction du délai de prescription de droit commun.

3. Couverture sociale en cas d'incapacité de travail

Le salarié a droit à une indemnité pécuniaire en cas d'incapacité de travail pour cause de maladie ou d'accident de travail. Or selon la jurisprudence actuelle qui est suivie par l'Administration du contrôle médical, seule « l'incapacité générale d'exercer tout travail rémunérateur »

est indemnisée à ce titre. Cette interprétation restrictive risque de jeter dans la précarité les salariés qui ont récupéré une certaine capacité de travail mais sont toujours hors d'état d'occuper leur poste de travail. Etant donné que la couverture sociale en cas d'incapacité de travail est une composante fondamentale de tout système de sécurité sociale, le législateur devrait examiner cette problématique et améliorer la prise en charge de ces salariés.

4. L'information des chômeurs indemnisés dans un délai acceptable de la fin de leurs droits

Dans le cadre d'un dossier, le réclamant n'a été averti par écrit que 6 mois après l'arrêt de versement des indemnités de chômage complet et suite à l'intervention de son avocat de sorte qu'il était privé de son droit de recours pendant cette période. La médiatrice a suggéré, comme l'année dernière, de veiller systématiquement à ce qu'une information complète écrite et orale soit assurée à chaque clôture d'un dossier. Une telle procédure serait conforme à l'article 9 du règlement grand-ducal du 8 juin 1979 relatif à la procédure à suivre par les administrations relevant de l'Etat et des communes. Cette disposition prévoit que « sauf s'il y a péril en la demeure, l'autorité qui se propose de révoquer ou de modifier d'office pour l'avenir une décision ayant créé ou reconnu des droits à une partie, ou qui se propose de prendre une décision en dehors d'une initiative de la partie concernée, doit informer de son intention la partie concernée en lui communiquant les éléments de fait et de droit qui l'amènent à agir ».

5. Respect d'un délai de réponse raisonnable par le Ministère de l'Éducation nationale, de l'Enfance et de la Jeunesse

La médiatrice suggère au Ministère de répondre dans un délai raisonnable à toutes les questions posées et de motiver les décisions qui doivent être communiquées dans un délai raisonnable alors qu'en attendant les personnes concernées ne peuvent ni comprendre ni réagir à une décision qui leur porte préjudice.

6. Détachement d'un fonctionnaire luxembourgeois - congé parental

Au cas où des fonctionnaires luxembourgeois sont détachés à un poste auprès d'une institution européenne ou internationale pour représenter le Grand-Duché de Luxembourg et ne peuvent pas rester affiliés au système de sécurité sociale luxembourgeois pendant ce détachement, la médiatrice suggère de modifier la législation en matière de congé parental en ce sens que la période de détachement est assimilée à une affiliation à la sécurité sociale luxembourgeoise.

S'il n'était pas possible de prévoir une telle exception en matière de congé parental, elle suggère aux ministères pouvant être concernés par la problématique de prévoir une solution pour leurs agents, comme par exemple une indemnisation comparable à l'indemnité de congé parental permettant à ces agents de prendre un congé parental indemnisé comme tout autre travailleur remplissant les conditions.

7. Formulaires et informations données par les administrations

La médiatrice constate que souvent les formulaires ou informations données sur les sites internet des administrations ne sont pas clairs ou incomplets. Les usagers risquent de se tromper sur des informations données ou n'arrivent pas à correctement remplir un formulaire.

Ainsi, la médiatrice suggère aux administrations de revoir régulièrement leurs formulaires et sites internet et de les compléter, voire les simplifier, le cas échéant.

8. Importance de la communication directe

Dans le cadre du traitement de ses dossiers, la médiatrice constate que la communication entre l'administration et les administrés mérite d'être améliorée. Pour cette raison, il serait bénéfique que les administrations soient prêtes à rencontrer les administrés à la médiation pour clarifier les faits. Il se trouve en effet que souvent les entretiens et les courriers sont sources de malentendus.

La médiatrice invite dès lors les administrations et notamment les communes à répondre positivement à une demande de rencontre ayant

pour but de clarifier des faits et de s'expliquer en vue d'une issue amiable d'un litige.

9. Le dispositif du reclassement interne et externe

- a) Aux termes de l'article L.515-5 paragraphe (2) du Code du travail « si, au terme de la durée légale de paiement de l'indemnité de chômage, y compris la durée de prolongation, le salarié visé à l'article L.551-1 n'a pu être reclassé sur le marché du travail, il bénéficie de l'indemnité d'attente ».

Suivant un arrêt de principe de la Cour de cassation du 2 juillet 2009 (n° 47/09), le terme de la durée légale de paiement de l'indemnité de chômage dont question à l'article L. 551 - 5 (2) ne constitue pas une condition auquel le paiement de l'indemnité d'attente est subordonné, mais indique seulement le point de départ du paiement de l'indemnité d'attente.

Le paiement d'indemnités de chômage ne peut donc constituer une condition à laquelle le versement de l'indemnité d'attente est soumis. Celle-ci ne peut être refusée à une personne bénéficiaire d'un reclassement externe qui n'a pas rempli les conditions pour l'octroi d'indemnités de chômage ni avant le reclassement externe ni après.

Il est évident que si le versement de l'indemnité d'attente est refusé faute d'attribution préalable d'indemnités de chômage, celle-ci est nécessairement érigée en condition sine qua non du versement de l'indemnité d'attente. La CNAP résiste à cette interprétation de l'arrêt de la Cour de cassation en maintenant que « pour obtenir une indemnité d'attente, il faut donc bien, à un moment ou un autre, avoir bénéficié d'indemnités de chômage ».

La médiatrice estime qu'il appartient au législateur de clarifier ce point.

- b) Il n'est pas rare que des assurés en congé de maladie prolongé se voient accorder sur avis du Contrôle médical une pension d'invalidité avec effet rétroactif.

En cas de reclassement interne, le salarié en congé de maladie reçoit en rem-

placement de son salaire des indemnités pécuniaires de maladie et continue de bénéficier de l'indemnité compensatoire versée par le Fonds pour l'emploi.

En cas d'indemnités pécuniaires versées par une caisse de maladie luxembourgeoise, les arrérages de pension d'invalidité seront assignés à la caisse de maladie conformément à l'article 190 al. 2 du Code de la sécurité sociale. Dans le même article, le législateur a prévu que le montant à rembourser à la caisse de maladie ne pourra pas dépasser le montant des arriérés de la pension d'invalidité.

Le Fonds pour l'emploi demande lui aussi le remboursement des indemnités compensatoires versées au salarié reclassé durant son congé de maladie dans la mesure où celui-ci se recoupe avec la période de rétroactivité de la pension d'invalidité.

La médiatrice suggère au législateur de prévoir que le montant maximal du remboursement prévu par l'article 190 al. 2 du Code de la sécurité sociale s'applique aussi aux demandes de remboursement des indemnités compensatoires du Fonds pour l'emploi et que les arrérages de pension d'invalidité dus pour la période en question constituent toujours le montant maximal à rembourser par le salarié.

- c) Le texte coordonné du Projet de loi portant modification du Code du travail et du Code de la sécurité sociale concernant le dispositif du reclassement interne et externe dans sa version du 10 juillet 2014 a modifié le paragraphe 2 de l'article 551-6 du projet de loi initial.

Suivant le projet de loi initial, « le salarié en reclassement professionnel interne qui perd son emploi pour une raison indépendante de sa volonté, est en droit de saisir la Commission mixte endéans les vingt jours à partir de la fin du contrat de travail en vue d'un reclassement professionnel externe ».

La nouvelle version écarte toute possibilité pour un salarié en reclassement interne ayant perdu son emploi d'obtenir un reclassement professionnel externe sauf le cas exceptionnel prévu à l'article

L. 125-1, paragraphe (1) du Code de travail (cessation des affaires de l'employeur).

En revanche, la nouvelle version maintient l'ancienne formulation pour le salarié en reclassement professionnel externe: s'il perd son nouvel emploi pour une raison indépendante de sa volonté, il garde son statut de personne en reclassement professionnel sous condition d'inscription dans un délai de vingt jours comme demandeur d'emploi auprès de l'ADEM.

Le salarié en reclassement interne qui perd son emploi est donc beaucoup moins bien traité que le salarié en reclassement externe se trouvant dans la même situation. Cette divergence de statut est discriminatoire.

Elle aboutit aussi à traiter la personne en reclassement interne moins bien qu'un travailleur susceptible d'être reclassé suivant les conditions de l'article L. 551-1, paragraphe 2, point 2 du Code de travail: « ... peut encore bénéficier d'un reclassement externe, le bénéficiaire de l'indemnité pécuniaire dont le contrat de travail a été résilié après la vingt-sixième semaine d'incapacité de travail pour un motif autre que celui prévu à l'article L.124-10 ou dont le contrat de travail a pris fin pour une autre cause indépendante de la volonté de l'assuré ... mais qui présente une incapacité pour exécuter les tâches correspondantes à son dernier poste de travail ».

La médiatrice suggère au législateur de réexaminer cette question pour voir si effectivement un alignement du statut du reclassé interne à celui du reclassé externe donne lieu à trop d'abus.

- d) Suivant la jurisprudence du Conseil supérieur de la sécurité sociale n° 2013/0171 du 15 novembre 2013, l'article L. 551-1, paragraphe 2, point 2 ouvrant le bénéfice du reclassement externe au bénéficiaire de l'indemnité pécuniaire ne s'applique pas en cas de licenciement intervenu avant la vingt-sixième semaine d'incapacité de travail. Dans la mesure où ce licenciement est intervenu pour un motif autre que celui prévu à l'article L.124-10, la médiatrice suggère de ne pas exclure ces personnes du reclassement.

- e) En cas de reclassement externe, l'indemnité compensatoire n'est due qu'à condition que la personne reclassée ait été assignée par les services de l'ADEM. Cette disposition est discriminatoire pour les personnes qui font des efforts personnels et parviennent à trouver un emploi par leurs propres efforts.

10. Longs délais concernant les avis du Service médical de l'Immigration

En ce qui concerne les longs délais d'attente en matière de sursis à l'éloignement, le Service médical de l'Immigration de la Direction de la Santé, qui analyse les certificats médicaux produits à l'appui des demandes, accuse un retard certain dans le traitement des dossiers en raison du nombre important de ceux-ci.

Dans un de ces dossiers, le ministre en charge de l'Immigration et de l'Asile a informé la médiatrice qu'il était intervenu auprès du ministre de la Santé afin de lui faire part de ce problème et pour que le nécessaire soit fait pour raccourcir le délai de traitement.

La médiatrice souhaite souligner la nécessaire rapidité de traitement de ce genre de dossier pour éviter tout inconvénient d'ordre médical aux demandeurs.

11. Nécessité de renforcer le nombre du personnel de la Direction de l'Immigration

Il est apparu à l'occasion d'un dossier de désistement de prise en charge, que la Direction de l'Immigration est confrontée à un nombre important de demandes en obtention de titre de séjour et de demandes assimilées, demandes que la Direction de l'Immigration ne traite pas avec la rapidité nécessaire en raison du manque d'effectif.

Dans le dossier en question, les personnes se sont adressées à plusieurs reprises à la Direction de l'Immigration par courriers et par téléphone et se sont rendues sur place, sans obtenir la moindre réponse concrète à leur question et ce pendant trois mois.

Bien que les services de la Direction de l'Immigration traitent avec diligence les dossiers qui leur sont soumis, il est inacceptable que le manque d'effectif engendre ce genre de problèmes, de sorte que l'augmentation du personnel devrait sérieusement être considérée.

12. Informations détaillées au sujet de la qualité de «bénéficiaire» d'aides au logement tenu au remboursement des aides

Etant donné l'intérêt considérable pour les personnes qui ont bénéficié d'aides au logement, il est absolument nécessaire que le ministère du Logement publie des informations détaillées au sujet de l'étendue des obligations de remboursement susceptibles de naître dans les diverses situations pouvant survenir en pratique (colocation, hébergement temporaire, union libre, partenariat, mariage).

13. L'imposition des associations religieuses à l'impôt minimum

Les congrégations et associations religieuses au sens de l'article 159 alinéa (1), point A, chiffre 3 L.I.R. sont soumises à l'impôt sur le revenu des collectivités et elles sont donc également visées par l'impôt minimum.

Etant donné les difficultés de définir la notion d'association religieuse par rapport aux associations et fondations sans but lucratif poursuivant des buts culturels, charitables ou d'intérêt général, la médiatrice suggère une modification législative en vue d'éliminer les diverses rigueurs qui sont apparues dans l'application pratique de l'impôt minimum.

14. Simplification de la législation fiscale

La médiatrice est d'avis qu'un constant d'effort doit être entrepris en vue de simplifier la législation fiscale. Ce souci de simplification devrait se traduire par la création d'un organisme ayant pour mission d'émettre des recommandations au Gouvernement.

15. Partenariat du fonctionnaire européen

En raison de l'article 14 du Protocole sur les privilèges et immunités des Communautés européennes, les fonctionnaires européens sont censés avoir gardé leur domicile fiscal dans leur pays d'origine. Ainsi, bien qu'ils aient cohabité en fait au Luxembourg, il ne leur est pas possible, en cas de partenariat, de bénéficier de l'imposition collective au Luxembourg. La médiatrice suggère de modifier la loi afin de permettre aussi à ces partenaires d'opter pour l'imposition collective.



2.3. Suggestions concernant l'amendement portant sur la loi du 22 août 2003 instituant un médiateur

Pour toute motivation il est renvoyé à la préface.

I. Dénomination de l'institution :

Pour éviter une confusion avec les médiateurs privés œuvrant dans des domaines divers il est proposé d'opter pour la dénomination unique d'Ombudsman.

II. Attributions et pouvoirs

1. Mention des droits de l'Homme dans la compétence générale de l'Ombudsman;
2. Extension des compétences de l'Ombudsman aux organismes investis d'une mission de service public;
3. Extension exceptionnelle de la saisine de l'Ombudsman au-delà d'une réclamation individuelle concrète dont l'Ombudsman a été saisi pour remédier à d'éventuels dysfonctionnements systémiques;

Extension dans cette hypothèse des pouvoirs d'enquête de l'Ombudsman au-delà de l'objet d'une réclamation individuelle et concrète dont il a été saisi et dans le cadre de laquelle il existe une suspicion d'un dysfonctionnement systémique;

Investigation sur place, dans les lieux ou locaux de l'administration même non ouverts au public;

Droit d'entendre toute personne susceptible de fournir des informations ou des explications;

Accès à l'information auprès d'autres administrations non directement visées par la réclamation, mais détenant des informations nécessaires ou utiles pour la solution du différend;

4. L'Ombudsman peut consulter ou se faire assister dans ses travaux par tout expert de son choix;
5. L'Ombudsman peut donner, dans le cadre de la procédure législative, son

avis sur des questions concernant la médiation ou relevant d'un sujet auquel son attention a été attirée par une réclamation;

6. Concernant le suivi des recommandations, il est proposé, conformément à l'avis de la Commission de Venise, que le Gouvernement prenne position de principe dans un délai de 3 mois à partir de sa publication et exécute les recommandations en cas d'acceptation de principe dans un délai fixe voire raisonnable.

III. Réclamations

1. Formulation plus impérative des dispositions relatives au délai dans lequel une administration est appelée à prendre position par rapport à une réclamation;
2. Suspension des délais de recours contre les décisions administratives pendant une durée de trois mois prenant cours à la date de la saisine de l'Ombudsman;
3. Remplacer les termes « démarches administratives appropriées » par la formulation suivante: « L'administré a le droit de saisir l'Ombudsman s'il n'a pas obtenu satisfaction auprès de l'autorité compétente »;
4. L'Ombudsman peut procéder à la résolution à l'amiable des différends dont il est saisi par voie de médiation et/ou par voie de conciliation;
5. Evaluation du fonctionnement de l'Administration au regard de normes de bonne conduite administrative communément admises;

IV. Statut organique

1. Attribution à l'Ombudsman d'un pouvoir de délégation de signature voire de délégation de compétences / de pouvoirs;

-
2. Mention du droit des particuliers de porter plainte auprès de l'Ombudsman dans la Constitution;
 3. Renforcement de l'indépendance budgétaire et de l'apparence d'indépendance;
 4. Assouplissement du statut du personnel assistant l'Ombudsman dans ses fonctions, afin de permettre un recrutement des agents du secrétariat en dehors de la fonction publique;
 5. L'élection de l'Ombudsman à une majorité renforcée des députés présents
- au moment du vote. Prestation d'un serment concernant son engagement à l'impartialité, à la neutralité et à la confidentialité dans l'exercice de ses fonctions, le cas échéant devant le président de la Chambre;
 6. La formation des médiateurs, de l'Ombudsman et du personnel de son équipe comprendra une formation en médiation selon les critères fixés par la directive européenne sur les REL (règlement extrajudiciaire des litiges);

 ombudsman

**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