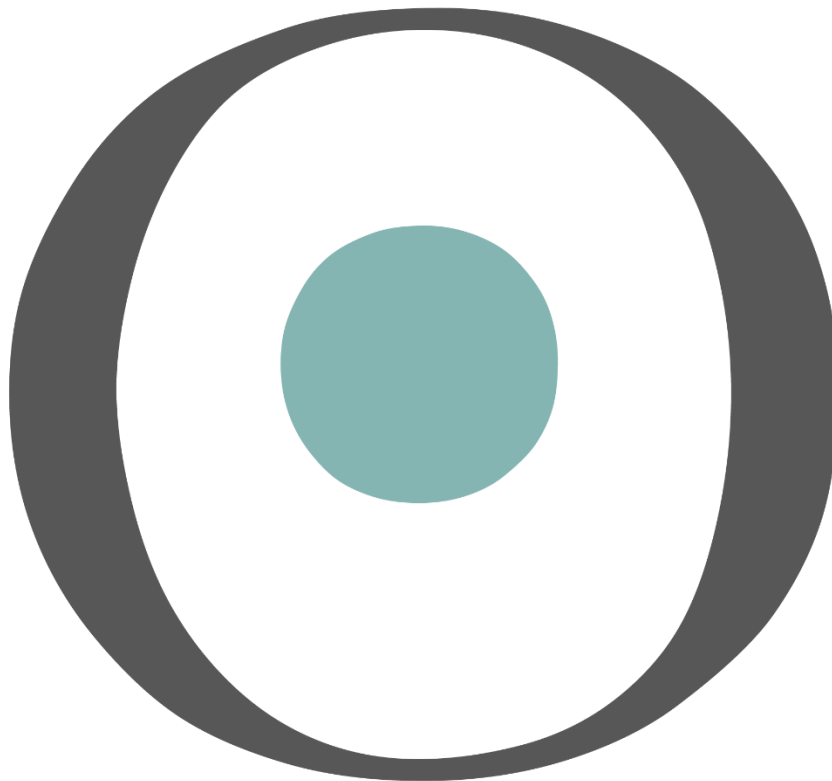




Rapport annuel
1er janvier au 31 décembre 2019

« Un projet de société se définit par la place qu'il attribue à l'homme, et par la relation qu'il établit entre l'individu et la collectivité. »

Valéry Giscard d'Estaing

Démocratie française

TABLE DES MATIÈRES

AVANT-PROPOS DU MEDiateur	9
PARTIE 1 - STATISTIQUES	13
LEXIQUE	15
RELEVÉ GLOBAL	16
Réclamations introduites	16
Taux de correction.....	17
ADMINISTRATIONS ET ETABLISSEMENTS PUBLICS RELEVANT DES COMMUNES	18
Réclamations introduites	18
Taux de correction.....	19
Matières concernées	19
ADMINISTRATIONS ET ETABLISSEMENTS PUBLICS RELEVANT DE L'ETAT	20
Réclamations introduites	20
Taux de correction.....	21
Ventilation par ministères	22
PARTIE 2 – RECLAMATIONS.....	25
ADMINISTRATIONS COMMUNALES	27
Constat général	27
Dépassement du cadre légal et réglementaire.....	27
Classement douteux d'une propriété privée en zone de bâtiments et d'équipements publics dans le cadre d'un projet d'aménagement général [2020/01].....	27
Exigences arbitraires imposées par une Commune en vue du morcellement d'un terrain [2020/02]	29
Etat civil	32
Refus de célébrer un mariage [2020/03]	32
Urbanisme	33
Construction sans autorisation [2020/04]	33
Réseaux	35
Factures d'eau élevées [2020/05].....	35
Circulation	37
Interdiction de stationner [2020/06]	37
AFFAIRES RELEVANT DE L'ETAT	39
Ministère des Affaires étrangères et européennes.....	39
Protection internationale.....	39
Refus de protection internationale en raison d'une interprétation subjective des faits décrits [2020/07]	39
Regroupement familial	41
Refus d'application de l'article 69 (3) de la loi modifiée du 29 août 2008 portant sur la libre circulation des personnes et l'immigration [2020/08]	41
Cas de rigueur en matière de regroupement familial [2020/09]	42
Remise en question de la qualité de « mineur non-accompagné » dans le contexte d'une demande de regroupement familial avec les parents [2020/10]	43
L'importance de l'âge des sœurs/frères du mineur non-accompagné restés au pays d'origine [2020/11]	45
Difficultés d'octroi d'un visa dans le contexte d'un regroupement familial en faveur de membres de famille de bénéficiaires de protection internationale érythréens [2020/12].....	46

Autorisation de séjour	48
Les restrictions au droit de séjour des citoyens de l'Union européenne [2020/13]	48
Ministère de l'Economie.....	51
Chambres professionnelles.....	51
Affiliation [2020/14]	51
Ministère de l'Enseignement supérieur et de la Recherche	53
Aides financières pour études supérieurs.....	53
Demande de remboursement suite à une erreur informatique [2020/15].....	53
Reconnaissance de diplômes	58
Motivation des décisions [2020/16]	58
Ministère de l'Environnement, du Climat et du Développement durable	60
Constat général [2020/17]	60
Ministère de la Famille, de l'Intégration et à la Grande Région	61
Fonds national de solidarité (FNS)	61
Revenu d'inclusion social (Revis)	61
Refus dans le cadre d'un hébergement à titre gratuit [2020/18]	61
Prise en compte d'une pension alimentaire [2020/19]	62
Absence temporaire du territoire luxembourgeois et effets de l'entrée en vigueur de la loi sur le REVIS [2020/20]	63
Allocation de vie chère	64
Refus pour non-respect du délai de 30 jours pour compléter sa demande [2020/21].....	64
Refus suite au changement de la composition du ménage [2020/22].....	68
Refus dans le cas d'un hébergement à titre gratuit [2020/23]	69
Allocation d'activation [2020/24]	71
Caisse pour l'avenir des enfants (CAE).....	73
Allocations familiales	73
Refus pour non-respect de la condition de présence effective dans l'établissement d'enseignement [2020/25].....	73
Refus pour non-respect de la condition de domicile légal et de résidence effective et continue au Luxembourg [2020/26]	74
Ministère de la Mobilité et des Travaux Publics	76
Département de la Mobilité et des transports	76
Carte de stationnement pour personnes handicapées [2020/27]	76
Département des Travaux publics	78
Lenteur des décisions en matière d'indemnisation des entrepreneurs ayant une réduction du chiffre d'affaire en raison des travaux liés à la mise en place du tramway [2020/28]	78
Ministère des Finances.....	80
Administration des contributions directes (ACD)	80
Assistance en matière de recouvrement entre les autorités fiscales de différents Etats [2020/29] ..	80
Défaut de versement à l'ACD des retenues d'impôt sur les salaires opérées par l'employeur [2020/30]	81
Solidarité entre époux face à une dette fiscale [2020/31]	81
Demande conjointe d'assimilation fiscale des contribuables non-résidents aux contribuables résidents [2020/32]	82
Remise gracieuse accordée pour rigueur subjective alors que le paiement de l'impôt compromet l'existence économique du contribuable et le prive de moyens de subsistance indispensables [2020/33]	83
Administration de l'enregistrement et des domaines (AED)	85
Remboursement de la TVA logement [2020/34].....	85
Ministère du Logement.....	88
Service des Aides au logement	88
Subvention de loyer [2020/35].....	88
Prime à la construction [2020/36].....	89

Ministère de la Sécurité sociale.....	91
Caisse nationale de santé (CNS).....	91
Prise en charge de frais médicaux sur base d'une assurance continuée [2020/37].....	91
Assurance continuée et obligation pour le non-résident de transmettre à la CNS une attestation de non-affiliation émise par la caisse de son lieu de résidence [2020/38]	92
Prise en charge de frais médicaux en dépit d'une désaffiliation rétroactive de l'assuré intervenue après la réalisation des actes concernés [2020/39]	93
Demande d'autorisation préalable d'un transfert à l'étranger [2020/40]	94
Extension d'assurance [2020/41]	96
Refus de prise en charge du congé de maternité [2020/42]	97
Refus de remboursement de prestations de soin prestées à l'étranger [2020/43]	98
Refus de remboursement d'un traitement médical [2020/44]	99
Forfait informatique [2020/45]	102
Contrôle médical de la sécurité sociale (CCSS)	104
Justification d'un fait médical nouveau [2020/46]	104
Dispense d'examen suite à une convocation du CMSS [2020/47]	105
Contradiction entre le CMSS et la Médecine du travail concernant la capacité ou l'aptitude d'un salarié à reprendre son travail [2020/48]	105
Centre commun de la sécurité sociale (CCSS)	107
Désaffiliation rétroactive d'un salarié [2020/49]	107
Caisse nationale d'assurance pension (CNAP)	109
Pension de vieillesse [2020/50]	109
Pension de survie [2020/51]	110
Baby-year [2020/52]	112
Ministère du Travail, de l'Emploi et de l'Économie sociale et solidaire	113
[DO/ET/VB] Agence pour le développement de l'emploi (ADEM)	113
Indemnités de chômage complet	113
Autorisation d'établissement [2020/53]	113
Disponibilité pour le marché du travail [2020/54]	118
Prime de stage de professionnalisation [2020/55]	121
Commission mixte de reclassement	123
Décision incohérente prise par la Commission [2020/56]	123
Suspension du contrat de travail jusqu'au jour où le recours intenté par le salarié à l'encontre de la décision de reclassement professionnel interne est définitivement vidé [2020/57]	124
Reclassement professionnel	126
Problématiques concernant le reclassement professionnel : Loi du 23 juillet 2015 portant modification du Code du travail et du Code de la sécurité sociale concernant le dispositif du reclassement interne et externe [2020/58]	126
L'indemnité compensatoire	126
L'indemnité professionnelle d'attente	127
Le licenciement d'un salarié en reclassement interne ou la fin du contrat après les 78 semaines de maladie	127
L'examen d'embauche	128

AVANT-PROPOS DU MEDiateur

Mes prédécesseurs ont passé ensemble près de 15 années à défendre l'idée selon laquelle le Médiateur a pour rôle de faciliter le dialogue entre les usagers et l'Administration, d'en améliorer la communication et de participer ainsi à renforcer la confiance des citoyens dans les institutions publiques.

A la lecture des rapports d'activité publiés depuis la mise en place de l'Institution du Médiateur, je me rends compte du travail considérable effectué en ce sens et ne peux dès lors que regretter faire encore trop souvent face à des situations tragiques, sinon humainement difficiles à justifier, générées par un processus décisionnel écartant toute logique sociale ou empathie.

Dans le même sens, je me vois encore trop souvent confrontée à des décisions administratives frôlant les limites de l'arbitraire, prises en dehors ou au-delà de tout cadre légal, de même qu'au silence, au refus de répondre ou aux réponses lacunaires de certaines administrations, établissements publics ou communes.

A cela, je rappelle les propos tenus par feu Dominique Baudis, ancien Défenseur des droits, selon lequel *« L'application aveugle des règlements, le manque de dialogue, l'opacité et la complexité des administrations ou des organismes privés conduisent souvent à un sentiment, à tort ou à raison, d'indifférence, d'injustice »*.

Depuis mon entrée en fonction, nombre de mes interventions visait l'aspect humain inhérent à toute relation administrative.

Au terme de cette troisième année de mandat, je reste persuadée de l'importance d'un tel aspect et constate, en dépit des constats négatifs susmentionnés, que nombre d'administrations étatiques et communales ont pris à cœur d'entretenir cette relation avec l'administré au-delà d'un aspect purement bureaucratique, en facilitant par exemple les démarches, en multipliant l'information pré et post décisionnelle ou encore en adaptant leurs réponses-types à la situation concrète de l'administré.

Par la notification de décisions contenant des explications claires et pertinentes en relation avec la situation concrète des administrés, ces administrations ont rendu compréhensible le raisonnement ayant conduit à la prise de décision.

Une telle motivation des décisions administratives permet de satisfaire le besoin de transparence des administrés. Elle leur permet ainsi de comprendre les agissements des administrations et d'éviter ainsi les frustrations pouvant émaner de l'incompréhension, de la suspicion d'un traitement défavorable voire discriminatoire ou d'une mauvaise volonté, sinon d'un manque d'intérêt pour leur cause.

Je félicite en ce sens les administrations concernées pour cette mise en pratique des Lignes de bonne conduite administrative¹, desquelles il ressort notamment que tout administré a droit, lorsqu'il s'adresse à une administration, à une réponse circonstanciée rédigée dans un langage clair et simple et notifiée dans un délai raisonnable.

Certaines administrations ont encore accepté de ne pas se limiter à l'indication des seules voies de recours devant les juridictions administratives ou sociales au terme de tout courrier susceptible de

¹ Adoptées en date du 27 janvier 2017 par le Gouvernement en conseil sur base de la Recommandation n°49 du Médiateur.

porter préjudice à un administré et d'y inscrire expressément la possibilité pour lui d'introduire un recours gracieux et de saisir le Médiateur.

Je saisis l'occasion pour préciser que l'introduction d'une réclamation auprès du Médiateur est conditionnée à l'accomplissement par l'administré de démarches préalables en vue de trouver une solution à son problème. Pareilles démarches seront par exemple accomplies par l'introduction d'un recours gracieux. De plus, et contrairement au recours gracieux, la saisine du Médiateur n'a pas à ce jour pour effet de suspendre ou d'interrompre les délais de recours administratifs et contentieux. Il est partant essentiel de ne pas assimiler ces deux recours par l'emploi des termes « ou » et « et/ou ».

Enfin, j'ai pu constater que certaines administrations ont accepté, suite à une intervention du Médiateur en ce sens, d'intégrer dans leur processus décisionnel l'éventualité de prendre une décision en équité dans le cadre d'une situation spécifique.

La mise place de telles mesures et l'introduction de telles procédures participent ainsi à renforcer la confiance des usagers envers l'Administration, à faciliter l'acceptation d'une décision de refus et à développer en pareille hypothèse le sentiment d'avoir été traité de manière juste.

Au terme de ce rapport relatif à l'année 2019, je tiens partant à remercier l'ensemble de mon équipe ainsi que mes différents interlocuteurs au sein des administrations étatiques et communales pour leur précieuse assistance dans la résolution des réclamations traitées et ne peut qu'encourager la poursuite de cette collaboration fructueuse pour les années à venir.

Claudia MONTI
Médiateur du Grand-Duché de Luxembourg

PARTIE 1 - STATISTIQUES

LEXIQUE

Clôture : réclamation dont le traitement est clôturé au 31 décembre de l'exercice concerné.

Clôture provisoire : réclamation dont le traitement est mis en attente sur demande du réclamant ou décision du Médiateur.

En cours : réclamation introduite après le 1^{er} janvier et en cours de traitement après le 31 décembre de l'exercice concerné.

Correction totale : réclamation pour laquelle l'intervention du Médiateur auprès de l'Administration a permis une correction totale.

Correction partielle : réclamation pour laquelle l'intervention du Médiateur auprès de l'Administration a permis une correction partielle.

Pas de correction : réclamation pour laquelle aucune correction n'est intervenue malgré l'intervention du Médiateur auprès de l'Administration.

Taux de correction : pourcentage déterminé sur base du nombre de réclamations clôturées, déduction faite des réclamations irrecevables, recevables mais non fondées et pour lesquelles le réclamant s'est désisté (les réclamations clôturées provisoirement et les réclamations dont le traitement est encore en cours après le 31 décembre de l'exercice concerné ne sont pas prises en considération pour la détermination du taux de correction).

Réclamation non fondée : réclamation considérée non fondée par le Médiateur après étude au fond et éventuelle intervention auprès de l'Administration.

Désistement du réclamant : réclamation dont l'instruction a été arrêtée sur demande ou en raison du silence du réclamant.

Incompétence *ratione materiae* : réclamation dont l'objet n'entre pas dans la compétence du Médiateur.

Transmis pour compétence : réclamation transmise à un autre médiateur, suivant accord du réclamant, du fait que l'objet entre dans sa compétence.

Décision ayant acquis force de chose jugée : réclamation dont l'objet a déjà été tranché par une juridiction et dont la décision a acquis force de chose jugée.

Non-immixtion dans une affaire judiciaire pendante : réclamation dont l'objet se rapporte au fond d'un litige porté devant une juridiction et impliquant une administration ou un établissement public, étant toutefois précisé que le Médiateur reste compétent pour intervenir à l'égard de l'administration ou de l'établissement public en cause, même en cours de procédure, y compris en cas de dysfonctionnement potentiel de ce dernier, et aussi longtemps qu'il ne porte pas atteinte à l'indépendance du Juge.

Réclamation manifestement non fondée : réclamation considérée non fondée par le Médiateur avant analyse au fond et qui n'a pas fait l'objet d'une intervention auprès de l'Administration.

Réclamation prématurée : réclamation faisant référence à une décision administrative non encore prise ou à un délai de réponse considéré acceptable par le Médiateur.

Absence de démarches préalables : réclamation introduite avant qu'une quelconque démarche ait été effectuée par le réclamant auprès de l'Administration pour demander une explication ou pour contester la décision ou la lenteur en cause.

Actio popularis : réclamation dont l'objet ne concerne pas directement un réclamant ou prenant la forme d'une action de groupe.

RELEVÉ GLOBAL

RÉCLAMATIONS INTRODUITES

Réclamations introduites auprès du Médiateur	975
En cours	210
Clôture définitive	748
Clôture provisoire	17

Ventilation des réclamations clôturées :

Clôture définitive	748
Réclamation recevable	469
Réclamation irrecevable	97
Désistement du réclamant	175
Transmis pour compétence	7

Réclamation recevable	469
Correction totale obtenue	187
Correction partielle obtenue	33
Pas de correction obtenue	32
Réclamation non fondée	217

Réclamation irrecevable	97
<i>Actio popularis</i>	2
Incompétence <i>ratione loci</i>	0
Incompétence <i>ratione materiae</i>	41
Jugement coulé en force de chose jugée	6
Non-immixtion dans une procédure judiciaire pendante	2
<i>Obscurum libellum</i>	0
Réclamation anonyme	0
Réclamation manifestement non fondée	24
Réclamation prématurée	22

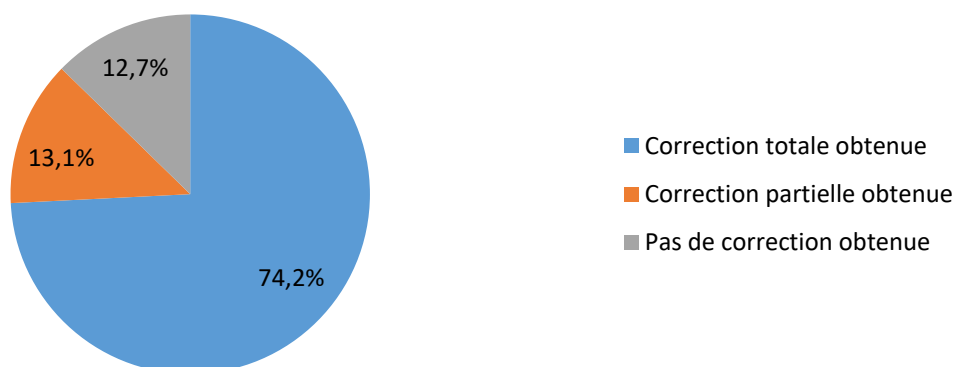
RELEVÉ GLOBAL

TAUX DE CORRECTION

Au cours de l'exercice concerné, le Médiateur est intervenu auprès de l'Administration dans le cadre de 252 réclamations et dans 87,3% des cas, son intervention a permis d'obtenir une correction totale ou partielle de la situation administrative contestée.

Réclamations prises en compte pour le calcul du taux de correction	252	100%
Correction totale obtenue	187	74,2%
Correction partielle obtenue	33	13,1%
Pas de correction obtenue	32	12,7%

Taux de correction : 87,3%



ADMINISTRATIONS ET ETABLISSEMENTS PUBLICS RELEVANT DES COMMUNES

RÉCLAMATIONS INTRODUITES

Réclamations introduites auprès du Médiateur	113
En cours	36
Clôture définitive	77
<i>Clôture provisoire</i>	0

Ventilation des réclamations clôturées :

Clôture définitive	77
Réclamation recevable	40
Réclamation irrecevable	10
Désistement du réclamant	27
<i>Transmis pour compétence</i>	0

Réclamation recevable	40
Correction totale obtenue	17
Correction partielle obtenue	5
Pas de correction obtenue	2
Réclamation non fondée	16

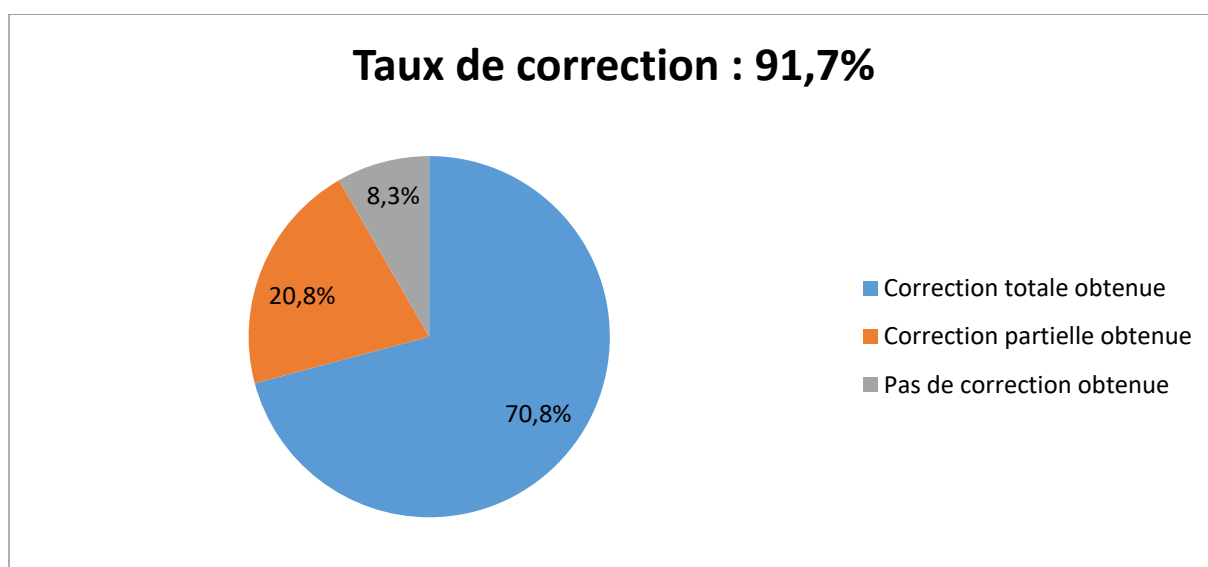
Réclamation irrecevable	10
Actio popularis	1
<i>Incompétence ratione loci</i>	0
Incompétence ratione materiae	6
<i>Jugement coulé en force de chose jugée</i>	0
<i>Non-immixtion dans une procédure judiciaire pendante</i>	0
<i>Obscurum libellum</i>	0
<i>Réclamation anonyme</i>	0
Réclamation manifestement non fondée	1
Réclamation prématurée	2

ADMINISTRATIONS ET ETABLISSEMENTS PUBLICS RELEVANT DES COMMUNES

TAUX DE CORRECTION

Au cours de l'exercice concerné, le Médiateur est intervenu auprès des communes dans le cadre de 24 réclamations et dans 91,7% des cas, son intervention a permis d'obtenir une correction totale ou partielle de la décision administrative contestée.

Réclamations prises en compte pour le calcul du taux de correction	24	100%
Correction totale obtenue	17	70,8%
Correction partielle obtenue	5	20,8%
Pas de correction obtenue	2	8,3%



MATIÈRES CONCERNÉES

Au cours de l'exercice concerné, les réclamations introduites auprès du Médiateur et relatives aux communes concernaient principalement les matières suivantes :

- ∞ aides sociales (aide financière, aide au logement, chèque-service accueil),
- ∞ état civil (naissance, mariage, décès),
- ∞ impôts et taxes relevant de la commune,
- ∞ inscription et radiation au registre communal des personnes physiques,
- ∞ urbanisme, réseaux, voirie et stationnement,
- ∞ silence ou lenteur de la commune.

ADMINISTRATIONS ET ETABLISSEMENTS PUBLICS RELEVANT DE L'ETAT

RÉCLAMATIONS INTRODUITES

Réclamations introduites auprès du Médiateur	826
En cours	172
Clôture définitive	637
Clôture provisoire	17

Ventilation des réclamations clôturées :

Clôture définitive	637
Réclamation recevable	428
Réclamation irrecevable	58
Désistement du réclamant	146
Transmis pour compétence	5

Réclamation recevable	428
Correction totale obtenue	170
Correction partielle obtenue	28
Pas de correction obtenue	29
Réclamation non fondée	201

Réclamation irrecevable	58
Actio popularis	1
<i>Incompétence ratione loci</i>	0
Incompétence <i>ratione materiae</i>	8
Jugement coulé en force de chose jugée	5
Non-immixtion dans une procédure judiciaire pendante	1
<i>Obscurum libellum</i>	0
<i>Réclamation anonyme</i>	0
Réclamation manifestement non fondée	23
Réclamation prématurée	20

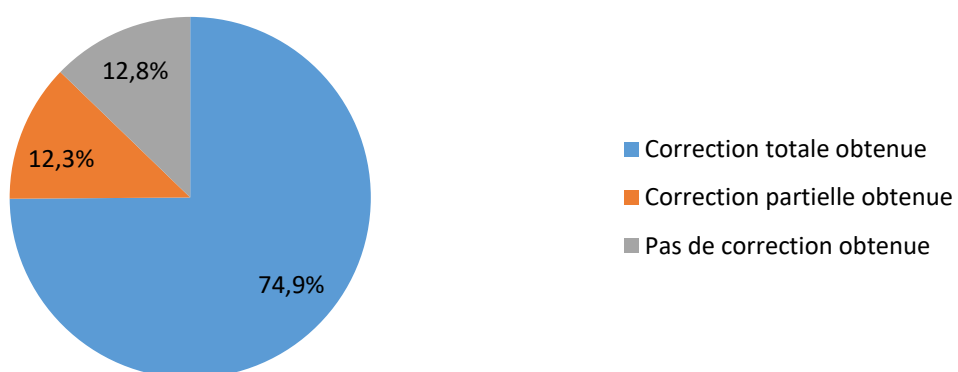
ADMINISTRATIONS ET ETABLISSEMENTS PUBLICS RELEVANT DE L'ETAT

TAUX DE CORRECTION

Au cours de l'exercice concerné, le Médiateur est intervenu auprès d'une administration ou d'un établissement public relevant de l'Etat dans le cadre de 227 réclamations et dans 87,2% des cas, son intervention a permis d'obtenir une correction totale ou partielle de la situation administrative contestée.

Réclamations prises en compte pour le calcul du taux de correction	227	100%
Correction totale obtenue	170	74,9%
Correction partielle obtenue	28	12,3%
Pas de correction obtenue	29	12,8%

Taux de correction : 87,2%



ADMINISTRATIONS ET ETABLISSEMENTS PUBLICS RELEVANT DE L'ETAT

VENTILATION PAR MINISTÈRES

Le tableau reproduit ci-après reprend la ventilation des réclamations introduites auprès du Médiateur entre le 1^{er} janvier et le 31 décembre de l'exercice concerné en fonction du Ministère visé.

Les réclamations dirigées contre un organisme non-public (incompétence *ratione materiae*) et les réclamations transmises pour compétence à d'autres Médiateurs ne sont pas prises en compte.

Ministères	Réclamations introduites	Ratio Ministères	Clôture définitive	Réclamation recevable	Réclamation irrecevable	Base taux de correction	Correction totale obtenue	Correction partielle obtenue	Pas de correction obtenue	Taux de correction
Ministère de la Sécurité sociale	207	25,06%	173	130	2	58	42	11	5	91,38%
Ministère des Affaires étrangères et européennes	182	22,03%	120	73	21	50	45	1	4	92,00%
Ministère des Finances	105	12,71%	85	59	6	36	23	7	6	83,33%
Ministère de la Famille, de l'Intégration et à la Grande Région	85	10,29%	63	45	4	14	7	2	5	64,29%
Ministère du Travail, de l'Emploi et de l'Économie sociale et solidaire	71	8,60%	63	39	9	18	13	1	4	77,78%
Ministère du Logement	41	4,96%	28	23	1	17	10	5	2	88,24%
Ministère de l'Enseignement supérieur et de la Recherche	31	3,75%	27	20	2	13	12	0	1	92,31%
Ministère de la Justice	26	3,15%	21	10	6	5	5	0	0	100,00%
Ministère de l'Éducation nationale, de l'Enfance et de la Jeunesse	22	2,66%	21	5	4	2	2	0	0	100,00%
Ministère de l'Environnement, du Climat et du Développement durable	17	2,06%	10	8	0	6	4	1	1	83,33%
Ministère de la Mobilité et des Travaux publics	12	1,45%	9	5	1	1	0	0	1	0,00%
Ministère de la Santé	9	1,09%	5	3	0	3	3	0	0	100,00%
Ministère de l'Intérieur	4	0,48%	3	2	1	1	1	0	0	100,00%
Ministère de l'Économie	3	0,36%	3	2	0	1	1	0	0	100,00%
Ministère de la Fonction publique	3	0,36%	2	1	0	0	0	0	0	-
Ministère de la Sécurité intérieure	3	0,36%	2	2	0	1	1	0	0	100,00%
Ministère de l'Agriculture, de la Viticulture et de la Protection des consommateurs	2	0,24%	1	1	0	1	1	0	0	100,00%
Ministère de la Culture	2	0,24%	0	0	0	0	0	0	0	-
Ministère de l'Énergie et de l'Aménagement du territoire	1	0,12%	1	0	1	0	0	0	0	-
Ministère d'État	0	0,00%	0	0	0	0	0	0	0	-
Ministère de la Digitalisation	0	0,00%	0	0	0	0	0	0	0	-
Ministère de l'Égalité entre les femmes et les hommes	0	0,00%	0	0	0	0	0	0	0	-
Ministère des Sports	0	0,00%	0	0	0	0	0	0	0	-
TOTAL	826	100%	637	428	58	227	170	28	29	87,3%

PARTIE 2 – RECLAMATIONS

ADMINISTRATIONS COMMUNALES

CONSTAT GÉNÉRAL

Dépassement du cadre légal et réglementaire

En ce qui concerne les réclamations en matière communale, le Médiateur constate que parfois des situations injustes ne se produisent pas en raison d'une rigueur administrative, mais en raison du fait que les autorités communales dépassent le cadre légal et réglementaire pour prendre des décisions qui frôlent les limites de l'arbitraire.

Classement douteux d'une propriété privée en zone de bâtiments et d'équipements publics dans le cadre d'un projet d'aménagement général [2020/01]

Le Médiateur a été saisi par des propriétaires dans le cadre de leurs observations et objections par rapport au projet de projet d'aménagement général d'une Commune.

A l'étude du dossier en cause, le Médiateur était particulièrement étonné de constater que la Commune avait prévu l'inscription d'une partie de la parcelle des réclamants en zone bâtiments et équipements publics (BEP) sans que la partie en question n'appartienne actuellement à la Commune.

Dans un premier temps, le Médiateur a demandé une prise de position concernant les observations et objections des réclamants au Bourgmestre.

Ce dernier a réagi à l'intervention du Médiateur en lui rappelant l'historique des lots litigieux : en 1977 deux lots ont été vendus à la Commune et un droit de préemption relatif à deux autres lots a été réservé à la Commune dans l'acte notarié (il s'agit de cette partie du terrain que la Commune a classé en zone BEP).

Le Bourgmestre explique que la Commune souhaite faire valoir son droit de préemption en cas de vente du terrain précité pour agrandir l'école qui se situe à proximité du terrain litigieux.

Le Médiateur a répondu que tout en comprenant l'historique du dossier, il se posait la question de savoir si le classement en zone BEP (bâtiments et équipements publics) n'était pas précipité avant de procéder effectivement à l'acquisition du terrain faisant l'objet d'un droit de préemption, ceci d'autant plus que le terrain n'était actuellement pas mis en vente.

A priori, le classement envisagé rendait l'usage du terrain à titre privé impossible.

Le Médiateur insiste que le point de départ était un droit de préemption permettant à la Commune d'acquérir les fonds prioritairement à toute autre personne, sous condition que les réclamants manifestent leur volonté de les vendre.

Dans ce contexte, il y a lieu de préciser qu'indépendamment du droit de préemption accordé à la Commune par l'acte de vente en 1977, un droit de préemption est accordé à la Commune par la loi

modifiée du 22 octobre 2008 portant promotion de l'habitat et création d'un pacte logement avec les communes et qu'en tant que pouvoir préemptant, la Commune est prioritaire sur tout titulaire d'un droit de préemption conventionnel – ceci toujours à condition qu'il s'agisse d'une aliénation à titre onéreux.

L'article 4 de la loi précitée prévoit toutefois de nombreux cas d'exclusion auxquels le droit de préemption ne s'applique pas, dont, parmi d'autres, les aliénations entre parents ou alliés en ligne directe.

La Commune précise donc qu'elle entend recourir au droit de préemption au cas où le terrain en question serait vendu pour permettre une extension de l'école.

Il ne ressortait pas du dossier qu'une vente à un tiers du terrain en question serait prévue dans un délai proche.

Le Médiateur a donc prié l'administration communale de bien vouloir prendre en considération le préjudice pour les intéressés au cas où ces derniers souhaitent que le terrain reste propriété familiale – une libre décision qui leur appartient.

Un classement opéré dans le cadre d'un PAG ne devrait pas avoir pour but de quasi obliger une personne à vendre son terrain à la Commune sous peine de ne plus pouvoir l'utiliser à titre privé, ce qui revient à contourner les conditions et exigences légales d'une procédure d'expropriation.

En revanche, la Commune ne perd ni son droit de préemption conventionnel, ni son droit de préemption légal en cas de vente à l'avenir au cas où le terrain reste pour l'instant classé en zone PAP. En cas de vente, l'administration communale pourra donc faire valoir son droit de préemption pour agrandir l'école fondamentale.

Malheureusement, la Commune a refusé de prendre en considération les arguments précités exposés par le Médiateur.

Le Bourgmestre s'est limité à répéter que le collège n'entendait pas revenir sur sa proposition de classement de la parcelle et que ce classement avait été proposé sur base de considérations urbanistiques et en vue de l'extension de l'école.

La Commune s'est contentée de préciser que les réclamants avaient encore la possibilité de faire une réclamation contre la décision du conseil communal auprès du Ministre de l'Intérieur conformément à l'article 16 de la loi modifiée du 19 juillet 2004 concernant l'aménagement communal et le développement urbain.

Le Médiateur regrette cette position ferme de la Commune qui n'a même pas pris la peine d'analyser les arguments du Médiateur.

Si la Commune est d'avis qu'elle est en droit d'acquérir ce terrain pour agrandir son école, la démarche correcte à suivre serait de respecter les conditions de la procédure légale prévue en matière d'expropriation pour cause d'utilité publique.

Le Médiateur insiste fermement que le pouvoir règlementaire de la Commune en matière d'aménagement du territoire n'a pas été mis en place pour contourner les droits constitutionnels des citoyens : « *Nul ne peut être privé de sa propriété que pour cause d'utilité publique et moyennant juste indemnité, dans les cas et de la manière établis par la loi* » (Article 6 de la Constitution).

Exigences arbitraires imposées par une Commune en vue du morcellement d'un terrain [2020/02]

En mai 2019, le Médiateur s'est adressé à une Commune après avoir été saisi d'un désaccord concernant les conditions préalables à remplir en vue d'un morcellement de terrain.

Le réclamant est propriétaire d'un grand terrain qu'il souhaite morceler pour pouvoir le vendre.

Pour pouvoir procéder au morcellement, l'administration communale a imposé la condition de signer une convention comprenant des mesures de décontamination du terrain à effectuer par le propriétaire avant le morcellement.

Le propriétaire aurait accepté de signer la convention prévue à l'exclusion de la condition de décontamination précitée, étant donné qu'il ne veut que procéder à une division foncière du terrain et n'entend pas construire lui-même sur les futures parcelles.

Le Médiateur est d'avis qu'en matière de morcellement, il y a effectivement lieu de se référer au règlement des bâtisses de la commune qui prévoit deux conditions à remplir en vue d'un morcellement, à savoir :

« Autorisation de morcellement

- lorsqu'un terrain aménagé constructible, bâti ou non, est morcelé ou remorcelé, le propriétaire devra solliciter une autorisation de morcellement ».

La Commune, ayant procédé au classement du terrain litigieux en tant que PAP « quartier existant », ne semble pas contester qu'il s'agisse d'un terrain aménagé.

La question litigieuse semble donc exclusivement concerner le fait de savoir s'il s'agit déjà d'un terrain constructible, même avant qu'il ne soit procédé à la décontamination de ce dernier.

Pour vérifier si cette condition est remplie, il y a lieu de se référer au PAG de la Commune qui prévoit ce qui suit pour un terrain situé dans la zone en question :

« Les zones (...) sont destinées à assurer une utilisation du sol compatible avec une configuration des terrains difficile, une topographie accidentée et/ou une formation géologique problématique, susceptible d'éboulement, de glissements de terrains et autres risques naturels prévisibles. Ces terrains sont uniquement constructibles si les conditions suivantes sont remplies :

- Etablissement d'un levé topographique

- Etablissement d'une analyse du sol, incluant une étude statique, renseignant sur la constructibilité du terrain et fixant, le cas échéant, les conditions sous lesquelles le terrain pourra être construit sans risques et sans nuisance

- Prise en compte du dénivellement naturel du terrain au niveau de la conception architecturale et des alentours, accès y compris, en vue de la protection et de la gestion parcimonieuse du sol et du sous-sol. »

Le réclamant a fait réaliser toutes les expertises et avis exigés par la Commune pour compléter sa demande de morcellement et s'est engagé à les faire parvenir au(x) futur(s) propriétaire(s), mais étant donné qu'il ne prévoit pas lui-même de construction concrète sur les futures parcelles, il s'oppose à devoir s'occuper de la décontamination du terrain avant de pouvoir procéder à la division foncière de sa propriété.

En effet l'article précité dispose que le terrain est constructible sous condition que l'analyse du sol soit effectuée. Cependant, l'article en question ne dispose pas que ces terrains sont seulement constructibles après leur décontamination.

En effet, il découle des deux expertises et de l'avis du Département de l'Environnement du Ministère du Développement durable et des Infrastructures que le risque pour l'homme et l'environnement est négligeable et qu'il faudra veiller à respecter certaines mesures au moment du terrassement, faisant généralement partie intégrante des travaux de construction.

Etant donné que le réclamant n'a pourtant pas l'intention de construire lui-même, mais d'opérer une division foncière, le Médiateur a prié le Bourgmestre d'examiner la contre-proposition du réclamant en vue d'un arrangement à l'amiable.

Le Médiateur comprend l'intention de la Commune de vouloir s'assurer que les mesures de décontamination soient effectuées avant toute construction – ceci dans le souci d'éviter des risques pour les futurs habitants des parcelles. Il est également compréhensible qu'il soit plus facile pour la Commune de communiquer avec un seul propriétaire concernant ces mesures, plutôt que de contrôler les mesures à entreprendre par 9 potentiels acquéreurs.

Il est néanmoins un fait que la décontamination n'est pas prévue parmi les critères précités définissant la constructibilité d'un terrain situé dans cette zone du PAG de la Commune.

Le Bourgmestre n'a réagi au courrier du Médiateur qu'au cours du mois de novembre 2019, donc au bout de 6 mois et uniquement suite à un rappel.

En plus d'être tardive, la réponse était lapidaire. Le Bourgmestre s'étant contenté à renvoyer à une réponse à l'avocat datant du mois de mars 2019.

Le Bourgmestre a encore précisé qu'il y aurait lieu de comprendre qu'au vu de l'instabilité particulière du terrain à morceler ainsi que de sa contamination en métaux lourds, il devait, en tant que Bourgmestre, veiller à la salubrité et la sécurité de projets de lotissement.

La Commune ne s'opposerait pas au morcellement du terrain, mais celui-ci devrait toutefois être décontaminé avant le morcellement.

Le Médiateur a répondu que si la contamination était aussi dangereuse au point de constituer un danger public (quod non tel qu'il ressort des expertises figurant dans le dossier), l'obligation du Bourgmestre de veiller à la salubrité et sécurité devrait jouer indépendamment d'un morcellement (un

acte purement administratif qui ne change en rien la réalité du terrain sans mise en place d'un projet de construction).

Il est étonnant de constater qu'en l'occurrence, la responsabilité du Bourgmestre en matière de salubrité soit seulement invoquée en cas de morcellement par ce dernier même. Cela revient à prétendre que le terrain, tant qu'il reste enregistré sous un seul numéro cadastral, ne présente aucun danger pour le public, tandis que le terrain devient dangereux pour le public dès qu'un morcellement est opéré sur les plans cadastraux.

Vu que pendant la longue durée de traitement de ce dossier aucune mesure spécifique n'a été décidée par le Bourgmestre pour protéger le public d'éventuels risques engendrés par ce terrain, le Médiateur doit partir du principe qu'il est reconnu, tel qu'il ressort des expertises, que le terrain en tant que tel ne présente aucun danger pour le public tant qu'il n'accueille pas de construction.

Un morcellement ne change pas cette réalité, d'où une référence à l'obligation du Bourgmestre de veiller à la salubrité et sécurité semble inappropriée dans le cas de figure précis d'un morcellement.

Afin que le Médiateur puisse remplir sa mission, il ne peut pas se contenter d'un simple renvoi au pouvoir du Bourgmestre en matière de salubrité sans aucune autre précision et doit insister en demandant au Bourgmestre de prendre position par rapport aux arguments exposés dans son courrier.

Dans la réponse subséquente de l'administration communale, aucune analyse des arguments du Médiateur n'a toutefois été effectuée, alors que la position ferme exprimée par la Commune a simplement été maintenue sans fournir d'autres explications.

Le Médiateur, constatant que ni son rôle ni l'obligation de répondre à ses questions ne sont respectés par le Bourgmestre en question, a proposé des dates en vue d'une entrevue dans les bureaux de l'Ombudsman pour améliorer la future collaboration. Dans son courrier, il a invité le Bourgmestre à faire des propositions de date, si jamais aucune des dates proposées ne devait convenir.

Le Bourgmestre a simplement informé le Médiateur qu'aucune date ne lui conviendrait, et le Médiateur a dû insister à plusieurs reprises pour avoir des propositions de date.

Lorsque le Bourgmestre a finalement proposé des dates, il a exigé que l'entrevue se déroule à la Commune.

Le Médiateur s'est arrangé pour être disponible pour l'un des jours proposés, mais a expliqué au Bourgmestre qu'il ne peut malheureusement pas se déplacer à la Commune en raison d'un autre rendez-vous peu avant l'heure proposée.

Le rendez-vous a finalement été annulé et le Bourgmestre ne semble pour l'instant pas vouloir rencontrer le Médiateur en dehors de l'administration communale.

Considérant l'ensemble des réactions de la Commune (aucune réponse de mai à novembre 2019, ensuite une réaction lapidaire sans analyse circonstanciée, aucune flexibilité pour rencontrer le Médiateur malgré les efforts entrepris par ce dernier), il s'agit manifestement d'un manque de respect non seulement envers le citoyen qui souhaite trouver un arrangement à l'amiable, mais aussi d'un refus de collaborer avec l'institution du Médiateur.

ADMINISTRATIONS COMMUNALES

ETAT CIVIL

Refus de célébrer un mariage [2020/03]

Le Médiateur a été saisi d'un dossier par un ressortissant de pays tiers qui avait introduit au mois de juin 2019 un dossier à la Commune en vue de son mariage. Le dossier n'a fait l'objet d'aucune instruction de la part de l'agent communal qui en était en charge. Ce n'est que fin octobre – début novembre qu'un autre agent communal s'en occupe finalement et envoie le dossier au Procureur pour avis. Dans son avis, ce dernier soulève le défaut de détention de passeport ainsi que le jugement du Tribunal administratif déboutant l'intéressé de sa demande de protection internationale.

Entretemps l'intéressé a remis un passeport à la Direction de l'Immigration et une copie à l'administration communale de même qu'une copie de l'attestation de dépôt d'une demande de protection internationale. Fin novembre, ces documents ont une nouvelle fois été envoyés au Procureur pour avis. Ce dernier a informé l'agent communal que, selon lui, la Commune ne devrait pas célébrer le mariage ni publier les bans, car en cas d'annulation de l'attestation de dépôt d'une demande de protection internationale suite au jugement du Tribunal administratif, la commune ne pouvait délivrer de certificat de résidence.

Or le Médiateur a attiré l'attention sur le fait inconnu du Procureur que le demandeur avait fait appel du jugement, de sorte qu'il disposait toujours d'une attestation de dépôt de demande de protection internationale valable. Le Procureur en a conclu qu'il y avait lieu pour lui uniquement de recevoir une copie conforme du passeport du demandeur, copie qui a pu être fournie, de sorte que l'union a finalement pu être planifiée.

ADMINISTRATIONS COMMUNALES

URBANISME

Construction sans autorisation [2020/04]

Le Médiateur a été saisi d'une réclamation par une personne sommée par sa commune de lui adresser une demande d'autorisation de construire en bonne et due forme suite à la constatation par elle d'un aménagement non autorisé dans le jardin.

Le réclamant explique qu'avant le début des travaux, il se serait rendu personnellement auprès du secrétariat du Service technique pour expliquer son projet de construction. Le secrétaire se serait adressé à son supérieur qui l'aurait informé que le demandeur n'aurait pas à remplir de demande d'autorisation pour son projet pour entamer ces travaux.

S'appuyant sur cette information, l'intéressé a lancé son projet de construction et engagé d'importants frais.

Quelques mois plus tard, la Commune a rendu l'intéressé attentif au fait qu'une autorisation de construire aurait dû être sollicitée et que le règlement sur les bâtisses n'était pas respecté car l'aménagement devrait respecter un recul latéral de cinq mètres par rapport à la limite du terrain.

Le réclamant réplique avoir énoncé préalablement de manière très claire le projet qu'il entendait réaliser.

Lors d'une réunion entre parties, intervenue suite à la sommation, il a été nié par l'agent communal qu'une telle affirmation aurait été faite.

Le Médiateur est intervenu auprès de la Commune pour faire valoir que, si comme le dit le réclamant, des renseignements inexacts lui avaient été fournis, lesquels seraient à l'origine de la dépense d'une importante somme d'argent (en quelque sorte des fonds perdus puisque le réclamant est invité à démonter l'aménagement déjà installé), ceci serait éventuellement à considérer comme une faute de nature à engager la responsabilité civile de la commune.

Le Médiateur a demandé au Bourgmestre de lui indiquer de manière plus précise, ce qui était prévu de façon générale au sujet des aménagements en question à la date de la demande orale du réclamant et si une disposition du règlement applicable au jour de son intervention prévoyait une possible dérogation au sujet du recul latéral à respecter.

S'il y avait lieu de conclure que l'aménagement en cause ne serait pas régularisable du fait du non-respect de la distance par rapport à la limite du terrain, le Médiateur demande au Bourgmestre de l'informer s'il était disposé à discuter d'une éventuelle indemnisation du réclamant en raison de la faute commise.

La Commune a pris position comme suit par rapport à la demande d'informations du Médiateur :

A l'automne 2018, la commune a constaté un aménagement dans le jardin sans autorisation de construire et a invité l'intéressé à régulariser la situation.

En vertu de l'article 37 de la loi modifiée du 19 juillet 2004 concernant l'aménagement communal et le développement urbain, toutes les constructions sont soumises à autorisation du bourgmestre. Le Bourgmestre poursuit en indiquant que le terme de construction vise tout assemblage de matériaux, reliés de manière durable et solide, le cas échéant incorporé au sol, ou à tout le moins relié ou adhérent au sol.

Les critères pour déterminer l'existence d'une telle construction résidant partant dans les dimensions de l'édifice, les matériaux employés et son caractère de durabilité (Cour adm. 7 juin 2012, n°29650C).

Selon le Bourgmestre, l'aménagement tel qu'il avait été réalisé constituait dès lors une construction au sens de l'article 37 de la loi du 19 juillet 2004 concernant l'aménagement communal et le développement urbain.

Le fait d'avoir réalisé la construction, sans par ailleurs avoir sollicité une autorisation de construire de la part du Bourgmestre, constitue dès lors une violation des articles applicables. Les responsables communaux contestent formellement et énergiquement que le secrétariat du service technique de la commune aurait donné, tel qu'affirmé par l'intéressé, des renseignements (oraux), selon lesquels aucune autorisation de construire ne serait nécessaire pour la construction envisagée. Selon le Bourgmestre, une telle déclaration n'a certainement jamais été faite par les services communaux compte tenu des obligations légales qui découlent des textes applicables.

Par ailleurs, même si une autorisation de construire avait été demandée, elle n'aurait pu être délivrée.

Finalement et afin d'être complet, le Bourgmestre explique qu'en ce qui concerne des éventuelles dérogations au sujet du recul latéral à respecter, les textes communaux prévoient des situations dans lesquelles le Bourgmestre peut autoriser de déroger aux règles fixant le recul des constructions sur les limites de la parcelle dans quatre cas limitativement énumérés. Les pouvoirs ainsi conférés au bourgmestre devant s'exercer dans le strict respect des attributions du conseil communal, le bourgmestre doit nécessairement se livrer à une interprétation stricte de telles dérogations (ex : trib adm. 6 mai 2009, n°24403). Or la construction dont il est question ne tombait dans aucun des cas d'ouverture de l'article applicable, de sorte qu'aucune dérogation aux reculs latéraux applicables n'était possible.

Le Bourgmestre conclut en soulignant qu'étant donné qu'aucune faute ne pouvait être reprochée à la Commune, tous les frais relatifs à la construction et à l'enlèvement de celle-ci sont donc à supporter exclusivement par l'intéressé.

Etant donné la position ferme du Bourgmestre et l'impossibilité de prouver le déroulement des faits, le Médiateur n'avait pas d'éléments tangibles pour faire changer de position l'Administration communale.

ADMINISTRATIONS COMMUNALES

RÉSEAUX

Factures d'eau élevées [2020/05]

Le Médiateur a été saisi de deux réclamations à l'encontre de communes suite à la réception de factures d'eau dont le montant était particulièrement élevé.

Dans le premier cas, il est apparu qu'il y avait eu une consommation d'eau très importante durant trois mois en 2016. La facture avait été contestée par les réclamants et la Commune était venu faire un contrôle sur place. Pendant deux ans, les intéressés n'avaient reçu aucune nouvelle de la commune et ont donc légitimement pu penser que l'affaire était réglée. En 2019, la Commune leur a adressé un rappel. La Commune s'excuse du retard mais explique par ailleurs qu'aucune anomalie ni dysfonctionnement du compteur n'avaient été constatés de sorte que la somme était due.

Les réclamants ont expliqué au Médiateur qu'il n'y avait eu aucune constatation de fuite, qu'après cette consommation excessive, le compteur aurait fonctionné à nouveau normalement et qu'il n'y avait pas non plus eu de travaux dans l'environnement direct qui auraient pu expliquer cette consommation.

Etant donné que le compteur avait été remplacé entretemps, un étalonnage du compteur n'était plus possible.

La Commune a indiqué qu'un paiement échelonné était évidemment possible.

En l'espèce, le Médiateur n'a pas pu intervenir dans le dossier alors qu'aucun élément ne lui permettait d'affirmer que la facture n'était pas due.

Dans un autre dossier similaire, les réclamants se plaignaient de factures de consommation d'eau excessives depuis l'installation d'un nouveau compteur intelligent ainsi que la mise en compte de la facture se rapportant au remplacement du compteur en début d'année 2019.

Malgré l'absence très fréquente du couple de leur domicile, le compteur aurait indiqué une consommation très élevée et une consommation annuelle moyenne se situant entre 450 et 500 m3.

Même durant l'absence des réclamants, alors que les vannes étaient fermées, il y aurait eu consommation d'eau.

Les réclamants ont fait vérifier l'installation par une société spécialisée qui certifie que leur dépanneur n'a pas constaté de fuite sur le système de traitement d'eau le jour de la révision de l'appareil.

La Commune a fait procéder à l'étalonnage du compteur par l'institut ILNAS. Aucune erreur n'a été constatée sur l'ancien compteur, de sorte que l'intervention sollicitée par les réclamants leur a été facturée.

Depuis le remplacement du compteur, la consommation d'eau est redevenue normale.

En conclusion, la consommation élevée a commencé suite à l'installation du précédent compteur intelligent et a pris fin à l'installation d'un nouveau compteur intelligent. Aucune fuite n'a été détectée sur le réseau. De toute façon, s'il y avait eu une fuite, il semble probable qu'elle n'aurait pas été résolue avec l'installation d'un nouveau compteur.

Le Médiateur, comprenant bien que la Commune, qui a fait procéder à l'étalonnage du compteur, lequel s'est révélé non-défectueux, insiste pour le règlement de ses factures, mais comprend également que les intéressés ont du mal à accepter que la Commune leur réclame les montants tels que facturés.

Une entrevue a eu lieu lors de laquelle les parties ont eu l'occasion de partager leurs points de vue.

Les représentants de la Commune ont toutefois expliqué ne pas être en mesure de revenir sur leur décision étant donné qu'aucun élément objectif ne leur permettait d'exclure la consommation d'eau en question.

ADMINISTRATIONS COMMUNALES

CIRCULATION

Interdiction de stationner [2020/06]

Le Médiateur a été saisi d'un dossier par une personne qui contestait une facture de la Commune d'un montant de 50 euros.

Le réclamant avait demandé à la Commune d'émettre une interdiction de stationner le long de son jardin sur une longueur d'environ 13 mètres, ceci pour permettre des livraisons. Selon le règlement communal applicable, l'interdiction de stationner est gratuite pour une longueur inférieure ou égale à 15 mètres.

Pour l'interdiction de stationner sur les cinq places en bataille situées le long de son jardin, la Commune a pris en compte une longueur de cinq mètres par place de stationnement, ce qui a pour conséquence que le calcul théorique porte l'interdiction à 5×5 mètres = 25 mètres. Or chaque mètre dépassant les 15 mètres donne lieu au paiement de 5 euros.

La Commune considère donc une longueur totale théorique de 25 mètres alors que seuls 13 mètres ont été bloqués (alors qu'il s'agissait de places en bataille).

Il est un fait que pour obtenir l'interdiction de stationnement le long du jardin, il était nécessaire d'interdire le stationnement sur les cinq places de stationnement. Cependant le règlement communal concernant la taxe d'occupation temporaire du domaine public en cas de livraison prévoit que « Une longueur inférieure ou égale à 15 mètres sur la voirie y est réservée gratuitement. », sans qu'il soit fait mention d'un quelconque calcul théorique en fonction du nombre de places de stationnement bloquées. Dès lors et comme moins de 15 mètres ont été bloqués, cette occupation temporaire devrait, selon le Médiateur, être gratuite.

Le Médiateur a donc demandé au Bourgmestre sur quoi la Commune se base pour procéder au calcul de 5×5 mètres en cas de livraison de matériel, alors que dans le règlement communal il est uniquement fait mention d'une occupation sur une longueur de plus ou de moins de 15 mètres.

Le Bourgmestre explique qu'effectivement la première réclamation du réclamant a été traitée comme d'autres auparavant sans que personne n'ait jamais par la suite remis en question le raisonnement de la Commune.

La Commune a toutefois procédé à une nouvelle analyse de la situation concrète et le Bourgmestre constate effectivement qu'une certaine ambiguïté existe dans le texte du règlement-taxe général concernant l'occupation temporaire du domaine public, de sorte que, pour ce cas précis et à titre exceptionnel, le collège échevinal a décidé d'annuler la facture et a en même temps chargé ses services de proposer une nouvelle formulation de l'article en question, formulation qui ne devra pas prêter à équivoque.

AFFAIRES RELEVANT DE L'ETAT

MINISTÈRE DES AFFAIRES ÉTRANGÈRES ET EUROPÉENNES

Protection internationale

Refus de protection internationale en raison d'une interprétation subjective des faits décrits [2020/07]

Le Médiateur profite de l'occasion pour préciser qu'en 2019 peu de cas de lenteur en matière de protection internationale lui ont été rapportés.

Il n'a été que rarement saisi en matière de refus de protection internationale.

Toutefois, le Médiateur a été saisi par un jeune homme qui s'est vu refuser une protection internationale.

En raison de la stricte confidentialité des rapports d'entretien en matière de protection internationale, le Médiateur ne va pas rentrer dans le détail des faits déclarés.

Mais le Médiateur a découvert au cours de son analyse que parmi les nombreux faits rapportés par le demandeur, un fait essentiel ne semble pas avoir suffisamment été considéré dans le cadre de l'analyse ministérielle :

Le concerné a décrit avoir fait l'objet d'une atteinte grave au sens de l'article 48 de la loi du 18 décembre 2015 relative à la protection internationale et à la protection temporaire et avoir appris plus tard d'un membre de famille occupant un poste décisif que cette attaque a été mise en place par un groupe terroriste qui l'a ensuite revendiqué pour exercer pression et menacer le membre de famille du réclamant.

Il s'agissait aussi bien d'une attaque d'une gravité suffisante que d'acteurs de persécution à l'origine de ces actes tels que prévus parmi les critères d'octroi d'une protection internationale.

Par ailleurs, le Médiateur a insisté sur le fait que la crédibilité du réclamant n'a pas été remise en question par le Ministère et que par conséquent l'ensemble de son récit devrait être pris en considération dans le cadre de l'analyse ministérielle.

Le Médiateur s'est référé à l'article 37 (5) de la loi du 18 décembre 2015 relative à la protection internationale et à la protection temporaire qui devrait trouver application en l'occurrence :

« Lorsque certains aspects des déclarations du demandeur ne sont pas étayés par des preuves documentaires ou autres, ces aspects ne nécessitent pas confirmation lorsque les conditions suivantes sont remplies :

a) le demandeur s'est réellement efforcé d'étayer sa demande ;

b) tous les éléments pertinents à la disposition du demandeur ont été présentés et une explication satisfaisante a été fournie quant à l'absence d'autres éléments probants ;

*c) les déclarations du demandeur sont jugées cohérentes et plausibles et elles ne sont pas contredites par les informations générales et particulières connues et pertinentes pour sa demande ;
d) le demandeur a présenté sa demande de protection internationale dès que possible, à moins qu'il puisse avancer de bonnes raisons pour ne pas l'avoir fait ; et
e) la crédibilité générale du demandeur a pu être établi ».*

Les critères précités étaient remplis dans le chef du réclamant.

Ce n'est que dans la phase du recours, que le Ministère a estimé que les déclarations du réclamant dans le contexte précité seraient contradictoires – ceci probablement pour justifier le fait d'avoir omis cet élément déterminant dans l'analyse.

La Direction de l'Immigration a refusé dans un premier temps de prendre position de façon détaillée par rapport à la question soulevée par le Médiateur, alors que l'avocat n'aurait pas remis en question cet élément précis de l'analyse dans le cadre du recours.

Après avoir dû expliquer à nouveau son rôle, le Médiateur a ensuite demandé à quel niveau le Ministère constate précisément une contradiction par rapport aux déclarations formulées dans ce contexte.

Le Ministère a répondu qu'il est d'avis qu'il se peut parfaitement qu'un demandeur de protection internationale ajoute des détails inventés à des faits réellement vécus pour tenter de faire croire que sa situation serait plus grave qu'elle ne l'est en réalité – ceci pour augmenter les chances de se voir accorder une protection internationale.

C'est la raison pour laquelle il a été retenu dans la décision ministérielle que les déclarations selon lesquelles les auteurs de l'accident auraient été des membres d'un groupe terroriste constituent une simple supposition.

Le Ministre a renvoyé au recours introduit par le réclamant contre la décision ministérielle et retient qu'il appartient désormais aux juges d'estimer quels sont les éléments crédibles du dossier.

Le Médiateur regrette cette prise de position ferme, alors qu'aucun élément objectif du dossier ne permet de conclure que le réclamant « ajoute des détails inventés ».

Cette absence d'élément justificatif objectif donne l'impression que pour des raisons purement subjectives, des faits déterminants rapportés par le réclamant ont été ignorés.

Le Médiateur conseille au Ministre de ne plus faire usage de sa marge d'interprétation en défaveur des demandeurs de protection internationale lorsqu'il ne peut pas citer des contradictions objectivement vérifiables dans le rapport d'entretien.

AFFAIRES RELEVANT DE L'ETAT

MINISTÈRE DES AFFAIRES ÉTRANGÈRES ET EUROPÉENNES

Regroupement familial

Le Médiateur constate qu'en 2019, il a encore régulièrement reçu des réclamations en matière de regroupement familial et que les relations entre la Cellule compétente et son service sont restées productives, alors que les collaborateurs réservent habituellement des réponses rapides aux demandes d'information du Médiateur et de ses collaborateurs.

Le Médiateur regrette toutefois qu'en 2019, dans plusieurs dossiers importants, les suites réservées aux demandes de réexamen de plusieurs dossiers en matière de regroupement familial aient été négatives :

Refus d'application de l'article 69 (3) de la loi modifiée du 29 août 2008 portant sur la libre circulation des personnes et l'immigration [2020/08]

En ce qui concerne la présente problématique, le Médiateur renvoie à ses deux rapports annuels précédents.

Pour pouvoir bénéficier de certaines conditions allégées en matière de regroupement familial (p.ex. ne pas devoir justifier des ressources suffisantes et disposer d'un logement pour accueillir les membres de sa famille), les bénéficiaires de protection internationale n'ont qu'une période de 3 mois pour effectuer la demande de regroupement familial à partir du moment de l'octroi d'une protection internationale.

L'article 69 (3) de la loi modifiée du 29 août 2008 prévoit ainsi : « *Le bénéficiaire d'une protection internationale peut demander le regroupement des membres de sa famille définis à l'article 70. Les conditions du paragraphe (1) qui précède, ne doivent être remplies que si la demande de regroupement familial est introduite après un délai de trois mois suivant l'octroi d'une protection internationale.* »

Le Médiateur ne peut que répéter que cette période est souvent trop courte pour rapporter les pièces exigées par la Direction de l'Immigration.

Le Médiateur regrette de constater que dans le cadre d'un dossier récent, un regroupement familial a été refusé en raison d'un léger retard par rapport au délai de 3 mois, ceci malgré l'intérêt supérieur de l'enfant resté au pays.

Il s'agit d'un neveu pour lequel la tante au Luxembourg a le droit de garde car la mère de l'enfant (sœur de la réclamante) est décédée et le père incapable de s'occuper de lui en raison d'une maladie mentale. Le retard par rapport au délai de 3 mois était de quelques jours seulement.

Il existe un jugement qui établit le droit de garde, mais ensemble avec la demande la réclamante n'a pu fournir qu'une copie et l'envoi de l'original avec une traduction a suivi peu après.

Il y a lieu de préciser que la demande a été introduite dans un délai de 3 mois à partir de la notification de l'octroi de protection internationale à l'avocate, mais quelques jours en retard par rapport à la date décisive, à savoir la notification de l'octroi de protection internationale à la réclamante.

Dans un premier temps le Ministère n'a pas réagi en signalant ce retard léger de quelques jours, mais en précisant qu'il s'agit d'un dossier incomplet, ne comprenant qu'une copie de preuve du lien familial.

Lorsque l'original et la traduction sont parvenus seulement peu de temps après, le Ministère a quand-même jugé utile d'invoquer le retard d'envoi et le caractère incomplet du dossier endéans les 3 mois. Le début de preuve (copie numérisée du jugement) n'a pas été accepté.

Le Médiateur est intervenu à deux reprises, mais malheureusement sans succès. Le Ministère a maintenu sa position malgré l'intérêt supérieur de l'enfant invoqué par le Médiateur.

Dans ce contexte, le Médiateur se permet de rappeler que l'intérêt supérieur de l'enfant retenu dans la Convention relative aux droits de l'enfant est une norme supérieure qui prime clairement un délai administratif fixé par la loi nationale.

En l'occurrence une question de délais administratifs semble s'opposer à l'intérêt d'un enfant de 9 ans, qui après avoir perdu sa mère et ne pouvant pas être pris en charge par son père malade, ne peut pas non plus rejoindre sa tante qui a la garde sur lui.

L'intérêt de l'enfant devrait primer sur un délai légal qui, en cas d'application extensive (considérant la date de notification de la décision de protection internationale à l'avocate) serait respecté, respectivement en cas d'application restrictive (considérant la date de notification de la décision de protection internationale à l'intéressée) dépassé de seulement quelques jours.

Le Médiateur regrette de constater qu'une telle rigueur administrative soit opposée à un enfant de 9 ans qui est ainsi empêché de rejoindre le proche qui s'occupe de lui.

Cas de rigueur en matière de regroupement familial [2020/09]

Pour illustrer le nombre de problèmes qui peuvent se poser dans le cadre d'un regroupement familial, le Médiateur se réfère au cas de figure d'une jeune bénéficiaire de protection internationale dont le père a été assassiné dans le pays d'origine et la mère est décédée peu après.

En tant que seul enfant adulte du couple décédé, le jeune homme témoigne avoir dû laisser deux frères et une sœur mineure dans une région déterminée de son pays d'origine en raison d'une fuite interne qu'il aurait dû opérer face à des persécutions.

Malheureusement la fuite interne n'a pas suffi, et le jeune homme a dû dans une deuxième phase fuir définitivement le pays, laissant non seulement 2 frères et 1 sœur mineurs orphelins, mais aussi son épouse et ses deux enfants en bas âge (à deux endroits différents).

Pendant la durée de traitement de sa demande de protection internationale, le village dans lequel habitent les 2 frères et la sœur a été attaqué par une organisation terroriste et son frère de 9 ans a disparu pendant ces attaques.

L'électricité et le réseau téléphonique y étaient coupés suite aux attaques pendant 3-4 mois et le réclamant a reçu cette information concernant la disparition plus tard.

Lorsque le concerné s'est vu octroyer le statut du réfugié il avait 3 mois pour introduire les demandes de regroupement familial pour pouvoir profiter des conditions allégées. Dans ce contexte, il lui était impossible de compléter le dossier pour son petit frère disparu.

Peu après, une personne du village a contacté le réclamant, car elle a cru avoir vu son petit frère, mais cette information n'a pas été confirmée par la suite.

Le dossier du réclamant n'est toujours pas débloqué à l'heure actuelle.

Tandis que l'épouse et les enfants du réclamant ont pu bénéficier du regroupement familial, le regroupement familial n'a toujours pas été accordé au frère non disparu et à la sœur tous deux mineurs.

Comme le réclamant a effectué une fuite interne avant d'avoir définitivement dû fuir du pays, il est remis en question que ses frères et sa sœur sont effectivement à sa charge.

Pour rapporter les preuves nécessaires (jugement relatif au droit de garde), le réclamant devrait retourner dans son pays d'origine.

Le Médiateur est d'avis que les autorités compétentes devraient être munies d'une plus grande flexibilité, leur permettant de remédier à des situations injustes tel qu'il est le cas dans le cadre du présent dossier.

Comme le réclamant a déjà dû assumer, avec la disparition de son petit frère, les conséquences tragiques et probablement irrémédiables suite à sa fuite du pays, le Médiateur ose espérer qu'une solution pourra être trouvée sur le niveau administratif pour éviter des tragédies supplémentaires.

Affaire à suivre...

Remise en question de la qualité de « mineur non-accompagné » dans le contexte d'une demande de regroupement familial avec les parents [2020/10]

En principe, les mineurs non-accompagnés ont droit au regroupement familial avec leurs parents sans devoir rapporter les mêmes preuves que des enfants adultes qui souhaitent un regroupement familial pour leurs parents, à savoir les preuves que les parents dépendent financièrement d'eux et n'ont pas d'autre soutien familial dans le pays d'origine.

Dans un dossier récent, la Direction de l'Immigration a toutefois estimé qu'une mineure n'était pas à considérer comme « non-accompagnée », alors que son frère qui l'accompagne est son tuteur. Le Ministère a donc exigé les preuves précitées comme pour un enfant adulte en renvoyant à l'article 70

(5) de la loi modifiée du 29 août 2008 sur la libre circulation des personnes et l'immigration qui dispose ce qui suit :

« L'entrée et le séjour peuvent être autorisés par le ministre :

a) aux ascendants en ligne directe au premier degré du regroupant ou de son conjoint ou partenaire visé au paragraphe (1), point b) qui précède, lorsqu'ils sont à sa charge et qu'ils sont privés du soutien familial nécessaire dans leur pays d'origine ; (...) ».

Au moment de la demande, l'avocat a précisé que la mineure n'était pas sous la responsabilité de son frère au sens de la loi luxembourgeoise et qu'elle était donc à considérer comme mineure non-accompagnée.

Ce n'est que presque deux mois plus tard et après qu'une tutelle ait été ouverte que son frère a été désigné administrateur public.

Le Ministère a ensuite demandé les preuves supplémentaires précitées.

En réaction, l'avocat s'est référé plus particulièrement à l'arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne du 12 avril 2018 dans l'affaire C-550/16 qui définit le terme de mineur non-accompagné – ceci pour contester l'interprétation ministérielle réservée au statut de sa mandante.

Le Ministère n'a toutefois pas réagi aux arguments de l'avocat et a simplement réitéré l'exigence de preuves d'existence d'une charge financière des parents envers la jeune fille ou son frère.

Le Médiateur a ensuite insisté sur les termes de l'arrêt précité et en a rappelé les conclusions :

« L'article 2, initio et sous f), de la directive 2003/86/CE du Conseil du 22 septembre 2003, relative au regroupement familial, lu en combinaison avec l'article 10, paragraphe 3, sous a), de celle-ci, doit être interprété en ce sens que doit être qualifié de « mineur », au sens de cette disposition, un ressortissant de pays tiers ou un apatride qui était âgé de moins de 18 ans au moment de son entrée sur le territoire d'un État membre et de l'introduction de sa demande d'asile dans cet État, mais qui, au cours de la procédure d'asile, atteint l'âge de la majorité et se voit par la suite reconnaître le statut de réfugié. »

Le Médiateur a rappelé que lorsque les concernés sont entrés sur le territoire des Etats membres, à savoir, la Grèce (pays à partir duquel ils ont été relocalisés vers le Luxembourg), le frère n'était pas le représentant de sa sœur mineure.

Ce moment est pourtant déterminant pour l'analyse de ce dossier et pour évaluer si la jeune fille est à considérer comme étant mineure non-accompagnée.

Le fait qu'ils ont dû attendre d'abord une décision en Grèce, et après leur relocalisation, une décision au Luxembourg et que ce long délai d'attente ait poussé le frère à devenir le représentant de sa sœur, faute de quoi un tuteur ad hoc, tiers à la jeune mineure aurait été désigné, ne peut pas jouer en défaveur de la jeune fille dans le contexte de sa demande de regroupement familial.

Cette façon d'évaluer le dossier est contraire à l'esprit de l'arrêt précité dont le but était justement d'éviter que le délai d'attente en matière de protection internationale risque de priver un mineur non-accompagné de ses droits en matière de regroupement familial.

Le Médiateur a demandé une analyse des arguments précités et, en cas de réponse négative, de faire parvenir une décision susceptible de recours à la réclamante pour lui permettre de faire valoir ses droits.

La Direction de l'Immigration a rejeté la demande sur base du même argument invoqué dans le cadre de sa première réponse, sans pour autant réagir ni aux arguments de l'avocat ni à ceux du Médiateur.

Le Médiateur regrette de devoir constater que la Direction de l'Immigration n'a même pas pris la peine de réagir aux arguments présentés par l'avocat et par lui-même, ce qui serait la moindre des choses dans le cadre d'une question aussi essentielle que le bien-être d'un enfant.

Pour être complet, il y a lieu de préciser que plusieurs mois après l'intervention du Médiateur, cette question a été tranchée par les juridictions administratives et notamment en faveur de la Direction de l'Immigration.

L'importance de l'âge des sœurs/frères du mineur non-accompagné restés au pays d'origine [2020/11]

Contrairement au cas de figure qui précède, le Médiateur se réjouit de pouvoir citer un exemple de réaction positive de la Direction de l'Immigration dans le cadre d'un regroupement familial.

Un bénéficiaire de protection internationale mineur a introduit une demande de regroupement familial dans le chef des membres de famille suivants, restés en Syrie : la mère, la sœur mineure, la sœur ayant atteint la majorité pendant la durée de traitement de la demande de protection internationale de son frère au Luxembourg.

Tandis que des autorisations de séjour temporaires au titre de membres de famille ont été accordées à la mère et la sœur en date du 26 mars 2019, la demande introduite dans le chef de la sœur majeure a été refusée.

C'est dans le contexte de cette décision de refus que l'avocat a adressé un courrier à la Direction de l'Immigration.

Le Médiateur, ensemble avec Monsieur René SCHLECHTER, Ombudsman fir Kanner a Jugendlecher, qu'il tient à remercier pour cette collaboration étroite, sont intervenus dans le cadre d'une action concertée, pour souligner qu'ils partagent l'argument de l'avocat de l'adolescente, selon lequel il y a lieu de considérer que la sœur concernée était mineure au moment du dépôt de la demande de protection internationale de son frère et non pas de considérer comme *dies a quo* la date de l'octroi de ladite protection ou celle de la demande de regroupement familial.

En effet, le cas contraire reviendrait effectivement à faire dépendre les droits en matière de regroupement familial des délais de procédure en matière de protection internationale.

Les deux Ombudsman ont renvoyé à l'analogie existante entre le cas de figure d'un enfant mineur à regrouper et le cas de figure d'un mineur non-accompagné en qualité de regroupant. Dans ce contexte, il a été renvoyé à l'arrêt de la Cour de Justice de l'Union européenne du 12 avril 2018 dans l'affaire C-550/16, suite à un renvoi préjudiciel, ayant tranché la question de savoir de quelle façon le terme de mineur non-accompagné est à définir dans ce contexte.

Pour éviter que les conséquences de la durée de traitement de demandes de protection internationale incombent aux demandeurs de protection internationale mineurs non-accompagnés, la CJUE a décidé dans l'affaire précitée que « l'article 2, initio et sous f), de la directive 2003/86/CE du Conseil, du 22 septembre 2003, relative au regroupement familial, lu en combinaison avec l'article 10, paragraphe 3, sous a), de celle-ci, doit être interprété en ce sens que doit être qualifié de « mineur », au sens de cette disposition, un ressortissant de pays tiers ou un apatride qui était âgé de moins de 18 ans au moment de son entrée sur le territoire d'un État membre et de l'introduction de sa demande d'asile dans cet État, mais qui, au cours de la procédure d'asile, atteint l'âge de la majorité et se voit par la suite reconnaître le statut de réfugié. »

Pareil raisonnement devrait en toute logique s'appliquer aux enfants de l'ascendant direct du mineur non-accompagné ayant toutefois atteint l'âge de majorité en cours de traitement de la demande de protection internationale du mineur non-accompagné qui demande un regroupement familial en leur faveur par la suite.

Le Ministre a également été rendu attentif au fait que la mère et la sœur mineure refusent de quitter la Syrie sans la sœur majeure.

Il leur est impossible d'abandonner la jeune femme dans une région qui était encore récemment occupée par l'Etat islamique.

Par ailleurs, il est important de considérer que les dernières années, la jeune femme n'a pas pu bénéficier d'une scolarité telle qu'une autre jeune fille de son âge en raison des conflits régnant en Syrie.

En attendant les suites réservées à la demande introduite en faveur de la sœur majeure, les membres de famille auxquels le regroupement familial est accordé s'exposent eux aussi aux dangers de la guerre syrienne.

Il est donc important pour eux de connaître les suites réservées au dernier courrier de l'avocat dans les meilleurs délais.

Suite à l'intervention commune du Médiateur avec l'Ombudsman pour le droit des enfants, le Ministre de l'Immigration et de l'Asile a débloqué le dossier en faveur de la jeune femme.

Difficultés d'octroi d'un visa dans le contexte d'un regroupement familial en faveur de membres de famille de bénéficiaires de protection internationale érythréens [2020/12]

Lorsqu'un membre de famille se voit accorder une autorisation de séjour temporaire pour pouvoir rejoindre le regroupant au Luxembourg, il doit ensuite aller demander un visa D auprès de l'Ambassade/du consulat compétent sur place.

Le Médiateur a été rendu attentif au fait que le calendrier érythréen diffère fortement de notre calendrier et que dans ce contexte les traductions des actes de naissance érythréens posent problème. Dans le cas de figure de l'époux d'une bénéficiaire de protection internationale au Luxembourg, la date figurant sur l'acte de naissance était traduite de façon différente.

Tandis qu’une autorisation de séjour temporaire émise au nom de l’époux renseignait sur une date de naissance X, le visa a été demandé avec une date de naissance Y.

Il ne s’agissait pas d’une contradiction due à un problème d’acte de naissance, mais à un problème de traduction de l’acte de naissance.

Une troisième traduction a été demandée, et le problème semble avoir été réglé.

La deuxième autorisation de séjour temporaire a été émise pour l’époux avec date de naissance Z, tandis que la demande de visa a été demandée avec la date de naissance X (celle de la première autorisation d’occupation temporaire).

Le Ministère a alors fait appel à un traducteur qui l’informe qu’en effet les dates traduites X, Y et Z ne correspondent pas à la date renseignée sur l’acte de naissance et qu’effectivement la demande devrait être faite avec la date A.

L’avocat a ensuite demandé une contre-expertise.

Le Médiateur a été surpris d’apprendre que le calendrier érythréen puisse provoquer autant de confusions en matière de traduction et regrette que ce genre de problème fasse autant retarder un regroupement familial.

Il ne peut néanmoins pas reprocher au Ministère de vouloir vérifier de façon détaillée l’identité des personnes à regrouper afin d’être sûr que les autorisations émises sous son autorité correspondent aux données figurant dans l’acte de naissance.

Le Médiateur n’est donc pas intervenu dans le cadre de ce dossier.

AFFAIRES RELEVANT DE L'ETAT

MINISTÈRE DES AFFAIRES ÉTRANGÈRES ET EUROPÉENNES

Autorisation de séjour

Les restrictions au droit de séjour des citoyens de l'Union européenne [2020/13]

Grand nombre de personnes ne sont pas conscientes que le droit de séjour en tant que citoyen de l'Union européenne est restreint par certaines limites imposées par la loi modifiée du 29 août 2008 sur la libre circulation des personnes et l'immigration.

On peut donc s'imaginer l'étonnement d'un citoyen de l'Union qui reçoit un courrier ministériel, l'informant que le Ministère a l'intention de révoquer son droit de séjour au Luxembourg et l'invite à formuler ses remarques dans ce contexte.

Le Médiateur reçoit de temps en temps des appels de personnes ayant reçu un tel courrier et constate donc régulièrement le manque d'information existant relatif aux limites imposées en matière de droit de séjour des citoyens de l'Union européenne.

L'article 24 de la loi précitée impose les conditions suivantes aux citoyens de l'Union qui ne bénéficient pas encore d'un droit de séjour permanent (condition pour le séjour permanent : séjour légal et ininterrompu de 5 ans) :

« (1) Le citoyen de l'Union et les membres de sa famille ont un droit de séjour tel que prévu aux articles 5 et 13 tant qu'ils ne deviennent pas une charge déraisonnable pour le système d'assistance sociale.
(2) Ils ont un droit de séjour d'une durée supérieure à trois mois tant qu'ils remplissent les conditions prévues aux articles 6, paragraphe (1) et 7 ou aux articles 14 et 16 à 18.
(3) Le recours au système d'assistance sociale par un citoyen de l'Union ou un membre de sa famille n'entraîne pas automatiquement une mesure d'éloignement du territoire.
(4) La charge pour le système d'assistance sociale est évaluée en prenant notamment en compte le montant et la durée des prestations sociales non contributives qui ont été accordées, ainsi que la durée du séjour. »

Au début de l'année 2019, un jeune homme, ressortissant de l'Union européenne et résident au Luxembourg, a reçu un courrier du Ministère qui était d'avis qu'il présenterait une charge déraisonnable pour le système d'assistance sociale aux termes de l'article 24 (4) précité. Il a été informé de l'intention du Ministre de retirer son droit de séjour et a été invité à présenter ses observations dans ce contexte – ce que le réclamant a ensuite fait avec l'aide d'une association.

Il a précisé qu'il perçoit le revenu pour personnes gravement handicapées et qu'il suit une mesure de réhabilitation professionnelle et thérapeutique dans le cadre d'un atelier protégé. Ce dernier ne peut pas habiter seul à cause de sa maladie et ne peut être séparé de sa sœur avec qui il cohabite au Luxembourg.

Malgré ces observations, la décision ministérielle annoncée a été prise et le Médiateur est intervenu suite au recours gracieux que le concerné a introduit avec l'aide d'une association.

Dans le cadre de son intervention, le Médiateur a précisé qu'il ressort du commentaire des articles des travaux parlementaires relatifs aux dispositions précitées que : « *Le recours aux aides sociales accessibles sans contrepartie, y compris le recours systématique à des hébergements d'urgence, le caractère récurrent du recours à l'assistance, la durée de la prise en charge sollicitée ainsi que son coût peuvent notamment être retenus comme indices d'une charge excessive* » (p.65 des travaux parlementaires).

Par conséquent, le législateur ne semble pas avoir voulu viser des personnes dans la situation du réclamant par les dispositions précitées concernant le retrait du droit de séjour en cas de charge déraisonnable. Ce dernier a été orienté vers un atelier protégé par la Commission d'orientation et de reclassement professionnel de l'ADEM.

En principe, les personnes orientées vers un atelier protégé perçoivent un salaire du fait de leur activité professionnelle. Il était toutefois d'usage que l'employeur du réclamant n'offrait des contrats rémunérés qu'après une certaine durée de l'activité, et comme le réclamant était bien intégré dans l'équipe, l'employeur a confirmé qu'il devrait en principe se voir proposer un contrat rémunéré à courte échéance.

Le Médiateur est d'avis qu'étant donné que le réclamant travaille en tant que personne à besoins spécifiques au sein d'un atelier protégé, il devrait en principe être considéré comme un salarié au sens de la loi du 12 septembre 2003 relative aux personnes handicapées, et qu'il n'était certainement pas l'intention du législateur de sanctionner une telle mesure d'intégration au travail par un retrait du droit de séjour.

Le réclamant ne fait pas partie des citoyens de l'Union ayant « recours aux aides sociales accessibles sans contrepartie » telles que décrites dans le cadre des travaux parlementaires.

Cette contrepartie qui a actuellement lieu sous forme d'heures de travail prestées devrait être prise en considération pour évaluer la charge aux termes de l'article 24 précité, étant donné qu'il n'est pas spécifié qu'il doit s'agir d'une contrepartie financière.

Le Ministère n'a pas partagé l'avis du Médiateur, en soulignant qu'une activité non rémunérée ne peut constituer une telle contrepartie, partant du constat que cette activité ne procure pas les ressources nécessaires afin de ne pas avoir recours au système d'assistance sociale.

Mais comme le Ministre vient d'apprendre qu'il existe l'éventualité d'une activité professionnelle rémunérée ultérieure, il est d'accord de suspendre la procédure de retrait du droit de séjour.

Dans ce cas de figure la situation s'est débloquée par un contrat rémunéré qui a finalement été signé peu de temps après.

Si le concerné avait continué son activité non rémunérée dans l'atelier protégé, le Ministre aurait retiré son droit de séjour malgré le fait qu'il s'agit d'une personne à besoins spécifiques réorientée vers un atelier protégé par une décision de l'ADEM – une mesure complètement indépendante de sa volonté.

Il s'agit donc d'une situation où une application restrictive des dispositions risque de créer des injustices.

AFFAIRES RELEVANT DE L'ETAT

MINISTÈRE DE L'ECONOMIE

Chambres professionnelles

Affiliation [2020/14]

Le Médiateur a été saisi d'une réclamation de la part d'une société qui s'estimait injustement lésée depuis l'entrée en vigueur de la loi modifiée du 2 septembre 2011 sur le droit d'établissement, en ce qu'elle se retrouvait, en raison de la diversité des activités qu'elle proposait, affiliée à deux chambres professionnelles différentes et qu'elle devait par conséquent s'acquitter de cotisations auprès de chacune d'elles.

La réclamante trouvait cette décision d'autant plus injuste, alors que le montant à payer au titre des cotisations en question était relativement élevé, ceci compte tenu de son chiffre d'affaires.

Après avoir effectué certaines recherches, le Médiateur a pu constater que la loi du 2 septembre 2011 portant réorganisation de la Chambre des Métiers et modifiant la loi du 26 octobre 2010 portant réorganisation de la Chambre de Commerce prévoit en son article 3 (2) que « *L'affiliation à la Chambre des Métiers exclut une affiliation en tant que ressortissant de la Chambre de Commerce, sauf dans les deux cas suivants :*

-s'il est établi qu'un ressortissant de la Chambre des Métiers, titulaire d'une autorisation ministérielle en qualité de commerçant, exerce de façon effective une activité commerciale sans aucun rapport avec son activité artisanale ;

-s'il est établi qu'un ressortissant de la Chambre des Métiers exerce en outre une activité industrielle ».

En vertu de cette disposition, une entreprise qui exerce plusieurs activités, lesquelles sont en rapport direct avec son activité principale, est exempte d'une double affiliation.

Le but de cette loi était notamment d'éviter au maximum une double affiliation de certaines sociétés, qui, en raison de la multiplicité de leurs activités, se retrouvent affiliées à deux chambres professionnelles différentes, notamment lorsque leurs activités sont étroitement liées.

Force était cependant de constater qu'un tel texte en vue d'éviter une double affiliation au titre des cotisations professionnelles n'existe pas pour toutes les chambres professionnelles, notamment pour la chambre de l'agriculture et la chambre des métiers, auxquelles était affiliée la réclamante. Aussi, le Médiateur a demandé au Ministre de l'Economie s'il ne serait pas opportun d'adopter un texte similaire pour des activités tombant dans le ressort d'autres chambres professionnelles que celles visées par la loi de 2011 susmentionnée.

Le Ministre de l'Economie a répondu positivement à cette proposition, en informant le Médiateur que le Ministre de l'Agriculture, de la Viticulture et du Développement rural était en train de prévoir une

refonte des textes législatifs et réglementaires afin d'éviter au maximum une double affiliation de sociétés à ces deux chambres professionnelles.

Le Médiateur salue cette initiative qui vient alléger les charges de nombreuses sociétés se trouvant dans la même situation que la réclamante.

AFFAIRES RELEVANT DE L'ETAT

MINISTÈRE DE L'ENSEIGNEMENT SUPÉRIEUR ET DE LA RECHERCHE

Aides financières pour études supérieures

Demande de remboursement suite à une erreur informatique [2020/15]

Au cours des années 2018 et 2019, le Médiateur a été saisi de sept réclamations relatives à des demandes de remboursement émises par le Centre de documentation et d'information sur l'enseignement supérieur (Cedies) en matière d'aides financières « indûment » perçues.

Dans chaque réclamation concernée, le Cedies a informé l'administré de son intention de révoquer une ou plusieurs décisions portant attribution d'une aide financière pour études supérieures. Cette communication a été faite conformément 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.

Pour motivation, le Cedies a indiqué que ces aides ont été attribuées en raison d'un bug informatique. Ainsi, « *en raison d'une erreur matérielle dans le logiciel de gestion des aides financières, les demandes ont été déclarées recevables* » alors que le réclamant ne remplissait en réalité par les conditions de l'article 3, paragraphe (5), point b) de la loi modifiée du 24 juillet 2014 concernant l'aide financière de l'Etat pour études supérieures.

Suite à cette décision de révocation, les administrés concernés ont pour certains introduit un recours gracieux auprès du Ministre de l'Enseignement supérieur et de la Recherche, faisant notamment valoir, outre la responsabilité de l'Administration ou le principe de légitime confiance, que ladite décision était intervenue hors délai et serait partant contraire à l'article 8 du règlement grand-ducal précité du 8 juin 1979. Conformément à cet article, le retrait rétroactif d'une décision ayant créée ou reconnue des droits n'est possible, en dehors des cas où la loi en dispose autrement, que pendant le délai imparti pour exercer contre cette décision un recours contentieux, ainsi que pendant le cours de la procédure contentieuse engagée contre cette décision.

Dans sa réponse aux administrés, Monsieur le Ministre a expliqué que les décisions de révocation étaient possibles alors que l'article 9 de la loi modifiée du 24 juillet 2014 précitée prévoit que les aides en question doivent être restituées lorsqu'elles ont été obtenues au moyen de déclarations que le bénéficiaire savait inexactes ou incomplètes. Partant, il estimait que la révocation des décisions était justifiée, alors que les décisions initiales d'attribution d'aides financières ont été prises sur « *base de données inexactes/incomplètes transmises au Ministère de l'Enseignement supérieur et de la Recherche* ».

Dans son intervention, le Médiateur a soulevé que l'article 9 de la loi modifiée du 24 juillet 2014 retient explicitement que le bénéficiaire devait savoir que ses déclarations étaient inexactes ou incomplètes, rien ne laissait pourtant supposer une telle intention de la part des administrés concernés.

Le Médiateur a rappelé en ce sens que cette affirmation était en contradiction avec l'argument initialement invoqué par le Cedies pour justifier la révocation des aides allouées, à savoir un simple bug informatique ou, plus précisément, une erreur matérielle dans le logiciel de gestion des aides qui avait eu comme conséquence que les demandes des réclamants avaient été déclarées recevables.

Le Médiateur a ainsi considéré que le Cedies admettait *in specie* et *expressis verbis* qu'aucune responsabilité dans l'inexactitude, sinon le caractère incomplet des données en cause, n'était imputable aux administrés.

Dans une communication adressée au Médiateur, Monsieur le Ministre l'a informé de l'étendue de ce dysfonctionnement informatique à 151 étudiants pour un montant global de 1.027.813 € (293.389 € pour la partie bourse et 734.424 € pour la partie prêt).

En somme, 151 étudiants ayant introduit une demande d'aides financières en bonne et due forme, se sont vus contraints de rembourser des aides financières plusieurs années après leur octroi et alors que le fait générateur de la demande de remboursement ne leur était pas imputable.

Le Médiateur a dès lors demandé à Monsieur le Ministre de renoncer à la demande de remboursement et de procéder, le cas échéant, à la restitution des aides déjà remboursées par certains étudiants.

Dans sa prise de position, Monsieur le Ministre a retenu que compte tenu du fait qu'une instance portant sur la même problématique « *est actuellement en cours devant les juridictions administratives, il ne saurait se prononcer davantage par rapport à ce sujet avant l'issue de cette affaire. Ainsi en attendant une décision des juridictions administratives en la matière, il se voyait contraint de maintenir sa position dans ce dossier tendant à exiger le remboursement d'aides financières pour études supérieures indûment perçues* ».

Suite au récent arrêt C-410/18 du 10 juillet 2019 de la Cour de Justice de l'Union européenne (CJUE)² et de l'aval donné par le Conseil de gouvernement au projet de loi portant modification de la loi modifiée du 24 juillet 2014 concernant l'aide financière de l'État pour études supérieures, Monsieur le Ministre de l'Enseignement supérieur et de la Recherche a informé le Médiateur avoir décidé pour l'ensemble des étudiants ayant soit implicitement (ceux qui n'ont pas commencé le remboursement)

² L'arrêt cité retient en son point 46 : « *Par conséquent, une règle telle que celle prévue par la législation nationale en cause au principal, qui subordonne l'octroi aux étudiants non-résidents d'une aide financière pour études supérieures à la condition d'avoir un parent ayant travaillé au Luxembourg pendant une durée minimale de cinq années sur une période de référence de sept années précédant la demande d'aide financière comporte une restriction qui va au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre l'objectif légitime visant à augmenter le nombre des diplômés de l'enseignement supérieur au sein de la population résidente.* »

Dans son dispositif, la Cour dit partant pour droit : « *L'article 45 TFUE et l'article 7, paragraphe 2, du règlement (UE) no 492/2011 du Parlement européen et du Conseil, du 5 avril 2011, relatif à la libre circulation des travailleurs à l'intérieur de l'Union, doivent être interprétés en ce sens qu'ils s'opposent à une législation d'un État membre, telle que celle en cause au principal, qui subordonne l'octroi d'une aide financière pour études supérieures aux étudiants non-résidents à la condition que, à la date de la demande d'aide financière, l'un des parents de l'étudiant ait été employé ou ait exercé une activité dans cet État membre pendant une durée d'au moins cinq ans sur une période de référence de sept ans calculée rétroactivement à partir de la date de ladite demande d'aide financière, dans la mesure où elle ne permet pas d'appréhender de manière suffisamment large l'existence d'un éventuel lien de rattachement suffisant avec le marché du travail de cet État membre.* »

soit explicitement (ceux qui ont intenté un recours gracieux / contentieux) refusé de donner suite à l'injonction de remboursement, de procéder à brève échéance à l'annulation des décisions de révocation, ainsi qu'aux rôles de restitution respectifs.

En même temps, sur demande explicite, il précisait au Médiateur qu'il ne procéderait pas à la restitution des sommes déjà remboursées par certains étudiants, étant donné que ceux-ci auraient implicitement marqué leur accord à la décision de révocation moyennant ce versement de fonds.

Le Médiateur a vivement contesté pareil argumentaire.

En effet, depuis l'apparition de la présente problématique, le Ministère de l'Enseignement supérieur et de la Recherche a rejeté tout recours intenté par un administré ou par le Médiateur sans toutefois se prononcer sur le moindre argument y développé, concernant notamment la responsabilité de l'administration ou le dépassement du délai de retrait rétroactif d'une décision ayant créée ou reconnue des droits.

De plus, le Ministère de l'Enseignement supérieur et de la Recherche a pris l'initiative de transmettre les dossiers de tout étudiant n'ayant pas encore procédé au remboursement des montants réclamés à l'Administration des contributions directes, ayant pour effet l'émission de contraintes de paiement immédiat sous peine de se voir opposer des intérêts de retard et une procédure de recouvrement forcé.

Dans ces conditions, le Médiateur ne saurait en aucun cas interpréter toute décision de remboursement prise par l'un des étudiants concernés ou sa famille comme un accord implicite de sa part à la décision de remboursement.

En ce sens, la contrainte de paiement notifiée par l'Administration des contributions directes indiquait expressément :

- « *L'introduction d'une réclamation ne dispense pas le contribuable du paiement de l'impôt dans le délai prescrit.* »
- « *L'inobservation d'une échéance rend exigible à partir de cette échéance l'intérêt de retard au taux de 0,6% par mois.* »
- « *En cas de non-paiement ou refus de paiement aux échéances fixées, l'Administration des Contributions fera procéder au recouvrement forcé des créances fiscales.* »

Tout en rappelant que la présente situation concernait des étudiants, contraints pour certains à emprunter de l'argent auprès de leurs proches en vue de corriger une erreur administrative avérée, le Médiateur est à nouveau intervenu auprès du Ministre de l'Enseignement supérieur et de la Recherche pour lui demander de bien vouloir revoir sa position et d'accorder à ces derniers une remise gracieuse, moyennant le cas échéant remboursement des sommes déjà remboursées par eux.

Cette nouvelle intervention était encore basée sur le jugement rendu par le Tribunal administratif du Grand-Duché de Luxembourg le 30 septembre 2019 (rôle n°41377) pour des faits similaires, lequel a retenu :

« Toujours indépendamment de la question de la conformité au droit européen de la condition d'occupation inscrite à l'article 3, précité, il convient encore d'examiner si le ministre pouvait légalement procéder à la révocation des aides d'ores et déjà accordées en vertu des décisions des 21 novembre 2016, 17 juillet et 25 octobre 2017 pour les semestres d'hiver et d'été 2016/2017 et le semestre d'hiver 2017/2018.

A cet égard, la partie étatique se fonde sur l'article 9 de la loi du 24 juillet 2014, intitulé « restitution de l'indu et contrôle », aux termes duquel « (1) Les aides accordées en application de la présente loi doivent être restituées immédiatement lorsqu'elles ont été obtenues au moyen de déclarations que le bénéficiaire savait inexactes ou incomplètes. [...] ».

Le tribunal est amené à retenir que si cette disposition permet certes à l'Etat de réclamer le remboursement d'aides indûment perçues, impliquant que le ministre est ainsi autorisé à procéder à la révocation des décisions ayant accordé des aides, cette possibilité est limitée aux hypothèses dans lesquelles les aides ont été obtenues au moyen de déclarations que le bénéficiaire savait inexactes ou incomplètes.

Or, le tribunal est amené à retenir que l'Etat n'est pas fondé à affirmer que la demanderesse ait obtenu les aides visant l'année académique 2016/2017, respectivement celles visant le semestre d'hiver 2017/2018 sur base de déclarations inexactes ou incomplètes.

[...]

S'y ajoute que l'Etat est en aveu que les aides ont été accordées non pas sur base de déclarations incomplètes ou inexactes, mais en raison d'un bug informatique, imputable à ses propres services.

Il s'ensuit que les conditions de l'article 9 de la loi du 24 juillet 2014, permettant à l'Etat de révoquer des décisions d'octroi d'aides antérieurement accordées, ne sont pas remplies en l'espèce.

A défaut d'autre base légale invoquée par l'Etat, la décision du 3 mai 2018, en ce qu'elle révoque les décisions d'octroi des aides des 21 novembre 2016, 17 juillet et 25 octobre 2017 encourt l'annulation pour défaut de base légale, sans qu'il n'y ait lieu d'examiner le moyen fondé sur une violation du principe de confiance légitime par rapport à cette décision et sans qu'il n'y ait lieu d'examiner la question de la conformité au droit européen de la condition d'emploi inscrite à l'article 3 de la loi du 24 juillet 2004. »

Sur base dudit jugement et en retour à l'intervention du Médiateur, Monsieur le Ministre de l'Enseignement supérieur et de la Recherche l'a informé avoir pris la décision, dans un souci d'égalité de traitement avec les étudiants qui pour une raison ou une autre n'avaient pas encore remboursé la somme perçue, de procéder à la restitution des sommes déjà remboursées pour l'ensemble des étudiants concernés, précisant que ceci impliquait aussi bien les étudiants qui avaient remboursé de façon volontaire que ceux l'ayant fait suite à l'injonction de remboursement du rôle de restitution.

Le Médiateur remercie vivement Monsieur le Ministre de l'Enseignement supérieur et de la Recherche pour sa décision et se réjouit de l'issue trouvée, laquelle, au vu du nombre d'administrés concernés et des montants en jeu, marque une étape importante dans le règlement alternatif des litiges avec l'Administration.

La présente problématique rappelle encore celle développée par le Médiateur dans son rapport annuel pour l'exercice 2017 en matière d'aide au logement et vise plus généralement celle de la responsabilité de l'Administration.

Le Médiateur réitère ainsi la position déjà exposée par son prédécesseur dans son rapport d'activité du 1^{er} octobre 2010 au 30 septembre 2011 :

« Il est de mon devoir de veiller à ce que tant le citoyen réclamant que l'administration assument leurs responsabilités.

Ainsi il m'arrive fréquemment de faire comprendre aux réclamants que mon rôle n'est pas celui d'un avocat.

Si ma mission consiste essentiellement à défendre les droits du citoyen à l'égard de l'administration, il est aussi de mon devoir de défendre l'administration contre toute réclamation mal fondée.

En m'efforçant de bien expliquer, de faire comprendre et de faire accepter par le réclamant le bien-fondé de la prise de position de l'administration, mon rôle consiste aussi et surtout à responsabiliser le citoyen et ce faisant à le réconcilier avec l'administration.

Le comportement du citoyen étant souvent fonction du comportement de l'administration, il n'est pas rare que j'intervienne auprès de l'administration pour faire appel à sa responsabilité.

Tel est notamment le cas lorsqu'il est établi qu'une faute commise par l'administration est à l'origine du préjudice subi par le réclamant.

Je suis régulièrement saisi par des citoyens qui se plaignent du préjudice qu'ils ont subi du fait d'avoir été induits en erreur par des informations incorrectes de la part de l'administration.

[...]

Je ne peux pas accepter que dans des cas pareils l'administration se retranche derrière le seul principe de légalité pour décliner toute responsabilité du fait d'agissements fautifs de sa part.

Une telle attitude est d'autant moins justifiable qu'elle n'est conforme ni au principe de la confiance légitime ni au principe de la sécurité juridique qui sont des principes généraux de droit.

La jurisprudence est claire en ce sens que « les pouvoirs publics ont le devoir de ne pas tromper la légitime confiance des administrés et ils engagent leur responsabilité en cas de manquement à la conduite à laquelle, selon le droit, on peut raisonnablement s'attendre de leur part à l'égard de la personne lésée » (arrêt de la C/A du 22 novembre 1995).

Si l'administration n'est pas habilitée à prendre une décision contra legem, elle est néanmoins obligée d'assumer ses responsabilités en cas de préjudice causé par une faute qui lui est imputable. »

Le Médiateur maintient ainsi l'idée qu'une erreur commise par une administration ne doit pas se répercuter sur l'administré concerné.

AFFAIRES RELEVANT DE L'ETAT

MINISTÈRE DE L'ENSEIGNEMENT SUPÉRIEUR ET DE LA RECHERCHE

Reconnaissance de diplômes

Motivation des décisions [2020/16]

Le Médiateur est régulièrement saisi de réclamations concernant la non-reconnaissance des diplômes par le Ministère de l'Enseignement supérieur et de la Recherche, que ce soit pour l'attribution des aides financières pour études supérieures ou pour l'inscription d'un diplôme étranger au registre des titres de formation.

Les critères d'appréciation prévus par l'article 2 (1) de la loi modifiée du 24 juillet 2014 concernant l'aide financière de l'Etat pour études supérieures respectivement par l'article 67 (1) de la loi modifiée du 28 octobre 2016 relative à la reconnaissance des qualifications professionnelles sont en effet interprétés de la même façon.

Aussi, le Médiateur avait déjà en 2017 rendu le Ministre compétent attentif au fait que souvent, les étudiants, respectivement les détenteurs d'un titre, ne comprenaient pas la décision de refus de l'administration, ceci d'autant plus que dans la majorité des cas les établissements dans lesquels les concernés ont effectué leurs études ont une réputation non négligeable et que les frais d'inscription y sont relativement élevés.

Néanmoins, les diplômes en question ne répondent souvent pas aux conditions fixées par la loi.

Le Médiateur a essayé de voir avec l'administration concernée quelles mesures pouvaient être entreprises pour transmettre une information plus claire et plus transparente aux intéressés.

Le Ministère concerné a, suite à l'intervention du Médiateur, décidé de publier des informations à ce sujet au public, notamment sur le site du CEDIES, afin de rendre les étudiants attentifs au fait que toutes les études ne donnaient pas forcément droit aux aides financières pour études supérieures.

Même si certains efforts ont été faits en la matière, force est cependant de constater que les personnes qui se voient refuser l'attribution d'aides financières respectivement la reconnaissance de leurs diplômes ne comprennent pas toujours les motifs qui sont indiqués dans les courriers qu'ils reçoivent de l'administration.

En effet, le jargon utilisé est relativement complexe et difficilement compréhensible, y compris pour un juriste.

Les termes tels que « visa de l'Etat » sont également inconnus du grand public.

Le Médiateur constate que la plupart des réclamations dont il est saisi en la matière concernent des diplômes français. En effet, bon nombre d'établissements universitaires ou Hautes écoles sont inscrites

au Répertoire national de la Certification Professionnelle (RNCP). Dès lors, le refus pour les concernés est d'autant moins compréhensibles quand l'établissement dans lequel ils poursuivent leurs études est inscrit sur cette liste et que le Ministère argumente que le diplôme visé ou obtenu n'est pas reconnu par l'Etat dans lequel il a été décerné. Or, le Ministère rappelle que l'inscription au RNCP n'équivaut pas à un visa de l'Etat. Ceci a d'ailleurs été confirmé à plusieurs reprises par les juridictions administratives, qui rappellent régulièrement que l'inscription dans ce répertoire équivaut uniquement à une reconnaissance du niveau de qualification professionnelle et non pas à une reconnaissance académique du niveau d'études.

Lors d'une entrevue avec les responsables du Ministère de l'Enseignement supérieur et de la Recherche, ces derniers ont expliqué ne pas pouvoir fournir toutes ces explications dans l'arrêté de refus d'inscription au registre des titres de formation. Toutefois, en cas de recours contre la décision de refus, les services compétents essaient, tant bien que mal, de fournir toutes les explications aux concernés leur permettant de comprendre la position de l'administration et restent disponible par téléphone pour apporter des éclaircissements supplémentaires aux questions qu'ils se posent.

Malgré toutes ces mesures, le Médiateur se doit de constater que le nombre de réclamations reste relativement élevé et qu'il serait souhaitable que les éléments de réponse fournis aux intéressés soient rédigés dans un langage plus simple.

AFFAIRES RELEVANT DE L'ETAT

MINISTÈRE DE L'ENVIRONNEMENT, DU CLIMAT ET DU DÉVELOPPEMENT DURABLE

Constat général [2020/17]

Le Médiateur se doit de constater que le Ministère de l'Environnement ne répond pas toujours aux courriers qu'il reçoit de la part des administrés qui souhaitent obtenir des informations qui sont de son ressort. Aussi, le Médiateur doit souvent intervenir auprès du Ministère en question pour lui demander de réserver une suite aux courriers en question. Les délais de réponse sont cependant relativement longs et le Médiateur doit lui-même intervenir à plusieurs reprises pour obtenir une prise de position de la part du Ministère.

Ceci ne vaut pas pour l'administration de l'environnement, avec qui le Médiateur entretient de très bonnes relations. Plusieurs réunions ont d'ailleurs déjà eu lieu avec les responsables de cette administration, lors desquelles le Médiateur a obtenu réponse à toutes les questions. L'administration de l'environnement réagit par ailleurs très rapidement aux demandes du Médiateur.

AFFAIRES RELEVANT DE L'ETAT

MINISTÈRE DE LA FAMILLE, DE L'INTÉGRATION ET À LA GRANDE RÉGION

Fonds national de solidarité (FNS)

Revenu d'inclusion social (Revis)

- Refus dans le cadre d'un hébergement à titre gratuit [2020/18]

Le Médiateur a été saisi d'une réclamation de la part d'une personne qui s'est vue refuser l'allocation d'inclusion, au motif que les conditions prévues par l'article 2 (1) c) de la loi modifiée du 28 juillet 2018 relative au revenu d'inclusion sociale n'étaient pas remplies.

L'article dispose notamment que peut prétendre au Revis, toute personne qui dispose de ressources d'un montant inférieur aux limites fixées à l'article 5 de la même loi, soit à titre individuel, soit ensemble avec les personnes avec lesquelles elle forme une communauté domestique.

Le FNS était d'avis qu'en l'espèce, l'allocation d'inclusion n'était pas due au requérant, alors que l'ensemble des revenus des personnes faisant partie du ménage dans lequel il vivait dépassait le plafond légal.

Toutefois, le réclamant, qui avait été recueilli par pitié par une famille, ne comprenait pas la décision de l'administration, d'autant plus que dans un premier temps des avances lui avaient été accordées.

L'article 4 (3) de la loi susmentionnée dispose notamment que : « *Le Fonds peut considérer, pour des raisons tenant à la situation familiale, professionnelle ou de santé dûment documentées et appuyant la demande en obtention du Revis, une personne majeure, hébergée à titre gratuit, dans une communauté domestique où le Revis n'est pas dû ou n'est pas demandé et pour laquelle la personne crée des charges pour la communauté, et si elle sort d'un centre pénitentiaire, d'un établissement hospitalier, d'un traitement dûment autorisé par le Contrôle médical de la sécurité sociale dans un établissement de santé stationnaire à l'étranger, d'une structure d'hébergement réservée au logement provisoire d'étrangers gérée par l'Office luxembourgeois de l'accueil et de l'intégration ou les organismes et instances partenaires ou d'une structure d'hébergement tombant sous le champ d'application de l'article 1er de la loi modifiée du 8 septembre 1998 réglant les relations entre l'État et les organismes œuvrant dans les domaines social, familial et thérapeutique, comme formant seule une communauté domestique pendant une durée maximale de douze mois* ».

La volonté du législateur ayant été d'interpréter cette disposition de façon restrictive et le réclamant ne tombant dans aucune des catégories prévues par cette disposition, le FNS s'est vu contraint de refuser l'aide sollicitée.

En l'espèce, le réclamant, bénéficiaire d'une protection internationale a, dans un premier temps, vécu dans un foyer d'accueil. Par la suite, il a décidé de poursuivre des études à l'Université du Luxembourg et a, pendant cette période, habité dans un logement pour étudiants. A un moment donné, alors que les résultats obtenus aux examens étaient insuffisants pour continuer, l'intéressé a dû mettre fin à ses études et quitter le logement pour étudiant. Se retrouvant à la rue, il a finalement été hébergé par la famille d'une de ses connaissances.

L'article 4 (3) de la loi modifiée du 28 juillet 2018, communément appelée la disposition « *recueilli par pitié* » est destinée à aider les gens se trouvant dans une telle situation, en ce sens que les personnes concernées sont considérées comme habitant seule pour une période maximale de douze mois. Les revenus des autres personnes faisant partie du ménage ne sont donc pas pris en compte pendant cette période.

En l'espèce, le réclamant n'a cependant pas pu bénéficier de cette disposition, bien qu'il ait été également recueilli par pitié, au motif qu'il n'a pas été hébergé par la famille en question directement après avoir quitté le foyer d'accueil.

Il est vrai que l'intéressé avait, pendant une courte période, habité dans un logement pour étudiants, ceci le temps où il était inscrit à l'université.

De ce fait, le FNS a estimé que le réclamant ne tombait dans aucun cas de figure prévu par la disposition précitée et que par conséquent, l'allocation d'inclusion ne pouvait pas lui être accordée.

Après instruction du dossier, le Médiateur a dû se rendre à l'évidence qu'en l'espèce, la loi avait bien été respectée, mais que dans les faits son application aboutissait à une certaine injustice, notamment au vu de la situation exceptionnelle dans laquelle se trouvait le requérant. Ce dernier avait notamment fait tous les efforts possibles en vue d'essayer d'augmenter ses chances pour commencer une nouvelle vie, afin de gagner une certaine indépendance financière ceci grâce à l'obtention d'un diplôme universitaire.

Malheureusement, les choses ne se sont pas passées comme prévu et il n'a pas pu continuer ses études.

Dans les faits, il se voit donc en quelque sorte pénalisé pour avoir tenté de s'en sortir tout seul, alors que s'il avait été directement hébergé par cette famille immédiatement après avoir quitté le foyer d'accueil, il aurait pu bénéficier de l'allocation d'inclusion, sans que les revenus des personnes habitant avec lui ne soient prises en compte pendant un an.

Le FNS n'a pas entendu reconsidérer sa décision de refus alors que l'affaire est actuellement pendante devant le Conseil arbitral de la sécurité sociale.

- Prise en compte d'une pension alimentaire [2020/19]

Une réclamante s'est adressée au Médiateur alors qu'elle ne comprenait pas pourquoi le FNS prenait en compte, pour le calcul de l'allocation complémentaire qu'elle touchait, le montant d'une pension alimentaire qu'en réalité elle ne percevait pas.

La réclamante insistait pour dire qu'elle avait entrepris toutes les démarches nécessaires pour prouver que le père de l'enfant ne versait aucun aliment pour ce dernier, alors que par ailleurs il avait disparu sans laisser signe de vie.

Après avoir pris contact avec le FNS pour avoir des explications à ce titre, l'administration a répondu que l'intéressée n'avait jamais envoyé les pièces qui lui avaient été demandées au moment du dépôt de sa demande en obtention d'avances de pension alimentaires.

Au fil des discussions avec l'administration concernée, il s'est avérée que la réclamante avait entrepris toutes les démarches pour obtenir condamnation du père au versement d'une pension alimentaire

pour leur enfant commun, mais que pour des raisons inconnues, les documents attestant ces faits n'étaient jamais parvenus au FNS.

Étant donné que plusieurs procédures avaient pourtant bel et bien été effectuées pour prouver que le père ne versait aucun aliment pour leur fils (jugement de condamnation du père au paiement d'une pension alimentaire, signification du jugement, procès-verbal de recherches etc.), le FNS a finalement décidé d'accepter les documents en question et de reconsidérer le dossier de la réclamante.

En acceptant les pièces contenues dans le dossier, le FNS a fait preuve de beaucoup de compréhension envers la réclamante.

- Absence temporaire du territoire luxembourgeois et effets de l'entrée en vigueur de la loi sur le REVIS [2020/20]

Le Médiateur a été saisi d'un dossier par une personne qui estime avoir été mal informée par le FNS.

L'intéressé explique s'être rendu au FNS au cours de l'automne 2018 pour déclarer qu'il souhaitait partir à l'étranger les mois de décembre 2018, janvier et février 2019. Il souhaitait faire interrompre le versement des prestations pour les mois de décembre et janvier et être considéré comme étant en congé le mois de février. Il aurait indiqué à son interlocuteur qu'il avait déjà épuisé son quota de congé pour l'année 2018 puisqu'il était parti à l'étranger pendant 35 jours au début de l'année 2018.

Il y a lieu de préciser que le délai durant lequel il est possible de déroger à la condition de résidence fixé par le FNS est limité à 35 jours par an.

Il aurait été informé par son interlocuteur que ceci ne poserait pas de problème, qu'il devrait faire une nouvelle demande en janvier, mais qu'il pourrait le faire à partir de son lieu de séjour à l'étranger, ce qu'il a fait. A cet effet il aurait reçu un formulaire de demande d'octroi du RMG.

En rentrant de l'étranger, l'intéressé remarque cependant qu'il n'a pas reçu d'allocation. Il se rend au FNS où il est informé que sa demande de janvier est bien arrivée, mais que le RMG « n'existe plus ». Il est alors invité à faire une nouvelle demande de REVIS, ce qu'il fait.

Il constate cependant que le montant des allocations a été revu à la baisse puisqu'il percevait environ 250 euros de moins qu'avant son départ, ce qui ampute son revenu en substance de près de 25%.

Suite à cela, l'intéressé se rend une nouvelle fois au FNS pour essayer de comprendre ce qui s'est passé. A ce moment-là, on lui explique qu'il n'y a pas d'interruption possible comme il le souhaitait mais qu'il est « sorti du système » et que comme la nouvelle demande est faite sous l'égide de la nouvelle loi, il ne bénéficie pas de la continuité de ses droits précédents.

Le Médiateur est intervenu dans ce dossier pour soulever que l'intéressé aurait dû être rendu attentif au fait que son départ et donc une nouvelle demande de sa part risquait d'avoir pour conséquence une diminution significative de ses droits, mais qu'au lieu de ça, il a été rassuré dans sa démarche par son interlocuteur, de sorte qu'il a légitimement pu croire que sa démarche était acceptée par le FNS et que ses droits seraient simplement suspendus pendant deux mois.

Dans sa prise de position, le FNS explique qu'étant donné que l'intéressé avait déjà bénéficié d'une dérogation à la résidence effective pour une période de 35 jours au cours de l'année 2018, la prestation a dû être retirée avec effet au 1^{er} décembre 2018 en application de l'article 2(2) a) de la loi modifiée du 29 avril 1999 portant création d'un droit à un revenu minimum garanti.

Une interruption temporaire avec réoctroi automatique de l'aide n'est pas possible.

Par ailleurs le FNS formule de sérieux doutes quant aux affirmations selon lesquelles l'agent présent au guichet aurait conseillé le réclamant en matière de RMG. L'agent présent au guichet destiné à la déclaration des absences enregistrerait simplement les absences et ne répondrait pas à des questions spécifiques en relation avec des prestations.

Par ailleurs, l'annonce de quitter le territoire en 2019 pour la période allant du 1^{er} janvier au 28 février 2019 a entraîné l'application de l'article 2(1)a) de la loi modifiée du 28 juillet 2018 relative au REVIS et la prestation ne serait pas due pendant cette période.

Le fait que la demande de janvier 2019 ait été retournée serait également correct, car, d'une part, l'intéressé avait envoyé un formulaire pour l'octroi du RMG qui n'était plus en vigueur et, d'autre part, le FNS n'aurait de toute façon pas pu accepter une nouvelle demande, alors qu'il ne remplissait pas encore la condition de résidence effective au pays.

Le Médiateur a rediscuté du dossier lors d'une entrevue, à l'occasion de laquelle le FNS a également pointé du doigt plusieurs courriers envoyés à l'intéressé qui auraient dû l'alerter sur la situation.

Malheureusement, quand bien même il y aurait eu manque d'information ou informations erronées de la part du FNS, ce que le FNS conteste, le Médiateur arrive à la conclusion que ceci ne saurait avoir pour conséquence que le FNS fasse abstraction de la législation en vigueur.

Allocation de vie chère

Le Médiateur a été saisi de plusieurs dossiers concernant des refus d'octroi d'allocation de vie chère.

- Refus pour non-respect du délai de 30 jours pour compléter sa demande [2020/21]

Dans un premier dossier, la personne explique qu'elle a fait une demande d'allocation de vie chère le 3 ou 4 janvier 2019. Son assistante sociale a rempli la demande, l'a complétée par des pièces justificatives et envoyée en recommandé au FNS.

Le 21 janvier 2019, le réclamant a reçu un accusé de réception de la part de l'administration.

Par courrier du 13 mars 2019, l'intéressé s'est vu opposer un refus de la part du FNS au motif que les renseignements ou documents demandés ne seraient pas parvenus de manière complète au FNS endéans le délai de 30 jours.

Lors d'un contact téléphonique que le réclamant aurait eu après la réception du refus, un agent du FNS l'aurait informé qu'un courrier du FNS lui aurait été envoyé en date du 20 janvier 2019.

Le 8 avril 2019, le réclamant a fait parvenir au FNS sa prise de position quant au refus. Il explique notamment qu'il serait pour le moins surprenant que l'administration envoie un courrier le 20 janvier 2019 pour demander un supplément d'information et un autre courrier, le lendemain, 21 janvier 2019, pour accuser réception de la demande.

Par courrier du 1^{er} mai 2019, le FNS informe le réclamant que le comité-directeur du FNS a décidé de maintenir sa décision du 13 mars 2019, sans toutefois répondre aux arguments du réclamant, sans lui indiquer quelle information ou quel document aurait été manquant et sans se prononcer sur la possibilité pour lui de faire une nouvelle demande.

Dans un premier temps le Médiateur a demandé au FNS de lui expliquer pourquoi le courrier par lequel le FNS sollicite une information supplémentaire n'a pas été envoyé par courrier recommandé, contrairement à d'autres courriers de leur part ?

Le Médiateur a demandé au FNS de l'informer quand et par quelle voie il a sollicité une information ou un document complémentaire, quelle était cette information ou ce document et si le réclamant pouvait faire une nouvelle demande étant donné les circonstances de l'espèce.

Après analyse du dossier, le FNS a fourni au Médiateur les explications suivantes :

Le 4 janvier 2019, le FNS a été saisi d'une demande en obtention de l'allocation de vie chère pour l'année 2019 de la part du réclamant.

Le 21 janvier 2019, le FNS a envoyé un accusé de réception au demandeur.

Le 23 janvier 2019, le FNS a envoyé par simple envoi postal une fiche de renseignements au demandeur pour solliciter la remise d'une pièce supplémentaire, notamment une attestation du montant de la subvention de loyer indiquée comme revenu par le requérant dans le formulaire de demande.

Une telle attestation n'ayant pas été remise au FNS dans le délai prévu de 30 jours, le service a, conformément à l'article 8 (5) du règlement du Gouvernement en conseil du 21 septembre 2018, refusé la prestation, par décision présidentielle du 13 mars 2019.

Le 12 avril 2019, le FNS a été saisi d'une opposition de la part du requérant qui soulève surtout qu'il n'aurait pas reçu le courrier du 23 janvier 2019.

Par une décision du comité-directeur prise lors de sa séance du 29 avril 2019, le FNS a réfuté l'opposition et confirmé la décision présidentielle.

En ce qui concerne les questions soulevées par le Médiateur, le FNS soulève ce qui suit :

- le FNS n'est pas tenu de notifier les envois, tels que les courriers par lesquels des documents supplémentaires sont demandés, par des envois recommandés. Seules les décisions emportant des droits de recours sont à notifier par envoi recommandé, au vœu de la loi modifiée du 30 juillet 1960 instituant le FNS, article 25.
- le dossier électronique du demandeur comprend cette lettre, c'est-à-dire qu'elle a bel et bien été générée par le système informatique qui produit ces lettres et envoyée par le service

courrier. Il est vrai qu'il n'existe pas de preuve de l'envoi, de même qu'il n'y a pas de preuve que le requérant n'a pas reçu la lettre.

Ce qui est certain, c'est que la lettre du 23.01.2019 n'a pas été retournée au FNS comme c'est le cas lorsque le facteur n'a pas pu déposer un courrier dans une boîte aux lettres ou qu'il n'a pas trouvé le requérant à son adresse.

Le FNS confirme donc que dans les conditions données, le traitement du dossier s'est passé tout à fait normalement et en concordance avec la méthode de travail interne et le règlement en vigueur. Par ailleurs, ce même règlement exclut la possibilité d'introduire une deuxième demande pour une même année.

Le FNS maintient donc sa décision de refuser l'allocation de vie chère pour l'année 2019.

Le Médiateur est réintervenu avec la question suivante :

Il est reproché au réclamant de ne pas avoir renvoyé endéans les 30 jours le certificat indiquant le montant des subventions de loyer qui n'était pas joint dans la demande initiale (complétée par la remplaçante de l'assistante sociale de Monsieur).

Le réclamant explique qu'il n'a pas reçu ce courrier demandant de compléter le dossier.

Ne serait-il pas, dans un tel cas, envisageable de prendre en compte le montant maximum des subventions qu'il est possible d'obtenir (maximum 300 euros par mois) pour faire le calcul de l'allocation de vie chère et pour donner une chance d'obtenir tout de même quelque chose de la part du FNS ?

Le FNS a pris position en expliquant avoir bien pris en considération la proposition de mettre en compte le montant maximal des subventions.

Malheureusement, le FNS explique ne pas pouvoir retenir cette proposition et ce dans un souci de traiter chaque requérant de la même manière.

Le délai de 30 jours est prévu pour le renvoi de toute sorte de document et accorder une exception pour certains types de documents serait contraire au principe de traiter chaque dossier de la même manière et pourrait même, selon le FNS, décrédibiliser tout délai indiqué dans le règlement du Gouvernement en conseil.

Ainsi le FNS prend le cas d'un dossier dans le cadre duquel il solliciterait par exemple un extrait de la pension étrangère ou de la pension alimentaire. Si la personne ne fournissait pas l'extrait demandé endéans le délai de 30 jours, le FNS ne pourrait pas déterminer un montant maximal et devrait donc refuser la demande alors que la personne qui n'a pas fourni l'extrait des subventions de loyer se verrait accorder l'allocation de vie chère.

Dans les deux cas indiqués, la personne concernée n'aurait pas respecté le délai accordé, mais seulement dans un des deux cas la personne serait sanctionnée pour ce non-respect, ce qui représenterait, aux yeux du FNS, une inégalité évidente.

A défaut d'une autre solution assurant un traitement égal de chaque personne, le FNS est d'avis qu'il est dans l'obligation d'appliquer pour chaque dossier le même délai pour l'envoi de documents manquants nonobstant la nature de ce document.

Par contre le FNS propose d'informer encore une fois les professionnels (p.ex. offices sociaux) de l'importance d'un dossier complété dès le début en vue de réduire les cas comme celui de l'espèce.

Dans un autre cas, le Médiateur a été saisi d'une réclamation de la part d'une personne qui s'est vue refuser l'allocation de vie chère (AVC) au titre de l'année 2018 pour ne pas avoir complété le dossier endéans le délai de trente jours tel que prévu par l'article 8 (4) du Règlement du Gouvernement en conseil du 10 novembre 2017 relatif à l'octroi d'une allocation de vie chère au titre de l'année 2018.

Or, l'intéressée nie avoir reçue cette information, que le FNS dit pourtant avoir envoyé par courrier simple.

En effet, le Règlement du Gouvernement en conseil susmentionné prévoit que toute demande incomplète est retournée au requérant, qui dispose de trente jours pour la compléter.

N'ayant pas reçu de réponse de la part du FNS suite au dépôt de la demande en obtention de l'allocation de vie chère, la réclamante a pris contact avec l'administration, qui lui a dit que sa demande avait été refusée pour ne pas avoir été complétée endéans les délais prévus par le texte en vigueur. En effet, le relevé d'identité bancaire (RIB) qui était à joindre à la demande faisait défaut.

La réclamante a vivement contesté ces reproches. D'une part, elle nie avoir reçu cette information par courrier et d'autre part, elle est convaincue avoir envoyé toutes les pièces requises, alors qu'elle se souvient avoir effectué des démarches auprès de sa banque en vue d'obtenir le document en question et indique par ailleurs que ce n'était pas la première fois qu'elle introduisait une demande en obtention de l'allocation de vie chère.

Aux yeux du Médiateur, le FNS était dans l'impossibilité de prouver avoir envoyé une lettre d'information à la requérante et de prouver que l'intéressée l'avait reçue. En effet, les courriers en question sont envoyés par courrier simple et non par lettre recommandée avec accusé de réception.

Le Médiateur était également d'avis que la décision de refus du FNS était relativement sévère au vu du fait que la pièce qui apparemment faisait défaut dans le dossier était une information dont l'administration avait connaissance pour avoir déjà été transmise les années précédentes. Par ailleurs, les coordonnées bancaires de la requérante figuraient également sur le certificat émis par la Caisse nationale de pension (CNAP) joint à la demande.

Le FNS n'entendait cependant pas revenir sur sa décision, expliquant que les personnes faisant une demande en obtention de l'AVC doivent envoyer dans les délais impartis un dossier complet, à défaut de quoi la demande est rejetée. Le FNS considérait que le courrier d'information, qui figurait dans leur dossier, était suffisant à titre de preuve pour dire que la réclamante avait été informée que son dossier n'était pas complet et qu'elle avait trente jours pour le compléter.

L'administration a également expliqué ne pas pouvoir envoyer des lettres recommandées avec accusé de réception dans de tels cas, car au vu du nombre important de personnes envoyant un dossier incomplet, ceci représenterait un coût énorme pour l'administration et donc pour le contribuable.

Quant à la pièce qui faisait défaut dans le présent cas d'espèce, à savoir le RIB, le FNS a justifié sa décision en argumentant qu'il avait été souvent constaté par le passé que les coordonnées bancaires des demandeurs avaient entre-temps changé et que par conséquent, il leur importait de devoir vérifier cette information tous les ans. C'est d'ailleurs pour cette raison que le Règlement du Gouvernement en conseil prévoit expressément que ce document est à joindre à toute demande.

Le Médiateur regrette que dans le présent cas d'espèce le FNS n'ait pas voulu revenir sur sa décision, alors qu'il estime que la sanction est relativement sévère au vu du fait que l'administration ne disposait pas de preuve que la réclamante ait bien reçu son courrier l'invitant à compléter son dossier. L'information concernant ses coordonnées bancaires était reprise sur les documents de la CNAP, ce qui aurait dû, aux yeux du Médiateur, suffire pour constater que celles-ci n'avaient pas changées entre-temps, d'autant plus que la réclamante effectuait depuis un certain nombre d'années une telle demande et que sa situation était relativement stable compte tenu également de l'âge avancé de la requérante.

- Refus suite au changement de la composition du ménage [2020/22]

Dans un des dossiers d'allocation de vie chère, l'intéressé expliquait qu'il s'était marié en décembre 2018. Son épouse habitait alors encore avec ses parents et ses frères et sœurs et ne s'est installée chez son mari qu'en février 2019. Le père de son épouse avait fait la demande d'allocation de vie chère en janvier 2019 en signant un document prérempli pour lui-même, son épouse et leurs 5 enfants (incluant l'épouse du réclamant qui habitait alors encore chez ses parents).

En février 2019, l'épouse du réclamant s'est installée chez son mari. En mars 2019, l'intéressé a fait une demande d'allocation de vie chère pour lui et son épouse, sans réfléchir au fait que son beau-père l'avait peut-être déjà demandée. En mai, le réclamant a été informé que l'allocation de vie chère a déjà été demandée en faveur de sa communauté domestique et que comme elle ne peut être demandée qu'une seule fois par an, la demande de mars ne donnera plus droit au paiement de l'allocation.

Le Médiateur a demandé au FNS s'il serait envisageable, dans un cas comme celui-ci, de traiter la demande en ne tenant pas compte de la demande faite en mars au nom de l'épouse et, si oui, à quelles conditions. En effet l'époux n'a, lui, pas du tout pu bénéficier de l'allocation de vie chère.

Le FNS indique que ni la procédure, ni le système informatique ne prévoient une situation dans laquelle un membre d'un ménage renonce à sa demande afin d'éviter des situations confuses.

Au niveau législatif, il ne serait pas réglé si les personnes se trouvant dans une situation pareille à celle-ci auraient droit au montant dû pour un ménage concerné d'une seule personne ou seulement au supplément de 330€ pour une personne supplémentaire dans un ménage.

De plus, la détermination des revenus du ménage poserait également des problèmes, vu qu'il n'existe pas de base légale sur laquelle le FNS pourrait déterminer si les revenus d'une personne ayant renoncé à sa demande seraient à mettre en compte ou non.

Même s'il était prévu que le FNS prenne en considération les revenus d'une personne ayant renoncé à sa demande, le FNS ne pourrait pas solliciter de documents auprès de ces personnes et ne serait donc pas en mesure de déterminer le montant de certains types de revenus, comme par exemple, d'une pension étrangère, étant donné que le FNS n'a pas accès aux données des caisses de pensions étrangères.

Cette lacune rendrait impossible un traitement égal de chaque dossier parce que si cette même personne n'était pas bénéficiaire d'une pension étrangère mais d'une pension luxembourgeoise, le FNS, qui a accès aux données de la CNAP, pourrait déterminer le montant à mettre en compte alors que le fait de bénéficier d'une pension étrangère d'un montant inconnu empêcherait la mise en compte du revenu.

De ce qui précède, le FNS estime donc qu'il est tenu de maintenir sa procédure adoptée selon laquelle elle n'accepte qu'une seule demande par année et refuse la demande si des membres du ménage ont déjà bénéficié de l'allocation de vie chère pour l'année en question afin de garantir une ligne qui paraît peut-être un peu trop stricte mais qui permet de traiter chaque dossier de la même façon et d'éviter l'abus.

- Refus dans le cas d'un hébergement à titre gratuit [2020/23]

Dans un autre dossier, un réclamant explique au Médiateur qu'il a mis gratuitement à disposition d'une tierce personne une chambre dans son logement. Cette tierce personne contribue aux charges de l'hébergement à hauteur de 50 euros par mois.

En 2019, la personne hébergée a fait une demande d'octroi d'AVC. Elle a été informée qu'elle devait faire une demande en mentionnant sur le formulaire son hébergeur et le fils de celui-ci, alors que tous ensemble ils formeraient une communauté domestique.

Le demandeur a contesté ceci sans renvoyer de formulaire complété avec les deux autres noms, de sorte que sa demande a été refusée parce qu'il n'avait pas complété son dossier endéans le délai imparti de 30 jours.

L'hébergeur a, quant à lui, également fait une demande en son nom ainsi qu'au nom de son fils, sans mentionner non plus la personne hébergée, alors qu'il était d'avis qu'ils forment deux communautés domestiques distinctes.

Le FNS l'a prié de renseigner toutes les personnes faisant partie de la communauté domestique en incluant la personne hébergée, ce qu'il a fait, en mentionnant toutefois qu'il estimait qu'il s'agissait de deux communautés domestiques distinctes.

Sa demande fut cependant refusée du fait que la personne hébergée avait déjà introduit une demande en son nom.

Le réclamant éprouve bien évidemment une grande injustice du fait de cette situation. Il est d'avis qu'alors que le Fonds national de Solidarité est un établissement public dont la principale mission est de venir en aide aux personnes en difficultés afin de leur assurer des revenus suffisants, il serait finalement dans les faits, puni d'avoir accueilli chez lui une tierce personne dans le besoin.

Afin d'expliquer la situation au réclamant le mieux possible, le Médiateur s'est adressé au FNS pour poser quelques questions quant à la notion de communauté domestique et de budget commun. Le Médiateur a également demandé ce qui avait changé dans la situation du réclamant et de la personne qu'il hébergeait et qui expliquerait que les deux dernières années, ils ont chacun pu bénéficier de l'aide, alors qu'ils n'y ont plus eu droit en 2019. En effet, le réclamant explique que les deux dernières années, tant la personne hébergée, d'une part, que lui et son fils, d'autre part, ont été considérés comme formant deux communautés domestiques distinctes et ont chacun reçu l'AVC.

Le FNS explique qu'étant donné que le règlement du Gouvernement en conseil du 21 septembre 2018 ne prévoit pas la possibilité de considérer des personnes recueillies par pitié comme formant une communauté domestique distincte de celle de la famille d'accueil, contrairement à la loi relative au revenu d'inclusion sociale, le FNS est tenu de considérer la personne hébergée dans le cas présent comme faisant partie de la communauté domestique du réclamant.

Etant donné que la signature de l'hébergeur faisait toujours défaut après l'invitation du FNS de fournir une copie du formulaire également signée par lui, le dossier de la personne hébergée a été considéré comme incomplet et la demande a été refusée. Au moment où l'hébergeur a introduit sa demande, la personne hébergée faisait toujours partie de son ménage, de sorte qu'elle était obligée de signer la demande pour la compléter. Etant donné cependant que le règlement du Gouvernement en conseil a prévu qu'il n'est possible d'introduire qu'une seule demande par année et par ménage (et ce nonobstant des changements de la communauté domestique, de la situation financière au cours d'une même année ou encore du motif pour le premier refus), la demande du réclamant a été refusée en tant que « double demande ».

Par ailleurs, en ce qui concerne les demandes introduites pour les années 2017 et 2018, le FNS donne les précisions suivantes : En 2017, la personne hébergée n'a pas introduit de propre demande mais elle figurait par contre sur le formulaire de demande de son hébergeur comme membre du ménage. La part de la personne hébergée a toutefois été refusée étant donné qu'elle ne remplissait pas la condition de résidence de 12 mois au moment de l'introduction de la demande. Pour l'année 2017, le FNS a donc exclusivement versé une AVC pour l'hébergeur et son fils.

Au cours de l'année 2018, l'hébergeur et la personne hébergée ont effectivement introduit séparément des demandes d'octroi de l'AVC. Par inadvertance, le FNS ne s'est pas rendu du compte du fait qu'il s'agissait d'une seule communauté domestique et a traité les deux dossiers séparément. Au moment où le FNS s'en est rendu compte, il a été décidé de ne pas revenir sur les décisions prises dans les dossiers concernés étant donné qu'il s'agissait d'une faute de la part du FNS.

Finalement, le FNS précise encore que la personne hébergée a reçu, en tant que bénéficiaire de l'AVC pour l'année 2018, en janvier 2019 par voie postale le formulaire prérempli pour l'année 2019 sur lequel figuraient également son hébergeur et le fils de ce dernier en tant que membres du ménage. Suite à la réception de ce formulaire la personne pouvait donc supposer que le FNS avait l'intention de la considérer comme formant une seule communauté domestique avec son hébergeur. En cas de contestation, le FNS estime qu'il aurait été utile de s'informer d'abord auprès du FNS sur le principe de la détermination de la communauté domestique plutôt que d'exprimer son désaccord par un refus de donner suite au courrier du FNS.

Si le Médiateur peut comprendre la frustration du réclamant qui se sent en quelque sorte injustement traité ou lésé alors même qu'il vient en aide à un plus démuné, il ne peut constater aucune faute

commise par le FNS qui applique les textes en vigueur en assurant une égalité de traitement envers tous.

Allocation d'activation [2020/24]

Le Médiateur a été saisi d'une réclamation de la part d'une personne qui s'estimait injustement lésée par la mise en place d'une pratique par le FNS concernant les allocations d'activation.

Le FNS a notamment décidé d'appliquer une procédure spécifique pour le traitement des allocations d'activation. Ainsi, au début de la mesure, la mise en compte de l'allocation d'activation est décalée d'un mois, ceci pour éviter un trop-payé et pour permettre aux personnes de percevoir encore l'allocation d'inclusion, payée au début du mois, alors que l'allocation d'activation n'est payée qu'à la fin du mois, tout comme un salaire.

Cette procédure a pour conséquence qu'en fin de mesure, la mise en compte de l'allocation d'activation est prolongée d'un mois, afin de compenser le mois correspondant au début de la mesure qui n'avait pas été considéré.

Ce remaniement fait que la reprise de l'allocation d'inclusion est décalée d'un mois, mais que la fin de l'allocation d'activation au niveau de l'affiliation est considérée avec la fin réelle.

Avec l'application de cette procédure spécifique, il arrive cependant que certains bénéficiaires de l'allocation d'inclusion, comme ceci a été le cas pour le réclamant, se retrouvent un mois sans couverture sociale. En règle générale, cela ne devrait avoir aucune conséquence pour eux, dans la mesure où en vertu de l'article 2 du Code de la sécurité sociale toute sortie de l'affiliation garantit un maintien aux droits à l'assurance maladie pendant une période de 3 mois.

Par ailleurs, la personne concernée peut également, sur base de l'article 8 du Code de la sécurité sociale, solliciter une assurance continuée volontaire, à condition d'avoir cotisé pendant 6 mois précédant la demande.

S'il est donc vrai que dans la grande majorité des cas, les intéressés ne subissent aucun préjudice par la mise en place de cette procédure, il arrive cependant que dans certains cas, tel que ceci fut le cas pour le réclamant, l'application de ce système ne leur porte préjudice.

En effet, en l'espèce, l'intéressé s'était retrouvé un mois sans couverture sociale. Ne remplissant pas les conditions de l'article 8 du Code de la sécurité sociale pour bénéficier d'une assurance continuée, alors qu'il n'avait pas cotisé les 6 mois précédant la demande et ayant raté le délai pour demander une assurance volontaire, il s'estimait injustement pénalisé par ce système.

Le Médiateur est donc intervenu auprès du FNS pour comprendre d'une part les raisons de ce système et d'autre part pour voir quelles étaient les mesures qui pouvaient être prises pour éviter que certaines personnes, qui se trouveraient dans la même situation que le réclamant, ne soient lésées par l'application de cette mesure.

Le FNS a reconnu que le système qui avait été mis en place, bien qu'en règle générale il soit en faveur des intéressés, pouvait, dans des cas exceptionnels, causer un préjudice à certains bénéficiaires de

l'allocation d'activation et d'inclusion. Aussi, l'administration a décidé que les dossiers de ces personnes seraient revus et qu'une affiliation rétroactive à la sécurité sociale leur serait garantie. Cela signifie que ces derniers se verraient appliquer le système tel qu'il aurait dû être appliqué dès le départ, avec comme conséquence qu'elles devraient à un moment donné rembourser un trop-perçu.

Le Médiateur se doit de saluer cette décision qui tient compte de personnes se trouvant dans une situation financière faible et qui seraient autrement pénalisées par un système qui avait certes été mis en place pour faciliter le traitement des allocations d'activation et être en faveur des bénéficiaires, mais qui dans certains cas pouvait s'avérer défavorable.

AFFAIRES RELEVANT DE L'ETAT

MINISTÈRE DE LA FAMILLE, DE L'INTÉGRATION ET À LA GRANDE RÉGION

Caisse pour l'avenir des enfants (CAE)

Allocations familiales

- Refus pour non-respect de la condition de présence effective dans l'établissement d'enseignement [2020/25]

Le Médiateur a été saisi d'une réclamation introduite contre la Caisse pour l'avenir des enfants (CAE) qui avait arrêté le versement de l'allocation familiale jusque-là versée en faveur de l'enfant de la réclamante.

L'enfant en question, qui était âgé de 20 ans, était notamment inscrit en tant qu'élève libre dans un lycée du pays, alors que son état de santé ne lui permettait pas de participer à tous les cours.

Or, l'article 271 (2) a) du Code de la sécurité sociale prévoit que : « *Le droit à l'allocation familiale est maintenu jusqu'à l'âge de vingt-cinq ans accomplis : a) si l'enfant poursuit effectivement, sur place dans un établissement d'enseignement, à titre principal d'au moins vingt-quatre heures par semaine des études secondaires, secondaires techniques ou y assimilées* ».

D'un point de vue strict, il est vrai que le fils de la réclamante ne remplissait pas les conditions pour prétendre à l'aide en question.

La mère de l'intéressé avait contesté la décision de refus en expliquant que la maladie dont était atteint son fils ne lui permettait pas de suivre régulièrement tous les cours et qu'avec l'accord de la direction du lycée, il avait été décidé de l'y inscrire en tant qu'élève libre tout en lui permettant de suivre des cours à distance. Ce dernier participait néanmoins à toutes les épreuves et de réels progrès avaient pu être constatés par l'équipe enseignante depuis la mise en place de cette faveur.

Malgré les attestations médicales versées à l'appui du recours, le conseil d'administration de la CAE n'a pas entendu revenir sur sa décision, insistant sur le fait que l'allocation familiale ne pouvait être continuée au-delà de 18 ans, qu'à la condition que l'élève poursuive des études secondaires sur place pendant au moins 24 heures par semaine, ce qui n'était pas le cas en l'espèce.

Le Médiateur est intervenu auprès de la CAE, alors qu'à son avis, quand bien même la décision litigieuse était conforme à l'article 271 (2) a) du Code de la sécurité sociale, il ressort néanmoins des travaux parlementaires que la volonté du législateur n'était pas de pénaliser des personnes se trouvant dans une situation similaire à celle du fils de la réclamante.

En effet, le but de cette disposition, en imposant une présence minimale de 24 heures d'études sur place, était d'éviter des abus et plus particulièrement des inscriptions fictives ou l'exercice d'une activité professionnelle.

Les élèves inscrits en eBac sont d'ailleurs confrontés au même problème, alors que ces derniers se voient systématiquement refuser l'allocation familiale. Le Médiateur avait déjà soulevé cette problématique dans son rapport annuel de 2015.

Aussi, le Médiateur a invoqué dans le présent cas le principe d'équité tel qu'il est prévu par l'article 4 (2) de la loi du 22 août 2003 instituant un Médiateur et qui lui permet, à l'occasion d'une réclamation dont il est saisi, de recommander au service mis en cause toute solution en équité lorsqu'il lui apparaît que l'application de la décision aboutit à une iniquité.

Pour le Médiateur, l'application stricte de l'article 271 alinéa 2 du Code de la sécurité sociale heurtait en l'espèce le principe d'équité, en ce qu'il imposerait à l'intéressé une charge exceptionnelle car disproportionnée au but visé.

La CAE n'a cependant pas entendu revenir sur sa décision, ceci en expliquant que le maintien ou non de l'allocation familiale au-delà de 18 ans en cas de poursuite d'études par correspondance, de cours du soir ou comme élève libre était une question de principe sur laquelle le Conseil supérieur de la sécurité sociale avait décidé de saisir la Cour constitutionnelle d'une question préjudicielle.

Aussi, l'administration préférait attendre la décision des juges avant de faire une quelconque exception.

La CAE reste dans l'attente de l'arrêt en question.

- Refus pour non-respect de la condition de domicile légal et de résidence effective et continue au Luxembourg [2020/26]

Le Médiateur a été saisi par un réclamant qui avait introduit une demande d'allocation familiale en faveur de son petit-fils qui a été rejetée par décision présidentielle, parce que le garçon n'avait plus son domicile légal et sa résidence effective et continue au Luxembourg.

Depuis sa naissance, le garçon a été pris en charge par ses grands-parents, étant donné que la situation personnelle de chacun des parents ne permettait pas d'élever seul l'enfant commun. Le grand-père a été désigné administrateur public de son petit-fils, alors que les parents du garçon n'ont pas effectué de travail régulier et n'ont versé aucune pension alimentaire pour contribuer à l'entretien de leur fils.

Le grand-père avait déménagé avec sa famille dans la zone frontalière. Ce déménagement a été guidé par la nécessité de trouver le meilleur encadrement scolaire et social possible pour le garçon, qui a vécu une scolarité difficile au Luxembourg à cause de ses problèmes d'hyperactivité et de déficits de concentration. Ensemble avec les responsables pédagogiques, il a été décidé que le garçon soit orienté dans un lycée en Allemagne. Afin d'éviter des allers et retours interminables et afin d'être plus proche de son petit-fils, le grand-père a élu son nouveau domicile en Allemagne, à proximité de l'école. Ceci avait comme conséquence directe que le garçon n'avait plus droit à l'allocation familiale au Luxembourg.

Selon notre droit existant, ouvre droit à cette allocation familiale, les enfants biologiques et adoptifs des personnes soumises à une affiliation obligatoire auprès de la sécurité sociale luxembourgeoise sur base d'une activité professionnelle ou d'une pension. Le grand-père ressentait le fait qu'il ne soit pas rangé parmi cette catégorie de personnes comme particulièrement douloureux et inéquitable.

Le Médiateur a fait appel à la bienveillance du Conseil d'administration de la CAE qui, à titre exceptionnel et individuel et en vertu de l'article 269 (4), devrait pouvoir déroger à l'une des conditions de l'article 269 ouvrant droit à l'allocation familiale. Le Médiateur remercie vivement la Présidente qui exceptionnellement était d'accord de payer l'allocation familiale en faveur du garçon jusqu'à l'accomplissement de ses 18 ans.

Une intervention en équité ne pouvant toutefois constituer un précédent, le Médiateur suggère à Madame la Ministre de la Famille sur base de l'article 4 (2) de la loi du 22 août 2003 instituant un Médiateur de modifier les textes législatifs et réglementaires applicables à une telle situation.

AFFAIRES RELEVANT DE L'ETAT

MINISTÈRE DE LA MOBILITÉ ET DES TRAVAUX PUBLICS

Département de la Mobilité et des transports

Carte de stationnement pour personnes handicapées [2020/27]

Une dame s'est adressée au Médiateur, car elle trouvait que la décision de refus du Ministère de la Mobilité et des Travaux publics de lui délivrer une carte de stationnement pour personnes handicapées était injustifiée au vu de son état de santé.

Le refus était notamment basé sur l'article 1^{er} du règlement grand-ducal modifié du 31 janvier 2003 concernant la création et l'utilisation d'une carte de stationnement pour personnes handicapées, qui dispose que : « *Il est créé une carte de stationnement pour personnes handicapées, dont le handicap induit une mobilité réduite. Par handicap au sens du présent règlement on entend :*

- *les personnes incapables de faire seules et/ou de façon continue plus de 100 m,*
- *les personnes se déplaçant à l'aide de béquilles ou d'une chaise roulante,*
- *les aveugles ».*

En l'espèce, la commission médicale qui avait été chargée de vérifier si les conditions règlementaires pour prétendre à une carte de stationnement pour personnes handicapées étaient remplies en l'espèce, était venue à la conclusion que le périmètre de marche de la réclamante était supérieur à 100 mètres.

La réclamante avait contesté cette décision, expliquant que s'il était vrai qu'elle pouvait librement se déplacer, elle était néanmoins confrontée au problème que suite à une hémicolectomie subie en 2007, elle souffrait d'occlusions à répétition ayant pour conséquence des diarrhées incontrôlables.

Aussi, quand elle est en déplacement, il arrive qu'elle doive immédiatement se rendre dans des toilettes, mais que faute de trouver un emplacement de parking assez proche, elle ne puisse y accéder rapidement.

Le Ministre a cependant rappelé que ce cas de figure n'était pas prévu par le texte en vigueur et que par conséquent il ne pouvait faire droit à sa demande.

Le Médiateur est intervenu en faveur de l'intéressée, en expliquant qu'il s'agissait d'une situation tout à fait exceptionnelle qui pourrait éventuellement tomber sous le dernier alinéa de l'article 1^{er} du règlement grand-ducal susmentionné qui prévoit que « *Dans des cas exceptionnels, dûment justifiés par un grave handicap physique, le ministre des Transports peut délivrer une carte de stationnement à d'autres personnes que ceux visées par les critères énumérés ci-avant ».*

Le ministre n'a cependant pas entendu revenir sur sa décision argumentant que la délivrance des cartes de stationnement était uniquement réservée aux personnes dont le périmètre de marche est

inférieur à 100 mètres ou qui doivent se déplacer au moyen d'une chaise roulante ou d'une aide à la marche, voire qui doivent se faire assister pour leur déplacement (p.ex. : les personnes aveugles).

Des recherches ont permis au Médiateur de constater qu'il existe en Allemagne un deuxième type de carte de stationnement (« *orangefarbener Parkschein* »), destiné à des personnes qui ne sont pas forcément atteintes d'un handicap tel que défini à l'article 1^{er} du règlement grand-ducal de 2003, mais souffrant de maladies ayant pour conséquence d'entraver leur liberté à pouvoir se déplacer à leur guise. Sont par exemple concernées les personnes atteintes de la maladie de Morbus Crohn ou de personnes ayant subi une colostomie, tel étant le cas de la réclamante.

Aussi, le Médiateur a demandé au ministre s'il pouvait s'imaginer instaurer un tel système au Luxembourg, à l'instar de l'Allemagne.

Ce type de carte de stationnement a d'ailleurs la particularité que les détenteurs ne peuvent se garer que de manière limitée à certains endroits prédéfinis et pour un temps strictement limité.

Actuellement, le Médiateur reste dans l'attente d'une réponse du ministre.

AFFAIRES RELEVANT DE L'ETAT

MINISTÈRE DE LA MOBILITÉ ET DES TRAVAUX PUBLICS

Département des Travaux publics

Lenteur des décisions en matière d'indemnisation des entrepreneurs ayant une réduction du chiffre d'affaire en raison des travaux liés à la mise en place du tramway [2020/28]

Au début de l'année 2019, le Médiateur a été saisi par un commerçant ayant connu une réduction importante de son chiffre d'affaire en raison des travaux de tramway devant l'entrée de son commerce.

Sans savoir qu'une telle demande est à adresser à la société Luxtram, le concerné s'est adressé dès les mois de janvier 2019 à la Ville de Luxembourg, respectivement au Ministère de la Mobilité et des Travaux Publics.

En mars 2019, le Médiateur s'est adressé au Ministère de la Mobilité et des Travaux Publics, alors que le réclamant est resté sans réponse.

A ce moment, le commerçant a été prié de s'adresser à la société Luxtram.

Le réclamant s'est à nouveau adressé au Médiateur en octobre 2019 pour signaler que depuis la fin du mois de juillet 2019 son dossier d'indemnisation serait complet mais qu'il resterait toujours sans réponse à l'heure actuelle.

Luxtram faisant partie des attributions relevant des compétences du Ministère de la Mobilité et des Travaux Publics, le Médiateur a demandé le Ministre de ressort de bien vouloir veiller de près à ce que le réclamant reçoive une réponse dans les meilleurs délais.

Le Ministre a répondu en janvier 2020 que l'équipe de Luxtram dispose de deux médiateurs de chantier qui seraient régulièrement sur place pour encadrer les commerçants et que le Ministère ferait de nombreux efforts pour faire avancer le chantier le plus vite possible.

Le réclamant aurait été contacté à plusieurs reprises par la société Luxtram pour compléter le dossier de demande de compensation.

Les premières décisions sur des compensations seraient prévues pour les semaines à suivre.

Le Médiateur est donc fort étonné de constater que les commerçants lésés par les travaux de tramway n'ont pas reçu de réponses à leurs demandes d'indemnisation avant les mois de janvier et février 2020.

Comme la société Luxtram ne tombe pas sous le champ de compétence du Médiateur, ce dernier ne peut pas insister en la matière.

Le Médiateur invite néanmoins les responsables politiques à veiller dans le futur au dédommagement dans un délai plus rapide pour éviter que des faillites n'interviennent avant que les commerçants lésés n'aient reçu une réponse.

AFFAIRES RELEVANT DE L'ETAT

MINISTÈRE DES FINANCES

Administration des contributions directes (ACD)

Assistance en matière de recouvrement entre les autorités fiscales de différents Etats [2020/29]

Le Médiateur a été saisi par une réclamante qui s'est installée au Luxembourg en 2003. Venant du Portugal, ne maîtrisant pas les langues officielles du Luxembourg et n'ayant pas de formation spécifique, elle n'a pas immédiatement trouvé un emploi lui permettant de bénéficier d'une affiliation à la sécurité sociale luxembourgeoise. Elle n'a ainsi pu être affiliée qu'au cours de l'année 2004.

Au cours des années 2006 et 2007, la réclamante a été incarcérée pendant plusieurs mois.

Peu de temps après sa sortie de prison, elle a reçu une lettre des autorités fiscales portugaises, l'informant qu'elle devait des impôts à partir de 2003. Dans les faits, elle avait oublié de se désaffilier auprès des autorités fiscales portugaises lors de son départ du Portugal et avait dès lors été taxée d'office. La réclamante avait déjà contacté les autorités portugaises pour expliquer qu'elle ne vivait plus au Portugal depuis 2003.

Sans réponse de la part des autorités portugaises, elle estimait que le dossier était clôturé, jusqu'au décès de sa sœur. Après avoir dû effectuer certaines démarches administratives liées au décès de sa sœur, les autorités fiscales portugaises sont revenues à charge.

La réclamante a donc décidé de mandater un avocat au Portugal afin de s'occuper du dossier. Elle lui a envoyé tous les documents dont elle disposait pour prouver qu'elle vivait et travaillait au Luxembourg pendant la période imposée au Portugal.

En 2017, elle obtint des nouvelles sous forme d'une lettre de l'administration fiscale luxembourgeoise, les autorités portugaises ayant demandé l'assistance en matière de recouvrement à l'administration luxembourgeoise.

Entretemps, la réclamante avait réussi à obtenir un document du service des impôts portugais dans lequel un agent de ce service affirme que la date de cessation d'activité de la réclamante au Portugal a été modifiée rétroactivement au 31 décembre 2003. Malgré ce document, la réclamante continuait à recevoir des demandes de paiement.

Etant donné qu'au moment où elle a porté son dossier devant le Médiateur, la réclamante venait de charger un nouvel avocat au Portugal, le Médiateur a demandé à l'ACD de bien vouloir suspendre les poursuites afin de donner la chance au nouvel avocat portugais de clarifier cette affaire.

Malheureusement, l'ACD a informé le Médiateur qu'elle ne pouvait pas suspendre les poursuites alors qu'elle aurait vérifié auprès des autorités portugaises si un quelconque changement était intervenu dans le dossier et que les autorités portugaises auraient répondu par la négative.

Par ailleurs, une précédente contestation de l'imposition portugaise n'aurait pas abouti et l'avocat de l'époque en aurait été informé. L'autorité portugaise avait donc demandé à l'ACD de continuer les poursuites.

Etant donné que le problème devait d'abord être résolu au Portugal, le Médiateur ne voyait pas d'autre solution que de renvoyer la réclamante vers son homologue portugais.

Défaut de versement à l'ACD des retenues d'impôt sur les salaires opérées par l'employeur [2020/30]

Le Médiateur a eu à traiter d'un cas où l'employeur d'une dame n'avait pas procédé à la retenue d'impôt sur salaire pendant plusieurs années. Les époux travaillaient tous les deux pour le même employeur, une entreprise familiale dirigée par un cousin de l'époux.

Les époux n'ont remarqué le défaut de retenue mensuelle que lorsque le paiement intégral de l'impôt sur salaire pour ces années leur a été demandé.

En vertu de l'article 136 LIR, la retenue est à opérer par l'employeur pour compte et à décharge du salarié. Le salarié est le débiteur de l'impôt, mais ne peut être contraint au paiement de l'impôt que s'il est complice du non-paiement de la retenue ou si la retenue n'a pas été opérée.

En l'espèce, il s'est avéré que pour l'une des années concernées, la retenue était indiquée sur les fiches de salaire de l'épouse et son salaire avait effectivement été amputé de cette retenue. Or selon l'ACD, la retenue n'avait jamais été versée à l'ACD. En ce qui concerne cet impôt retenu, mais non versé par l'employeur, c'était donc en premier lieu l'employeur qui était responsable du paiement en vertu de l'article 136 alinéa 4 LIR.

Après avoir fourni les preuves que la réclamante n'avait pas perçu ladite retenue, l'ACD a accepté de se tourner vers l'employeur.

Pour les autres années, la retenue n'avait été ni opérée, ni versée à l'ACD. La contribuable avait donc perçu son salaire brut, de sorte qu'elle devait payer l'entièreté de l'impôt sur salaire.

Le Médiateur s'étonnait également du fait que l'ACD n'avait pas remarqué l'absence de retenue d'impôt au cours des années. Les contribuables ou l'employeur auraient pu être averti plus tôt.

Selon les explications de l'ACD, le bureau d'imposition demanderait normalement des explications à l'employeur dans un tel cas. Cependant, comme en l'espèce il s'agissait d'une entreprise familiale et que la contribuable était un membre de la famille, cette démarche n'a pas été faite. L'ACD a indiqué au Médiateur que dans un tel cas, il n'était pas inhabituel de payer un salaire brut.

Solidarité entre époux face à une dette fiscale [2020/31]

Le Médiateur est régulièrement saisi par des personnes qui se retrouvent, pendant ou après une séparation de leur conjoint, avec une dette d'impôt importante qui est principalement due au revenu élevé de l'ex-conjoint.

Ainsi, une dame s'est adressée au Médiateur puisque l'ACD lui réclamait un montant d'impôts conséquent, alors qu'elle avait un revenu modeste qui ne lui permettait pas de payer la somme réclamée.

Selon la convention de divorce, chaque époux devait supporter sa propre charge d'impôts. Etant donné que le revenu de l'ex-époux était substantiellement plus élevé que celui de son ex-épouse, la dame a demandé à des experts fiscaux de déterminer sa part des impôts. Par la suite, elle a payé cette part. Or son ex-époux n'a pas payé la sienne entièrement et n'était pas prêt à la payer.

L'ex-époux vivait entretemps en Autriche, alors que la réclamante travaillait toujours au Luxembourg. Elle estimait donc que l'ACD s'adressait à elle pour le paiement de la dette par facilité.

Or, étant donné qu'en matière d'impôts, il y a solidarité entre les époux, l'ACD est en droit de s'adresser à l'un ou l'autre des époux pour récupérer les impôts dus. La convention de divorce n'est pas opposable à l'ACD.

Selon l'ACD, elle poursuit chaque débiteur solidaire, indépendamment de l'endroit où il se trouve. En pratique, il est toutefois plus simple d'obtenir le paiement ou d'engager une procédure d'exécution forcée, en présence d'un résident ou salarié luxembourgeois.

Compte tenu du principe de solidarité entre époux, le Médiateur n'a pu que recommander à la réclamante d'essayer de trouver un arrangement avec son ex-époux.

Alors que la solidarité entre époux est une garantie supplémentaire pour la perception des impôts par le Trésor, elle s'avère particulièrement dommageable pour des personnes comme la réclamante, laquelle risque alors de devoir payer des impôts sur des revenus dont elle n'a nullement profité, puisqu'ils ont été encaissés par l'ex-conjoint. En définitive, elle assumerait donc une dette qui ne lui est pas imputable.

Demande conjointe d'assimilation fiscale des contribuables non-résidents aux contribuables résidents [2020/32]

Plusieurs salariés frontaliers se sont adressés au Médiateur après avoir été imposés en classe d'impôt 1 pour l'année fiscale 2018, ce malgré le fait qu'ils soient ou aient été mariés et qu'ils aient auparavant toujours été imposés en classe d'impôt 2.

Si avant 2018, ils étaient assimilés à des contribuables résidents, les conjoints non-résidents doivent, depuis l'année d'imposition 2018 et par application de l'article 157ter LIR, faire une demande conjointe d'assimilation aux contribuables résidents.

Les réclamants ont indiqué au Médiateur ne pas avoir eu connaissance du changement de législation fiscale luxembourgeoise intervenu et de manière générale, de nombreux salariés frontaliers ont été surpris par cette nouvelle législation.

Du fait du défaut d'assimilation à des contribuables résidents, ces personnes ont partant été imposées en classe d'impôt 1, perdant en même temps la possibilité de déduire d'éventuelles charges.

S'y rajoute que pour certains frontaliers, l'exigence d'une demande conjointe des deux époux pose problème.

Le Médiateur est ainsi régulièrement saisi par des frontaliers vivants séparés de leur conjoint, la relation étant conflictuelle et le conjoint refusant de signer toute demande d'assimilation.

En l'espèce et étant donné que l'imposition était conforme à la loi, le Médiateur n'a malheureusement pas pu intervenir en faveur de ces personnes.

Remise gracieuse accordée pour rigueur subjective alors que le paiement de l'impôt compromet l'existence économique du contribuable et le prive de moyens de subsistance indispensables [2020/33]

Le Médiateur a été saisi par un couple marié en situation globale de surendettement. Il était notamment redevable auprès de l'ACD d'un montant de près de 15.000 € au titre de l'impôt sur le revenu.

Parallèlement à la saisine du Médiateur, les administrés ont introduit auprès de l'ACD une demande d'échelonnement de la dette à hauteur de 300 EUR par mois.

Après analyse avec les administrés de leur situation financière, le Médiateur a constaté que l'échelonnement proposé au terme de leur courrier n'était pas envisageable au vu de leur situation financière critique.

Le Médiateur est partant intervenu auprès de l'ACD pour l'en informer et demander un réexamen du dossier en vue d'un potentiel octroi d'une remise gracieuse.

En matière de remise gracieuse, la jurisprudence constante retient :

« En ce qui concerne les éventuelles raisons subjectives pouvant justifier une remise gracieuse, dont l'existence s'apprécie au jour où le tribunal est amené à statuer, il échet de rappeler qu'il ne saurait y être fait droit que si la situation personnelle du contribuable est telle que le paiement de l'impôt compromet son existence économique et le prive des moyens de subsistance indispensables »³.

La doctrine retient quant à elle qu'il s'agit d'apprécier pour l'ACD :

« si le refus de la remise gracieuse mettrait en péril la survie économique du contribuable. Tel est le cas si le contribuable ne peut plus financer son train de vie de façon passagère ou durable ou encore s'il n'est plus à même de continuer son activité économique »⁴.

Si tel semble être le cas en l'espèce, encore faut-il pour satisfaire aux conditions d'une remise d'impôts que le contribuable ne soit pas « lui-même manifestement à l'origine de sa situation matérielle difficile »⁵.

Dans les faits, Monsieur était actionnaire unique d'une société en faillite (« Société A »).

³ Trib. adm. 29 mai 2018, n°39802 du rôle, trib. adm. 12 janvier 2000, n° 10661 du rôle, conf. par Cour adm. 16 mai 2000, n°11844C du rôle, Pas. adm. 2017, V° Impôts, n° 611 et les autres références y citées.

⁴ Jean-Pierre Winandy, *Les impôts sur le revenu et sur la fortune*, promoculture, 4^{ème} édition, 2002, page 760.

⁵ Ibid.

Monsieur, Madame et un tiers étaient administrateurs de la Société A.
Madame était salariée à mi-temps de la Société A au poste de secrétaire.

La Société A détenait la majorité des parts sociales d'une seconde société (Société B).
Monsieur et un tiers étaient gérants de la Société B.
Monsieur était gérant salarié de la Société B.
Madame était salariée à mi-temps de la Société B au poste de secrétaire.

En 2017, la Société B a arrêté son activité et a vendu son fonds de commerce.
La Société A a fait aveu de faillite alors que la Société B était son seul client.
Monsieur et Madame ont été licenciés pour motif économique des deux sociétés.

Compte tenu de leurs statuts respectifs dans les sociétés (actionnaire dans la Société A et associé indirect dans la Société B pour Monsieur, administrateurs ou gérant pour Monsieur et Madame) en plus de leur statut de salarié, le Médiateur a demandé à l'ACD si elle considèrerait la présente condition, à savoir que le contribuable ne soit pas lui-même manifestement à l'origine de sa situation matérielle difficile, comme insatisfaite.

En d'autres termes, en tant qu'associé majoritaire indirect de la Société B, Monsieur a pris la décision d'arrêter l'activité de la société et de vendre le fonds de commerce, entraînant ainsi l'aveu de faillite de la Société A.

Bien que l'administré estimât avoir pris cette décision dans l'intérêt des deux sociétés alors qu'elles étaient toutes deux en situation financière difficile et avoir ainsi agi au mieux des intérêts de chacun pour limiter les pertes financières, le Médiateur a demandé à l'ACD si elle retiendrait en l'espèce dans son chef qu'il est, pour les raisons ci-avant évoquées, manifestement à l'origine de sa situation matérielle difficile.

Après réexamen du dossier, l'ACD a accordé une remise partielle aux administrés, considérant qu'une rigueur excessive, incompatible avec le principe d'équité au sens du paragraphe 131 AO, est à admettre au vu de la situation financière des requérants.

Le Médiateur remercie Madame le Directeur des contributions pour cette décision.

AFFAIRES RELEVANT DE L'ETAT

MINISTÈRE DES FINANCES

Administration de l'enregistrement et des domaines (AED)

Remboursement de la TVA logement [2020/34]

L'application directe du taux super-réduit de TVA de 3% peut être autorisée pour la construction ou la rénovation d'un logement dans les conditions fixées par le règlement grand-ducal modifié du 30 juillet 2002⁶.

L'une des conditions essentielles est l'affectation du logement concerné à des fins d'habitation principale. Le bénéficiaire doit rembourser l'avantage obtenu si le logement est affecté à d'autres fins dans un délai de deux ans à compter du 1^{er} janvier de l'année suivant celle pendant laquelle les travaux éligibles ont été achevés.

Dans le cas duquel le Médiateur a été saisi, ce délai de deux ans n'a pas été respecté. La réclamante avait des difficultés financières suite à la perte de son emploi et en raison de problèmes de santé. Elle se voyait donc obligée de vendre son appartement. Après la vente de l'appartement, elle a continué à l'occuper en tant que locataire pendant une très courte période, le temps de se reloger.

Au moment de la saisine du Médiateur, la réclamante attendait une décision de la Caisse nationale de pension suite à une demande de pension d'invalidité.

La réclamante avait elle-même déjà fait un recours auprès de l'AED contre la décision de régularisation de TVA. Mais le directeur de l'AED a confirmé sa décision initiale au motif que le logement avait été vendu avant l'expiration de la période de deux ans et que le nouveau propriétaire n'avait pas affecté le logement en question en tant qu'habitation dans son propre chef, mais l'a mis à disposition de la réclamante en tant que locataire, affectation non visée en matière de TVA-logement dans le contexte des opérations de création d'un logement.

La décision de l'AED consistant à demander le supplément de taxe était conforme aux dispositions légales en vigueur.

Or, au vu de la situation difficile de la réclamante, le Médiateur a décidé d'intervenir auprès de l'AED pour demander une suspension des poursuites jusqu'au moment où la décision concernant la pension d'invalidité était prise, sinon un échelonnement pour le paiement du supplément de TVA.

La réponse de l'AED était surprenante étant donné que l'AED a informé le Médiateur qu'elle a réexaminé le dossier et constaté à cette occasion que l'acheteur de l'appartement a commencé à

⁶ Règlement grand-ducal modifié du 30 juillet 2002 concernant l'application de la taxe sur la valeur ajoutée à l'affectation d'un logement à des fins d'habitation principale et aux travaux de création et de rénovation effectués dans l'intérêt de logements affectés à des fins d'habitation principale et fixant les conditions et modalités d'exécution y relatives.

occuper l'appartement à des fins d'habitation dès son entrée en jouissance. En raison d'une tolérance administrative, une condition de vente qui prévoit une entrée en jouissance différée d'une durée réduite au cours de laquelle l'ancien propriétaire occupe encore l'immeuble vendu ne ferait pas obstacle à ce qu'une affectation à des fins d'habitation principale dans le chef du propriétaire puisse subsister.

Les conditions d'une régularisation de TVA ne seraient donc plus données et la réclamante n'aurait rien à rembourser.

Cette réponse, tout en étant positive pour la réclamante, suscitait un certain nombre d'interrogations. Pour cette raison, le Médiateur a décidé de s'adresser une nouvelle fois à l'AED.

Aux termes de la lettre de l'AED, la régularisation de la TVA n'était pas due puisque le nouveau propriétaire l'utilisait en tant qu'habitation principale. L'AED invoquait qu'il s'agissait d'un fait nouveau, parce qu'il n'avait pas été invoqué par la réclamante lors de son recours et il était inconnu à l'administration lors du traitement de la demande.

Or, la réclamante ne pouvait pas nécessairement savoir si l'acheteur allait affecter l'appartement à des fins d'habitation et elle ne savait probablement pas non plus que ce fait pouvait invalider la demande de régularisation.

Le Médiateur estimait donc que de tels cas risquaient de se présenter régulièrement.

Si le fait que l'acquéreur établit son habitation principale dans l'appartement endéans un délai rapproché est accepté en raison d'une tolérance administrative, mais qu'il était inconnu à l'administration lors du traitement de la demande, le Médiateur se demandait si l'administration ne devait pas attendre l'écoulement d'un délai considéré comme acceptable avant d'envoyer une demande de régularisation.

Par ailleurs, sachant que l'acte notarié établi lors de la vente de l'appartement par la réclamante mentionne que l'acquéreur demande le crédit d'impôt, le Médiateur estime que l'AED aurait pu présumer que l'acquéreur avait l'intention d'affecter l'appartement à des fins d'habitation principale. Une telle présomption est également faite pour l'accord du crédit d'impôt. La même présomption pourrait donc s'appliquer pour la régularisation éventuelle de la TVA, ceci jusqu'à connaissance du contraire.

Dans un premier temps, le Directeur de l'AED a répondu que son administration procède en principe à la régularisation dans le chef du bénéficiaire dès que ce dernier vend l'immeuble en question avant l'écoulement du délai de deux ans et ne rapporte pas la preuve que le nouvel acquéreur a affecté l'immeuble à des fins d'habitation principale. Le Directeur n'était pas d'avis que la demande de régularisation avait été envoyée trop tôt, alors que le bureau d'imposition avait uniquement appliqué la loi. Par ailleurs, il a rappelé que l'appréciation de la condition d'affectation de l'immeuble doit se faire au cas par cas. La mention dans l'acte notarié que l'acquéreur demande le crédit d'impôt ne saurait donc valoir comme preuve suffisante que l'immeuble sera affecté ultérieurement à des fins d'habitation principale.

Le Médiateur ne remettait pas en cause le principe selon lequel une évaluation au cas par cas doit être faite, mais restait d'avis que la demande de régularisation aurait pu être envoyée un peu plus tard afin

de permettre à l'administration de vérifier si le nouvel acquéreur avait affecté le logement à des fins d'habitation principale.

Il est clair que la mention concernant le crédit d'impôt dans l'acte de vente ne peut constituer une preuve que l'acquéreur affecte effectivement le logement à des fins d'habitation principale. Or, telle mention est un indice en ce sens et il semble légitime au Médiateur de considérer que si la mention se trouve dans l'acte notarié, une vérification devrait pouvoir être faite avant l'envoi d'une demande de régularisation de la TVA au vendeur.

Pour des raisons, entre autres, de protection des données personnelles, le vendeur est dans l'impossibilité matérielle de rapporter cette preuve. Il peut tout au plus avoir connaissance de faits qui font présumer que le nouvel acquéreur en fait son habitation principale.

Suite à une nouvelle intervention du Médiateur, le Directeur de l'AED a finalement répondu qu'il partageait le point de vue du Médiateur que l'administration était mieux outillée pour vérifier si l'acquéreur a établi son habitation principale dans le logement.

Dorénavant, les décisions de régularisation de TVA seront tenues en suspens jusqu'à ce que toutes les vérifications relatives à l'affectation de l'immeuble en question aient été effectuées.

Le Médiateur salue cette nouvelle procédure instaurée par l'AED qui pourra éviter à l'avenir que des cas comme celui de la réclamante se représentent.

AFFAIRES RELEVANT DE L'ETAT

MINISTÈRE DU LOGEMENT

Service des Aides au logement

Subvention de loyer [2020/35]

Concernant les demandes en obtention de subventions de loyer, il est prévu ce qui suit à l'article 3(1) du règlement modifié grand-ducal du 9 décembre 2015 fixant les conditions et modalités d'octroi de la subvention de loyer prévue par la loi modifiée du 25 février 1979 concernant l'aide au logement :

Les demandes en obtention de l'aide sont à adresser moyennant un formulaire spécifique, mis à disposition des personnes intéressées, ensemble avec les pièces justificatives à l'appui, au service.

Toute demande présentée au service doit être dûment signée par le demandeur. En cas de mariage ou en cas de partenariat, les deux époux respectivement les deux partenaires doivent signer la demande.

Dans un premier dossier, la personne concernée, bénéficiaire de la protection internationale au Grand-Duché de Luxembourg, s'est vu refuser les aides au motif que le réclamant, bien qu'il fût marié, avait apposé sa seule signature sur la demande d'octroi des aides. De fait, son épouse se trouvait toujours dans son pays d'origine et la demande de regroupement familial était tenue en suspens jusqu'à ce que le réclamant puisse prouver qu'il disposait de ressources personnelles suffisantes.

Dans un deuxième dossier, la réclamante a informé le Médiateur avoir fait une demande de subvention de loyer en février 2018 en remettant tous les documents demandés par les services concernés. Elle reprochait au Service que celui-ci lui ait demandé à plusieurs reprises de fournir de nouveaux documents et de n'avoir pas pu prendre de décision en 11 mois de temps. La dernière demande en date du Service indiquait qu'étant donné que la réclamante était mariée, son mari devait habiter avec elle et qu'il devait signer la demande d'octroi des aides. Or ceci était impossible pour des raisons dûment fournies au Service depuis l'introduction du dossier.

Le Médiateur s'est adressé au Service des aides au Logement pour obtenir une copie du dossier, mais finalement, étant donné que plusieurs dossiers du même type s'étaient présentés, le Service des Aides au Logement a informé le Médiateur qu'après une analyse desdits dossiers et des dispositions légales et réglementaires applicables en matière de subvention de loyer, la Commission en matière d'aides individuelles au logement a décidé d'accorder une subvention de loyer aux ménages concernés dans ces affaires.

Lors d'une entrevue avec le Service en question il a été indiqué que si les personnes motivent pourquoi il est impossible aux deux conjoints de signer la demande ou si une procédure de divorce est entamée, les aides pourront quand-même être accordées.

Prime à la construction [2020/36]

Un réclamant s'est adressé au Médiateur alors qu'il estimait que c'était à tort qu'une prime à la construction lui avait été refusée par le Ministère du Logement pour l'acquisition de son immeuble.

La décision litigieuse était notamment motivée sur base de l'article 3 paragraphe 1^{er} du règlement grand-ducal modifié du 5 mai 2011 fixant les mesures d'exécution relatives aux aides individuelles au logement promouvant l'accès à la propriété et prévues par la loi du 25 février 1979 concernant l'aide au logement, qui dispose que : *« Le revenu à prendre en considération pour le calcul des primes de construction, des primes d'acquisition, des primes d'amélioration et des subventions d'intérêt respectivement pour la condition de revenu applicable à la bonification d'intérêt est le revenu imposable au sens de l'article 7 de la loi modifiée du 4 décembre 1967 concernant l'impôt sur le revenu, augmenté de tous les autres revenus, même non soumis à l'impôt, dont dispose le demandeur et toute autre personne qui vit avec le demandeur dans le logement en question (...) »*.

L'intéressé n'était cependant pas d'accord avec cette décision, alors que selon lui le revenu de sa compagne, qui habitait avec lui au moment de l'introduction de la demande, n'aurait pas dû être pris en compte, alors qu'il avait contracté seul un prêt hypothécaire pour l'acquisition du logement et qu'il avait également été seul à signer la demande en obtention des aides.

Le Ministère du Logement a toutefois correctement répondu qu'en vertu de l'article précité ainsi que de l'article 5 du même règlement grand-ducal, la situation de famille du demandeur à prendre en considération pour la détermination des aides au logement est celle existant à la date de commencement des travaux de construction.

Le Médiateur, bien qu'il ait été d'accord avec cette réponse, a néanmoins estimé que cette décision était injuste au vu de l'article 3 (7) du règlement grand-ducal de 2011 susmentionné, qui prévoit une exception en faveur des couples mariés ou pacsés depuis moins de 3 ans au moment de l'acquisition du bien immobilier pour lequel des aides étaient demandées.

L'article en question dispose notamment que *« Lorsque les conjoints sont mariés respectivement les partenaires ont signé une déclaration de partenariat depuis moins de 3 années au moment de la date de l'acte d'acquisition, de la date du commencement des travaux de construction respectivement de la date du commencement des travaux d'amélioration, il n'est tenu compte pour l'octroi de la prime que du revenu de l'un des conjoints respectivement de l'un des partenaires, le revenu à retenir étant le plus élevé. Dans ce cas, la réduction prévue au paragraphe (5) n'est pas applicable »*.

Si le réclamant avait donc été marié ou pacsé depuis moins de 3 ans au moment du dépôt de la demande, seul le revenu du ménage le plus élevé aurait été pris en compte.

Aussi, le Médiateur a estimé que cette disposition créait une discrimination par rapport aux couples qui vivent en ménage sans être unis par les liens du mariage ou du PACS et a demandé, sur base de ces réflexions, de reconsidérer la demande du réclamant.

Le Ministre compétent a répondu que l'article 3 (7) résultait d'un choix politique décidé en 1983 pour soutenir spécialement les jeunes mariés, mais qu'à son avis cette disposition n'aurait plus de raison d'être compte tenu des réalités actuelles et des changements sociodémographiques constatés au cours des dernières années.

Le Ministre a par ailleurs tenu à préciser qu'il était prévu de remplacer ce texte par des règles plus opportunes et équitables dans le cadre de la prochaine réforme de la législation applicable en matière de logement.

Etant donné qu'il n'avait pas pris position quant à l'éventualité de revoir la demande du réclamant, le Médiateur a écrit de nouveau au Ministre concerné (qui avait changé entre-temps) pour lui proposer de revenir sur la décision de refus d'attribution de la prime de construction sur base du principe d'équité.

En effet, l'article 4 paragraphe 2 de la loi du 22 août 2003 instituant un Médiateur permet à ce dernier, lorsqu'il apparaît que l'application d'une décision aboutit à une iniquité, de faire une recommandation en ce sens.

Le Ministre a toutefois répondu qu'il n'entendait pas revenir sur la décision, au motif que d'une part les textes en vigueur avaient été respectés et que d'autre part, la commission en matière d'aides au logement ne saurait être obligée d'accorder à titre exceptionnel l'aide sollicitée par le réclamant, ceci au risque de violer le principe d'équité par rapport à tous les autres ménages se trouvant dans la même situation.

Le Médiateur salue le fait que la disposition litigieuse fera l'objet d'une refonte en vue d'être adaptée à la réalité sociodémographique actuelle. Néanmoins, il déplore le fait que le ministre n'ait pas voulu faire une application du principe d'équité en faveur du réclamant, qui s'est vu discriminé au seul motif qu'il n'était pas marié ou pacsé avec sa compagne au moment de l'introduction de la demande en obtention des aides.

AFFAIRES RELEVANT DE L'ETAT

MINISTÈRE DE LA SÉCURITÉ SOCIALE

Caisse nationale de santé (CNS)

Le Médiateur est régulièrement saisi de réclamations concernant l'autorisation d'un transfert à l'étranger. Dans certains cas, une telle autorisation est nécessaire afin de pouvoir suivre un traitement à l'étranger. Certains assurés peuvent se heurter à des difficultés pour la délivrance d'un formulaire S2 permettant le transfert à l'étranger.

Le refus de l'autorisation peut avoir diverses raisons. Ainsi, elle peut être refusée parce que le traitement envisagé peut également être suivi au Luxembourg, parce que les frais dépassent l'utile et le nécessaire ou parce que le traitement en soi n'est pas considéré comme justifié.

Or la plus grande difficulté consiste souvent en l'exigence de la demande préalable de l'autorisation, c'est-à-dire que l'assuré doit être en possession de l'autorisation avant de commencer son traitement à l'étranger. Cette exigence peut paraître logique, dans la mesure où la CNS doit pouvoir évaluer la nécessité du traitement et les frais d'une prise en charge avant le commencement du traitement. La nécessité de l'accord préalable a également un certain intérêt pour l'assuré qui saura si les frais seront couverts par la CNS ou resteront à sa charge et qui pourra, le cas échéant, renoncer au traitement.

Il est également souvent difficile de faire une demande préalable et d'obtenir l'autorisation dans des situations d'urgence.

Prise en charge de frais médicaux sur base d'une assurance continuée [2020/37]

Le Médiateur a également été saisi par une réclamante qui était venue au Luxembourg en provenance du Portugal, alors qu'elle était enceinte de jumeaux. Elle a rapidement trouvé un emploi à durée déterminée pour 20 heures par semaine.

Un mois et demi après le commencement de son contrat de travail, elle a dû être hospitalisée d'urgence. Les médecins luxembourgeois l'ont envoyée d'urgence à Bruxelles où elle a accouché de jumeaux. L'un des jumeaux est décédé quelques jours après l'accouchement, l'autre est atteint de trisomie 21 et a des problèmes cardiaques.

Un S2 avait été demandé pour le transfert à l'étranger. Etant sans réponse, une assistante sociale s'est renseignée auprès de la CNS au nom et pour le compte de la réclamante. Elle a été informée que l'affiliation de la dame était considérée comme douteuse. Finalement, elle avait été désaffiliée rétroactivement. Il s'était avéré que lors de l'hospitalisation d'urgence, elle aurait en principe dû être en congé de maternité. Elle a donc été désaffiliée à la date théorique de son congé de maternité.

Or, la réclamante soutenait que, comme elle ne respectait pas les conditions pour obtenir une indemnité pécuniaire de maternité, elle a continué à travailler au-delà de la date théorique du congé de maternité.

Au vu de la désaffiliation rétroactive et de l'absence de S2, la dame se trouvait confrontée à des factures médicales exorbitantes.

La réclamante n'avait effectivement pas droit au paiement d'une indemnité pécuniaire de maternité étant donné qu'elle ne respectait pas la condition de stage. Néanmoins, l'employeur ne l'avait pas licenciée et elle avait un contrat de travail pour 5 mois. Le Médiateur a donc demandé au Centre commun de la sécurité sociale pour quelle raison l'affiliation a été rétroactivement annulée.

Selon le CCSS, la réclamante aurait été en incapacité de travail à partir du jour de la désaffiliation rétroactive et l'employeur n'aurait pas payé de salaire à partir de ce moment-là. Les conditions d'une affiliation n'auraient donc pas été remplies. Le CCSS lui offrait cependant la possibilité d'une affiliation volontaire rétroactive. Seulement, l'affiliation volontaire ne permettait a priori pas non plus une couverture pour les frais médicaux alors qu'un stage de 3 mois doit être respecté.

Logiquement, la CNS a refusé la délivrance d'un formulaire S2.

Finalement, il s'est avéré que la réclamante avait une assurance au Portugal jusqu'au moment de son départ et qu'elle a demandé une assurance volontaire au Luxembourg dès son arrivée. Ainsi, à l'aide d'un formulaire européen E104 attestant de son affiliation au Portugal pendant les six derniers mois avant son déménagement au Luxembourg, la CNS a pu accorder une affiliation continuée à la dame au Luxembourg. Cette assurance continuée permet une prise en charge sans respect d'un stage.

La CNS a donc pu délivrer un S2 pour la réclamante et pour ses jumeaux de sorte que les frais liés à l'hospitalisation à Bruxelles ont pu être pris en charge.

Assurance continuée et obligation pour le non-résident de transmettre à la CNS une attestation de non-affiliation émise par la caisse de son lieu de résidence [2020/38]

Le Médiateur a été saisi d'un problème de prise en charge de factures médicales. La réclamante avait atteint la fin de ses droits à l'indemnité pécuniaire de maladie. En principe, elle aurait dû avoir droit à l'assurance continuée en vertu de l'article 8 des statuts de la CNS pour le mois en cours et les trois mois suivants. Or, elle affirmait que certaines factures médicales établies pendant cette période n'auraient pas été prises en charge.

Suite à la demande du Médiateur auprès de la CNS, la CNS a indiqué que la réclamante avait bien bénéficié de l'assurance continuée. Certaines prestations de santé auraient été prises en charge pendant la période concernée. La CNS priait la réclamante de renvoyer les factures non prises en charge.

Ce n'est qu'après renvoi de ces factures que la CNS a informé la réclamante qu'afin de permettre à la CNS de valider son affiliation continuée, elle aurait dû rapporter la preuve qu'elle ne disposait pas d'une couverture légale ailleurs pour la période concernée. La réclamante était résidente française et devait s'adresser à l'institution de son lieu de résidence pour que celle-ci demande à la CNS l'émission

d'un formulaire S072 pour la période de l'assurance continuée. Ce ne serait qu'après acceptation et confirmation du formulaire S072 de la part de l'institution française que la CNS serait en mesure de valider l'affiliation continuée et de prendre en charge des factures ouvertes.

Il s'est avéré que cette information n'avait jamais été donnée à la réclamante.

Pour cette raison, le Médiateur s'est adressé une nouvelle fois au Président de la CNS pour lui indiquer qu'il était regrettable que cette information n'eût pas été donnée à la réclamante. Elle aurait dû en être informée au plus tard au moment où elle a présenté ses factures pour un remboursement. Ainsi, le problème aurait pu être résolu beaucoup plus tôt.

Le Médiateur a également demandé des informations concernant la procédure généralement appliquée en matière d'assurance continuée.

La CNS s'est excusée de l'oubli, mais précise qu'en cas de désaffiliation d'un non-résident, la personne protégée non-résidente devrait, de sa propre initiative, fournir à la CNS une attestation de la caisse de son lieu de résidence certifiant qu'elle n'est pas affiliée dans son pays de résidence. La CNS ne serait pas informée d'office quant à une éventuelle couverture légale dans le pays de résidence.

Alors que l'article 8 des statuts de la CNS prévoit effectivement que l'assurance continuée ne s'applique que « *subsidiairement et dans la mesure seulement où les ayants droit ne bénéficient pas durant la même période d'une couverture légale pour les mêmes risques* », le Médiateur suggère que les personnes concernées devraient être rendus attentives à leur obligation de fournir une preuve de l'absence de couverture sociale légale. Cette information pourrait figurer d'office dans les courriers informant les assurés non-résidents de leur désaffiliation.

Prise en charge de frais médicaux en dépit d'une désaffiliation rétroactive de l'assuré intervenue après la réalisation des actes concernés [2020/39]

Dans un autre dossier, le réclamant a dû se faire opérer en Suisse étant donné que l'opération hautement spécialisée envisagée ne pouvait pas être pratiquée au Luxembourg.

Deux consultations ont eu lieu en Suisse en préparation de l'opération. Pour chacune de ces consultations et pour l'opération elle-même, le réclamant a demandé et obtenu un formulaire S2 autorisant le transfert à l'étranger.

Or, quelques mois plus tard, il a été informé qu'il n'aurait pas d'affiliation pour la période concernée. Les factures de l'hôpital suisse n'auraient donc pas été prises en charge.

Le réclamant affirmait ne pas avoir reçu d'explications claires de la part de la CNS. Il était bénéficiaire du RMG et aurait normalement dû être affilié par le Fonds national de solidarité pendant la période en question.

Étant donné que les formulaires S2 autorisant le réclamant à suivre son traitement en Suisse ont initialement été délivrés, il fallait présumer qu'il était affilié au moment de la délivrance par la CNS de ces formulaires.

Le Médiateur a donc demandé des explications à la CNS.

Suite à cette demande, la CNS a informé le Médiateur que la carrière d'affiliation présentait certaines lacunes dont elle ignorait la raison. En même temps, la CNS précise qu'au moment où les formulaires S2 ont été demandés et délivrés, le réclamant bénéficiait d'une co-assurance avec son épouse. Il ne se serait avéré que plus tard que les conditions pour une telle co-assurance n'étaient pas remplies, laquelle a par la suite été annulée rétroactivement.

Or, comme les formulaires S2 avaient été délivrés et le réclamant était de bonne foi, la CNS était prête à prendre en charge les frais de traitement en Suisse aux taux et tarifs de la Suisse à l'exclusion de la participation personnelle et d'éventuels suppléments pour les périodes pour lesquelles un formulaire S2 a été délivré.

Demande d'autorisation préalable d'un transfert à l'étranger [2020/40]

Le Médiateur a été saisi d'un dossier concernant le formulaire S2 (demande d'autorisation préalable d'un transfert à l'étranger).

Le médecin du réclamant avait envoyé un formulaire S2 à la CNS afin de demander le transfert de son patient vers une clinique se trouvant à l'étranger. Par le biais de 3 courriers, la CNS a demandé des précisions et l'envoi de différents documents afin de compléter la demande du médecin.

Les courriers de la CNS contenaient toujours l'une des deux phrases suivantes :

- « *Nous vous informons qu'à défaut d'une réponse dans le délai d'un mois qui suit la présente, la demande sera classée sans suites* »,
- « *Nous vous informons qu'à défaut de réponse dans le délai d'un mois qui suit ce courrier, votre dossier sera classé sans suites* ».

Après lecture des courriers et plus précisément, des phrases citées ci-avant, il y avait lieu de constater que celles-ci prêtaient à confusion alors que les assurés, voir les secrétaires médicales et les médecins traitants pouvaient penser qu'ils avaient un mois pour compléter le dossier demandant la prise en charge par la CNS du transfert et n'avaient donc pas besoins d'attendre l'accord de la CNS pour effectuer le transfert ou bien pour commencer le traitement.

Or, il est impératif d'avoir l'accord de la CNS concernant la demande effectuée par le médecin avant tout transfert et tout traitement. Dans le cas contraire, si l'assuré n'attend pas la réponse de la CNS, celui-ci se verra refuser le remboursement des frais qui resteront à sa charge.

Au vu de la confusion créée par ces courriers tant auprès des assurés que du personnel médical et après l'intervention du Médiateur, la CNS a accepté de modifier ses courriers afin d'éviter toute confusion dans l'esprit des personnes concernées, bien que cette modification n'ait eu aucune conséquence pour le réclamant qui s'est vu refusé le remboursement des frais médicaux.

Le Médiateur salue cette réponse constructive.

Le Médiateur a encore été saisi par une réclamante qui s'est vue refuser la prise en charge concernant une demande de transport au motif que « *Les transports en série en ambulance ou en taxi au Luxembourg et à l'étranger sont pris en charge à condition qu'une ordonnance médicale préalable, établie par le médecin en charge du traitement sur un formulaire spécial et acceptée préalablement par le Contrôle médicale de la sécurité sociale, spécifie séparément pour l'aller et pour le retour les raisons médicales pour lesquelles : a) en cas de transport en ambulance, une position allongée ou immobilisée est indispensable ; b) en cas de transport en taxi, le déplacement par un moyen de transport public en commun n'est pas approprié.* ».

En l'espèce, la dame, enceinte de la 34^e semaine a été transférée d'urgence de l'hôpital de la ville d'Esch-sur-Alzette vers les services de néonatalogie de la Clinique Saint-Vincent Rocourt près de Liège. Ce transfert d'urgence était justifié par une menace imminente d'un accouchement prématuré et par le fait que les services de néonatalogie de Luxembourg étaient complets. La vie de la réclamante n'était pas en danger, tandis que le futur bébé se présentait en état de détresse. Selon les dires de la réclamante, le médecin de garde à l'hôpital d'Esch-sur-Alzette a organisé un transport en taxi avec l'argument qu'un tel transport était plus simple et surtout plus rapide à organiser. Le choix du taxi-ambulance constituait à ce moment-là le moyen le mieux approprié pour transporter la future maman à Liège.

Dans la décision de refus de prise en charge concernant la demande de transport, le gestionnaire de la Caisse Nationale de Santé (CNS) considère cette prestation de transport comme étant un « *Titre pour tiers payant pour TRANSPORT SIMPLE dans un centre luxembourgeois ou à l'étranger prévu par le fichier B6 des statuts de la CNS* » - « *Transport simple en ambulance* ». La CNS a refusé de marquer son accord à la prise en charge des prestations de transport en citant les dispositions de l'article 133 (4) et (5) des statuts de la CNS, relatives aux dispositions de transports simples en ambulance à l'étranger et de transports en série en ambulance ou en taxi.

En l'espèce, la réclamante a été transportée pour un seul aller au moyen d'un taxi-ambulance, ce qui ne constitue évidemment ni un transport simple en ambulance, ni un transport en série.

Or, selon les statuts de la CNS, le transport en taxi à charge de l'assurance maladie n'est possible qu'en cas de traitements médicaux en série.

De manière générale, selon l'article 17 du CSS, les frais de transport des malades constituent des prestations de soins de santé. L'article 23 prévoit en outre que « *Les prestations à charge de l'assurance maladie accordées à la suite des prescriptions et ordonnances médicales doivent correspondre au mieux à l'état de santé des assurés. Elles ne peuvent dépasser l'utile et le nécessaire et doivent être faites dans la plus stricte économie compatible avec l'efficacité du traitement et être conformes aux données acquises par la science et à la déontologie médicale.* »

Certes, les statuts de la CNS énumèrent limitativement les prestations de transport prises en charge, mais l'article 19 prévoit également que « *dans des cas exceptionnels à constater par la Caisse nationale de santé sur base d'un certificat circonstancié du médecin traitant, l'acte ne figurant pas dans la nomenclature peut être pris en charge sur avis du Contrôle médical de la sécurité sociale qui fixe un tarif en assimilant cet acte à un autre acte de même importance.* »

La CNS est complètement d'accord avec le Médiateur que la dame ne devrait pas pâtir de la situation qu'elle a vécue, mais maintient sa décision. Selon la CNS, les textes applicables ne permettent pas une prise en charge d'un transport simple en taxi à l'étranger. La CNS a néanmoins procédé au paiement d'une indemnité de voyage grâce à l'intervention du Médiateur.

Pour conclure, le Médiateur souhaite sensibiliser les prestataires et fait appel à leur conscience que le choix pris par le médecin traitant semble peut-être opportun le moment même, mais la prestation prescrite, en l'espèce un transport simple en taxi, est susceptible de ne pas être prise en charge par la CNS.

Extension d'assurance [2020/41]

Le Médiateur a été saisi d'une réclamation par une ressortissante de pays tiers, alors qu'il avait été mis fin à son affiliation auprès du Centre commun de la Sécurité sociale jusque-là prise en charge par l'Office luxembourgeois de l'accueil et de l'intégration.

La dame et son enfant se trouvaient en situation irrégulière sur le territoire. Le fils de l'intéressée, âgé de 4 ans était, quant à lui, assuré au titre de l'article 13) du Code de la Sécurité sociale (enfants âgés de moins de dix-huit ans résidant au Grand-Duché de Luxembourg qui ne sont pas assurés à un autre titre et qui ne bénéficient pas d'une protection en vertu de l'article 7).

L'intéressée invoquait l'article 7 du Livre 1^{er} du Code de la sécurité sociale relatif à l'extension de l'assurance :

« Le bénéfice de l'assurance obligatoire et de l'assurance volontaire s'étend :

1) [...]

2) au parent et allié en ligne directe ou collatérale jusqu'au troisième degré qui à défaut de conjoint ou de partenaire au sens de l'article 2 de la loi du 9 juillet 2004 relative aux effets légaux de certains partenariats, tient le ménage de l'assuré principal

3) [...] »

La réclamante avait fait la demande auprès de la CNS de pouvoir être affiliée par rapport à son fils, ce qui lui fut refusé par la CNS au motif que la coassurance est seulement possible pour les époux et les enfants et qu'il n'est donc pas possible de l'assurer « sur » son fils.

Lors d'une autre prise de position il a été indiqué à l'intéressée que « selon l'article 7 alinéa 2, une coassurance auprès de son enfant est seulement possible si l'enfant tient le ménage de l'assuré principal », tout en citant le paragraphe 2).

Les explications données à la réclamante n'étaient pas forcément claires. Le Médiateur s'est donc efforcé d'expliquer à l'intéressée la logique de l'article 7 paragraphe 2).

Ainsi il explique que dans les travaux parlementaires concernant à la loi du 9 juillet 2004 relative aux effets légaux de certains partenariats, il est indiqué ce qui suit à propos des dispositions relatives aux effets de droit de la sécurité sociale :

« Au Luxembourg, l'affiliation à la sécurité sociale s'organise sur la base de l'exercice d'une occupation professionnelle. Toute personne exerçant une occupation professionnelle ou touchant un revenu de remplacement (indemnité pécuniaire de maladie, de maternité ou de chômage, pension ou rente) est assurée obligatoirement comme travailleur contre les différents risques sociaux (maladie, maternité, accidents de travail, invalidité, vieillesse et dépendance). Pour un couple non marié où les deux

partenaires travaillent, ces derniers sont assurés individuellement. Les problèmes ne se posent qu'à partir du moment où un partenaire n'exerce pas d'activité professionnelle.

Pour la couverture des membres de famille qui ne travaillent pas, la sécurité sociale fait appel à la fiction juridique des « droits dérivés » par opposition aux « droits directs » ou « droits personnels » fondés sur l'activité professionnelle. Les droits dérivés se fondent, non pas sur le travail, mais sur une relation de famille qui lie le titulaire de droits directs à une personne qui dépend de lui et est réputée à sa charge. »

L'article 7 2) du Code s'entend de l'extension de l'assurance à la personne qui s'occupe de tenir le ménage en ordre (qui s'occupe des travaux domestiques) mais qui est à charge de l'assuré principal.

Or ceci n'est pas le cas de la réclamante, étant donné qu'elle n'est pas à la charge de son fils de 4 ans.

Le Médiateur n'a donc pas pu assister la réclamante dans sa démarche. En effet une grande partie du travail du Médiateur consiste à expliquer aux réclamants le bien-fondé de certaines décisions administratives dans un langage plus clair.

Refus de prise en charge du congé de maternité [2020/42]

La réclamante a été embauchée par une ONG au Luxembourg en avril 2019 par contrat à durée déterminée. Depuis septembre 2019, elle se trouve en arrêt de travail - congé de maternité, la date présumée de l'accouchement étant en novembre.

En juin 2019, la réclamante s'est présentée à la CNS pour déposer le formulaire E104 et le certificat médical attestant sa grossesse. Le gestionnaire lui aurait confirmé que les périodes mentionnées sur le formulaire E104 seraient prises en compte par la CNS.

En l'espèce, la réclamante peut justifier avoir travaillé pendant 35 mois en tant qu'assurée salariée auprès d'une ONG en France, d'avoir été au chômage pendant 4 mois en France et d'avoir travaillé pendant presque 5 mois au Luxembourg avant de partir en congé de maternité.

D'après la CNS, elle n'aurait pas cumulé 180 jours d'affiliation obligatoire au régime luxembourgeois. Les périodes de chômage indemnisé ne seraient pas des périodes d'affiliation obligatoire au sens de l'article 1^{er}, points 1 à 5 du Code de la Sécurité sociale (CSS) et ne seraient pas prises en compte pour parfaire le stage visé à l'article 25 du CSS. Force est de constater que la réclamante n'a pas cumulé les 180 jours au Luxembourg. Il lui manque effectivement un mois et demi.

La réclamante soutient avoir été affiliée pour risque « maladie – maternité » pendant trois ans de 2015 jusqu'en 2018 en tant qu'assurée salariée expatriée à la Caisse des Français de l'Etranger et de décembre 2018 à avril 2019 en tant que bénéficiaire de prestations de chômage en France. Elle ne comprend pas pourquoi les périodes d'assurance en France ne sont pas prises en compte par la CNS au Luxembourg.

A noter également la réglementation communautaire existante, et notamment le règlement (CE) n° 883/2004 du 29 avril 2004 portant sur la coordination des systèmes de sécurité sociale qui s'inscrit non seulement dans le cadre de la libre circulation des personnes, mais qui vise également à améliorer

le niveau de vie et les conditions d'emploi du citoyen européen, la finalité générale de cette réglementation consiste à éviter que les citoyens qui se déplacent au sein de l'Union européenne ne perdent leurs droits de sécurité sociale. Un des principes fondamentaux de cette coordination imposée par le législateur européen est d'ailleurs celui de la totalisation des périodes, c'est-à-dire que l'État membre compétent est tenu de prendre en considération toute période de stage au titre de périodes d'assurance, de résidence ou d'emploi accomplie dans un autre État membre.

Se pose dès lors la question de savoir pourquoi les périodes d'assurance en France ne sont pas prises en compte par la CNS au Luxembourg ?

Alors même qu'en vertu que l'article 6 (5) de la Convention N°183⁷ sur la protection de la maladie dispose que « *Tout Membre doit garantir que les conditions requises pour bénéficier des prestations en espèces puissent être réunies par la grande majorité des femmes auxquelles la présente convention s'applique.* », la réclamante en tant que ressortissante française se verra privée d'une aide quelconque d'une part en France et d'autre part au Luxembourg.

Or la CNS maintient sa décision sur base du constat que la réclamante ne remplit pas les conditions prévues par la législation nationale pour bénéficier des prestations en espèces.

Refus de remboursement de prestations de soin prestées à l'étranger [2020/43]

Le réclamant a reçu un courrier de la part de la CNS l'informant que le Contrôle médical de la sécurité sociale a clôturé sa demande de remboursement faute de présentation du rapport médical détaillé.

En l'espèce, le réclamant a été transféré au Danemark sur avis de son médecin spécialiste en ophtalmologie au Luxembourg, au motif que le traitement de laser spécial ne serait pas effectué au Grand-Duché. Le réclamant a introduit deux rapports médicaux d'un médecin spécialiste en ophtalmologie au Danemark. Son médecin traitant lui a expliqué qu'une dégénérescence maculaire liée à l'âge (DMLA) correspond à une dégradation d'une partie de la rétine (la macula), pouvant mener à la perte de la vision centrale. Le traitement laser de la rétine a été effectué pour réduire l'œdème de la maculaire et a été couronné de succès.

Dans une première phase les consultations n'étaient pas prises en charge par la CNS, alors que le gestionnaire de la CNS aurait affirmé que le réclamant serait au moins en droit de se voir restituer le tarif des consultations.

Suite à l'intervention du Médiateur, le Contrôle médical de la sécurité sociale a avisé de manière favorable la demande de remboursement du réclamant et a proposé à la CNS de prendre en charge les prestations aux prix réellement exposés.

⁷ La France n'a pas ratifié les Conventions N°103 et 183 sur la protection de la maternité.

Refus de remboursement d'un traitement médical [2020/44]

Le Médiateur a été saisi d'une réclamation relative au refus caractérisé de la CNS de prendre en charge le remboursement d'un traitement médicamenteux alors que le nom dudit médicament inscrit sur la facture transmise à la CNS ne correspondrait pas à celui mentionné sur l'ordonnance.

Dans les faits, sur base d'une ordonnance établie au Luxembourg, laquelle mentionnait le nom commercial explicite du médicament, l'administré s'est procuré ce dernier de l'autre côté de la frontière, auprès d'une pharmacie belge.

La facture émise par la pharmacie mentionnait effectivement un nom différent, juxtaposant le nom du fabricant et le contenu de la boîte : « [...] 3 fl. Entretien 300 ir 10 ml ».

Face au premier refus de la CNS, l'administré a contacté les autorités luxembourgeoises et belges compétentes en matière de base de données pharmaceutique, apprenant ainsi que le produit concerné était enregistré dans les deux pays sous deux dénominations différentes.

L'administré a par ailleurs contacté le fabricant du médicament concerné, obtenant de sa part une attestation officielle confirmant que les deux dénominations font bien référence à un seul et même médicament. Ladite attestation a été transmise à la CNS à l'appui d'un second recours.

Face à un second refus de la CNS, l'administré a saisi le Médiateur.

Sur base des documents transmis par l'administré, le Médiateur est intervenu auprès de la CNS au mois d'avril 2019 afin de mieux comprendre les motifs ayant conduit au refus.

Sur base notamment des articles 12⁸ et 34, alinéa 2⁹, de la convention conclue entre la CNS et le Syndicat des Pharmaciens luxembourgeois, la CNS a indiqué :

« Considérant qu'un titre de prise en charge a été émis pour la prise en charge de « [Nom commercial] » tel que figurant sur la prescription de médicaments valant ordonnance médicale et que sur le ticket de caisse de la pharmacie figure le nom « [Nom du fabricant et contenu de la boîte] » correspondant à la dénomination de la société fabriquant le produit « [Nom commercial] », une des conditions de prise en charge, à savoir l'obligation d'indication de la dénomination du médicament prescrit, n'a pas été respectée.

A défaut de présentation d'un ticket de caisse (modèle CBL) mentionnant la dénomination du médicament prescrit et autorisé, à savoir « [Nom commercial] », la CNS ne peut pas donner de suite favorable à la demande de remboursement. »

⁸ « Sauf les exceptions prévues par la présente convention, les produits de santé délivrés à charge de l'assurance maladie doivent correspondre rigoureusement aux prescriptions inscrites sur les ordonnances ».

⁹ « Pour les produits de santé inscrits sur une ordonnance qui ne sont pas pris en charge par le système du tiers payant, le pharmacien remet à la personne protégée une facture reproduisant les données suivantes : nom et code du pharmacien, code du prescripteur, dates de l'ordonnance et de la délivrance des produits de santé, matricule de la personne protégée, la dénomination, le numéro national et le prix de vente de chaque produit de santé ».

Par une nouvelle intervention auprès de la CNS et sans remettre en cause la rigidité de sa prise de position, le Médiateur a attiré son attention sur le contenu de l'article 4(2) de la loi du 22 août 2003 instituant un Médiateur, lequel lui permet, à l'occasion d'une réclamation dont il a été saisi, de recommander au service mis en cause toute solution en équité lorsqu'il lui apparaît que l'application de la décision aboutit à une iniquité :

« Le législateur ne peut prévoir toutes les conséquences d'une loi alors que les situations faisant l'objet de sa réglementation sont infiniment diverses. L'exécution stricte de la loi pourra ainsi avoir des conséquences qui heurtent le sentiment élémentaire de justice.

C'est pourquoi, le législateur a délégué au Médiateur la mission de recommander à l'administration, en pareils cas, des solutions permettant de régler en équité la situation du réclamant. Le Médiateur, ainsi érigé en auxiliaire du législateur, est habilité par ce dernier à émettre une recommandation qui permettra à l'administration de quitter le terrain du droit strict et d'appliquer une loi avec souplesse évitant ainsi des situations d'iniquité.

L'équité est un correctif du droit écrit, dès lors que la mise en œuvre de ce dernier impose à l'administré une charge excessive voire disproportionnée par rapport au but visé.

L'équité est un complément du droit écrit, dès lors que le législateur a omis de préciser des situations dont il aurait tenu compte, s'il en avait été conscient.

Il appartient au Médiateur d'assumer la décision prise par l'administration sur le fondement de sa recommandation. Le fonctionnaire qui aura suivi la recommandation en équité du Médiateur ne verra pas sa responsabilité mise en cause, la décision étant prise sur le fondement de la recommandation du Médiateur.

Ce recours à l'équité reste exceptionnel et il est soumis à la condition que les effets iniques d'une prescription n'ont manifestement pas été dans les intentions du législateur. La recommandation ne doit pas porter atteinte aux droits des tiers. Le cas présenté au Médiateur doit être particulier, la recommandation ne devant pas être susceptible de constituer un précédent. En pareil cas, il reste cependant au Médiateur la possibilité de recommander une modification législative ou réglementaire. »

Tout en rappelant à la CNS l'attestation précitée émise par le fabricant, le Médiateur a recommandé à la CNS, aux termes d'une deuxième intervention en juin 2019 et sur base du principe d'équité, de considérer la condition relative à l'obligation d'indication de la dénomination du médicament prescrit comme ayant été respectée.

Ainsi, pour le Médiateur, requérir de l'administré que les agences nationales du médicament belge et luxembourgeoise s'accordent une dénomination commune d'un produit identique imposerait une charge excessive voire disproportionnée par rapport au but visé par le législateur, sinon impossible.

En retour à l'intervention du Médiateur et se prononçant sur le principe d'équité, la CNS indique :

« L'équité peut être considérée comme un correctif du droit écrit quand l'application de ce droit entraîne des erreurs et des conséquences manifestement insupportables. Elle vise alors à maintenir au profit d'une personne un équilibre qui se trouverait rompu par une stricte utilisation des textes.

Cependant, il est généralement admis, que :

- *l'équité ne peut être contraire à l'esprit de la loi ou au texte en cause ;*
- *le principe de l'équité ne peut pas aller à rencontre de ce qu'a souhaité le législateur ;*
- *le traitement en équité ne doit pas créer une iniquité pour une personne qui serait dans une situation comparable.*

Par ailleurs, l'équité permet de pallier aux vides juridiques et les mauvais fonctionnements de service public mais aussi de recommander à une administration de suspendre la stricte application d'un texte quand il est susceptible de créer, dans tel ou tel cas particulier, une injustice flagrante car toutes les particularités de ladite situation n'ont pas été prévues par l'auteur du texte.

Or, en l'espèce les textes applicables tels que cités dans mon précédent courrier, à savoir les statuts de la CNS et la Convention conclue entre la CNS et le SPL ne souffrent pas de vide juridique. Ainsi, une décision en équité irait à l'encontre de ces dispositions.

En outre, je considère que la présente affaire ne rentre pas dans les conditions relatives à une décision en équité, aucune injustice flagrante ne pouvant être avancée. Bien au contraire, un traitement en équité du cas d'espèce risquerait de créer une iniquité pour une personne se trouvant dans une situation identique.

Veillez noter que la CNS applique strictement les dispositions légales et réglementaires et qu'elle n'est pas en mesure d'écarter sa pratique administrative des textes légaux et réglementaires sans risquer de traiter les dossiers de façon arbitraire. »

En désaccord avec la position de la CNS reprise ci-dessus, le Médiateur est intervenu une troisième fois en octobre 2019 en vue de clarifier ladite notion d'équité et son application à la situation de l'administré.

Pour le Médiateur, la déclaration selon laquelle les statuts de la CNS et la Convention conclue entre la CNS et le SPL ne souffrent pas de vide juridique semble irréaliste, alors que le législateur, ou tout autre auteur de textes quelconques, ne peut ni prévoir ni intégrer dans un texte législatif ou réglementaire, de même que dans tous statuts ou conventions, l'ensemble des situations auxquelles pareil texte serait susceptible de s'appliquer.

En l'espèce, toutes les particularités de la situation n'ont ainsi pas été prévues par l'auteur du texte, alors qu'un même médicament a été enregistré sous deux dénominations différentes par deux organismes nationaux différents.

Si l'auteur du texte a entendu permettre la prise en charge d'un traitement donné, il ne pouvait vraisemblablement pas s'imaginer que ledit traitement serait enregistré sous un nom différent dans une base de données étrangère et n'aurait pareillement pas souhaité dans ce cas empêcher ladite prise en charge, étant entendu qu'une inscription identique dans la base de données étrangère aurait, sauf erreur, conduit à la prise en charge du traitement.

Par ailleurs, aux yeux du Médiateur, les trois principes invoqués par la CNS, à savoir que l'équité ne peut être contraire à l'esprit de la loi ou au texte en cause, ne peut aller à l'encontre de ce qu'a souhaité

le législateur et qu'elle ne doive pas créer une iniquité pour une personne qui serait dans une situation comparable ne seraient partant en rien heurtés par une décision favorable de sa part.

Pour les raisons ci-avant évoquées, le Médiateur ne pouvait rejoindre la considération de la CNS selon laquelle aucune injustice flagrante ne pourrait être avancée en l'espèce et a réitéré sa demande à la CNS de bien vouloir reconsidérer sa position en octroyant à l'administré la prise en charge du traitement.

Sans retour à cette dernière intervention, le Médiateur a toutefois été informé par la CNS en février 2020 que la firme avait récemment adapté la dénomination du médicament au niveau de la Belgique, de sorte qu'elle est désormais identique à la dénomination enregistrée au Luxembourg.

Sur cette base, la CNS a procédé à la prise en charge des frais avancés par l'administré.

Le Médiateur a par la suite appris que l'adaptation de la dénomination au niveau de la Belgique avait pour initiative une nouvelle intervention de l'administré auprès du fabricant et des autorités compétentes belges.

Si le Médiateur se réjouit de l'issue de cette situation, il regrette néanmoins la rigueur de la CNS quant à l'interprétation du principe d'équité et à son application au cas d'espèce.

Le Médiateur regrette notamment qu'en l'espèce, la CNS ait laissé peser sur l'administré une charge excessive, à savoir d'harmoniser la dénomination d'un médicament entre les agences nationales belge et luxembourgeoise.

Le Médiateur salue à cet égard l'administré qui a fait preuve d'une ténacité exemplaire.

Pour l'avenir, le Médiateur recommande à la CNS de ne pas refuser une prise en charge d'un traitement donné au simple motif que le nom du médicament inscrit sur la facture transmise à la CNS ne correspondrait pas à celui mentionné sur l'ordonnance, dans la mesure où la preuve peut être rapportée que les deux dénominations font bien référence à un seul et même médicament.

Forfait informatique [2020/45]

Un kinésithérapeute s'est vu refuser l'octroi du forfait informatique par la Caisse nationale de santé (CNS), Service autorisation et liquidation, au motif que la condition de deux mille prestations au cours de l'année de référence prévue par l'article 37 alinéa 3 de la Convention entre l'Association luxembourgeoise des kinésithérapeutes (ALK) et la CNS n'a pas été remplie. Le kinésithérapeute n'étant pas membre de l'ALK, déclare ne pas avoir été impliqué dans les discussions lors de l'élaboration de la Convention susmentionnée.

En référence à l'article 16 de la Convention entre la CNS et l'ALK, conclue en exécution de l'article 61 et suivants du Code de la sécurité sociale, le réclamant a tâché de se conformer aux dispositions de cet article qui vise notamment la transmission et la circulation des données. Dans ce contexte, le réclamant affirme avoir organisé la gestion, la transmission et la conservation des documents de façon exclusivement numérique et électronique, ce qui devrait limiter la transmission sur support papier des documents entre lui et la CNS. Il s'est vu contraint de mettre en place les installations nécessaires à cet effet en vue de se conformer aux exigences de la CNS et de respecter des règles de sécurité et des

législations et réglementations applicables en matière de protection des personnes à l'égard du traitement des données à caractère personnel et en matière de transmission ou d'archivage électronique. En adéquation avec ces obligations et afin de se conformer et de contribuer à la dématérialisation des documents numériques, le réclamant a fait les investissements nécessaires et a estimé avoir droit au forfait informatique prévu à cet effet.

Or, selon les dispositions de l'article 37 de la Convention, « (...) *Le droit au paiement du forfait est conditionné par une activité au sein du cabinet de kinésithérapie d'au moins deux mille (2.000) prestations opposables à l'assurance maladie maternité et l'assurance accident et effectuées au cours d'une période de référence continue de trois-cent-soixante-cinq (365) jours prenant fin le 31 décembre de l'année qui précède la date de demande prévue à l'alinéa précédent.* (...) ».

Le réclamant estime que ce chiffre de deux mille prestations est non seulement discriminatoire à son égard, mais surtout pour tout cabinet avec un seul kinésithérapeute. N'étant pas membre de l'ALK, le réclamant s'est vu infligé une règle dont il n'était pas partie prenante et qu'il ne soutient nullement.

Tout en maintenant son refus, la CNS s'est référée à ladite convention et au fait que l'ALK avait suggéré de récompenser les frais liés à la première installation de l'équipement informatique nécessaire à l'échange électronique des données dès le lancement de la dématérialisation du système et de n'appliquer le principe du seuil qu'à partir de l'année 2018. Les parties de la convention avaient convenu d'un commun accord le seuil de 2.000 prestations afin d'éviter qu'un masseur-kinésithérapeute fasse uniquement les démarches de connexion et preste un nombre restreint de prestations dans le seul but de se faire payer le forfait informatique.

AFFAIRES RELEVANT DE L'ETAT

MINISTÈRE DE LA SÉCURITÉ SOCIALE

Contrôle médical de la sécurité sociale (CCSS)

En raison du fait que les décisions de maintien ou de refus de l'indemnité pécuniaire de maladie de la CNS reposent sur l'avis du Contrôle médical de la sécurité sociale (CMSS), le Médiateur contacte en principe directement le Médecin-directeur du CMSS si un problème de cette nature se pose dans un dossier.

Le Médiateur salue le fait que le Médecin-directeur est très accessible et répond rapidement aux questions du Médiateur.

Le Médiateur traite un nombre important de dossiers impliquant le CMSS. Il n'en citera que quelques exemples.

Justification d'un fait médical nouveau [2020/46]

Suite à un examen contrôle auprès du CMSS, un réclamant avait été déclaré capable de reprendre le travail après quelques mois d'incapacité de travail en raison d'une infection pulmonaire suivie d'un burn-out.

Le réclamant n'a pas contesté cette décision mais, ne se sentant pas encore à même de reprendre immédiatement son travail, il avait convenu avec son employeur qu'il allait prendre des congés restants pour ne revenir qu'un mois plus tard.

Pendant ses congés, il a été victime d'un accident. Lors d'une chute sur l'épaule droite, il s'est fracturé l'humérus droit. Il a dû être opéré en urgence et une prothèse a été posée.

Malgré le fait que les blessures subies lors de l'accident et les suites de l'accident n'avaient aucun lien avec la maladie précédente, l'indemnité pécuniaire de maladie avait été refusée, ceci au motif qu'il n'y aurait pas de fait médical nouveau.

Le réclamant affirmait avoir envoyé au CMSS tous les documents médicaux nécessaires pour prouver son accident et l'opération subséquente.

Estimant que la fracture de l'épaule, l'opération y relative et la convalescence constituaient bien des faits médicaux nouveaux par rapport à l'infection pulmonaire et au burn-out, le Médiateur a demandé au Médecin-directeur du CMSS de bien vouloir réexaminer ce dossier.

Suite à un réexamen du dossier, le réclamant a pu recevoir l'indemnité pécuniaire de maladie qui lui était due.

Dispense d'examen suite à une convocation du CMSS [2020/47]

Le Médiateur a été saisi plusieurs fois par des non-résidents, ne vivant pas dans la région frontalière, mais à plusieurs centaines de kilomètres, alors qu'ils avaient été convoqués à un contrôle par le CMSS, mais qu'ils affirmaient ne pas pouvoir se présenter en raison de la distance. Les assurés en question avaient soit des problèmes de santé, soit des problèmes financiers qui ne leur permettraient pas de se rendre à Luxembourg.

Les personnes concernées proposaient généralement de se présenter auprès d'un médecin de leur lieu de résidence à désigner par le CMSS.

Aux termes de l'article 14 du Code de la sécurité sociale, « *l'indemnité pécuniaire est accordée tant que persiste l'incapacité de travail suivant l'avis du Contrôle médical de la sécurité sociale.* » Il faut donc que le CMSS soit en mesure de rendre un avis concernant l'état de santé de l'assuré. Si la personne ne se présente pas aux contrôles et n'envoie pas de dossier complet au CMSS, il est évident que le contrôle dont le CMSS est chargé n'est pas possible.

Le Médiateur a néanmoins discuté à plusieurs reprises de cette problématique avec le Médecin-directeur du CMSS.

Dans un souci d'égalité de traitement de tous les assurés, il ne peut évidemment être permis de prétendre à une dispense pour un examen contrôle auprès du CMSS uniquement en raison de la distance entre le lieu de résidence de l'intéressé et Luxembourg.

Ce n'est que dans des cas très exceptionnels et suffisamment documentés dans lesquels des motifs médicaux justifient une dispense de contrôle sur place qu'il peut être envisagé que le CMSS donne son avis sur base du dossier et sans examiner l'assuré. Cette dispense doit toutefois pouvoir être accordée pour tous les assurés concernés, indépendamment du lieu de résidence.

Dans les cas soumis au Médiateur, le CMSS estimait que l'état de santé des personnes, tel qu'il ressortait des rapports médicaux qu'ils avaient soumis, ne justifiait pas de telle dispense. Il s'agissait essentiellement de personnes présentant un burn-out ou un état dépressif.

En ce qui concerne la proposition des réclamants de se présenter auprès d'un médecin de leur lieu de résidence à désigner par le CMSS, il faut relever qu'une telle solution risquerait également d'avoir comme conséquence une inégalité de traitement entre les assurés. Tous les assurés doivent en effet être examinés dans les mêmes conditions et selon les mêmes critères. Le CMSS est en outre tenu au respect de la législation luxembourgeoise, ce qui n'est pas le cas pour un médecin étranger.

Au vu des dossiers dont il était saisi, le Médiateur a accepté la position du CMSS. Il reste toutefois confiant que des exceptions resteront possibles dans des cas exceptionnels et justifiés.

Contradiction entre le CMSS et la Médecine du travail concernant la capacité ou l'aptitude d'un salarié à reprendre son travail [2020/48]

Le Médiateur est souvent saisi par des personnes qui ont été déclarées capables de reprendre leur travail par le CMSS, mais qui ne peuvent pas reprendre leur travail alors que le médecin du travail les déclare inapte à leur poste. Ces personnes n'ont plus droit à l'indemnité pécuniaire de maladie. En même temps, elles ne perçoivent pas de salaire et risquent même un licenciement.

Plusieurs possibilités peuvent être envisagées, dont aucune n'est entièrement satisfaisante. Le Médiateur ne peut en principe intervenir que dans le cas où la décision de capacité de travail par le CMSS lui semble injustifiée. Etant donné que le Médiateur ne peut pas émettre un avis médical, mais se base sur des rapports et certificats médicaux que les réclamants lui soumettent, une appréciation de l'état de santé du réclamant peut être difficile. Si, les procédures applicables ont par ailleurs été respectées par le CMSS, la décision de capacité ne peut en principe être remise en question.

Si l'inaptitude au poste n'est que temporaire, le salarié concerné peut espérer reprendre son poste à court ou moyen terme. Or en attendant, il n'aura pas de revenu.

Si le réclamant ne veut pas rester sans revenu pendant une période prolongée, il pourrait envisager de rechercher un nouvel emploi pour lequel il est apte. Toutefois, la recherche d'un tel emploi peut être longue et fastidieuse.

Evidemment, il peut être avancé que l'employeur devrait assumer sa responsabilité sociale envers ses salariés et proposer un autre poste à l'intéressé. Il pourrait, en concertation avec le médecin du travail, trouver un poste adapté aux capacités du salarié. Or en pratique, cette solution s'avère souvent impossible parce que beaucoup d'employeurs n'ont pas de poste adapté.

Les salariés concernés se trouvent alors dans une impasse. D'un côté, ils sont obligés de reprendre leur travail du fait de la déclaration de capacité par le CMSS et d'un autre côté, l'employeur ne peut pas les laisser travailler en raison de l'inaptitude au poste.

Il est difficile de trouver une solution à ces situations. Le Médiateur estime que tous les acteurs concernés devraient, dans la mesure du possible et de manière raisonnable, prendre leur part de responsabilité.

AFFAIRES RELEVANT DE L'ETAT

MINISTÈRE DE LA SÉCURITÉ SOCIALE

Centre commun de la sécurité sociale (CCSS)

Désaffiliation rétroactive d'un salarié [2020/49]

En décembre 2012, la Commission mixte des travailleurs incapables à exercer leur dernier poste de travail a décidé le reclassement interne d'un réclamant auprès de son employeur. Suite au recours de l'employeur contre cette décision, le Conseil supérieur de la sécurité sociale a fini par décider en janvier 2014 que l'employeur n'a pas l'obligation de reclasser son salarié.

Etant donné qu'il n'avait pas été clarifié par le Conseil supérieur de la sécurité sociale si le réclamant devait, suite à l'annulation du reclassement interne, automatiquement bénéficier d'un reclassement externe, l'employeur a demandé l'interprétation du jugement de janvier 2014 en ce sens.

Par un arrêt supplémentaire intervenu en mars 2015, le Conseil supérieur de la sécurité sociale a précisé que le premier arrêt était à interpréter comme ordonnant le reclassement externe.

Cette décision a mis fin au contrat de travail du réclamant et son ancien employeur l'a rétroactivement désaffilié à partir de janvier 2013 auprès du Centre commun de la sécurité sociale tout en réclamant le remboursement des cotisations payées. Or le réclamant a travaillé à mi-temps auprès de l'employeur pendant la période de janvier 2013 à mars 2015 et l'ADEM lui a payé une indemnité compensatoire pour 20 heures.

Le CCSS avait néanmoins annulé l'affiliation du réclamant auprès de l'employeur pour cette période. Il considérait qu'au vu des affirmations contradictoires du réclamant et de son ancien employeur, le tribunal compétent devrait clarifier la situation.

Au vu des documents que le réclamant avait remis au Médiateur, la situation semblait cependant claire. A aucun moment le Conseil supérieur de la sécurité sociale n'avait rétroactivement annulé le reclassement interne ou instauré un reclassement externe. Par ailleurs, l'ADEM semblait partager cet avis puisqu'elle ne prenait en compte le reclassement externe qu'à partir du dernier arrêt de 2015. Pendant la période litigieuse à la fois l'employeur et l'ADEM ont payé un salaire, respectivement une indemnité compensatoire ainsi que les cotisations sociales y relatives. Si le réclamant n'avait pas travaillé, ni l'un ni l'autre n'aurait payé des cotisations, ou ils auraient contesté la réalité du travail. Or comme tel n'était pas le cas, il fallait admettre la réalité du travail effectué.

Etant donné que le réclamant s'était jusque-là contenté d'affirmer qu'il avait réellement travaillé pendant la période litigieuse, mais n'avait pas encore envoyé de documents probants au CCSS, le Médiateur lui a conseillé de transmettre ses fiches de salaire au CCSS tout en demandant au CCSS de rétablir l'affiliation du réclamant.

Au vu des arguments avancés et des fiches de salaire, le CCSS a finalement réaffilié le réclamant et en a informé l'employeur.

Le Médiateur salue la réaction subséquente du CCSS.

AFFAIRES RELEVANT DE L'ETAT

MINISTÈRE DE LA SÉCURITÉ SOCIALE

Caisse nationale d'assurance pension (CNAP)

Pension de vieillesse [2020/50]

Une réclamante avait demandé et obtenu sa retraite au 1^{er} janvier 2019. Pendant les dernières années de sa carrière professionnelle, elle était fonctionnaire. Elle avait donc fait sa demande concernant le départ à la retraite auprès de sa hiérarchie. La retraite lui a été accordée par arrêté ministériel.

Or avant de travailler pour l'Etat, elle a travaillé dans le secteur privé pendant la majeure partie de sa carrière professionnelle. Selon la réclamante, elle avait été informée que pour cette raison, la CNAP était responsable du paiement de sa pension.

N'ayant reçu ni un paiement ni une information quant au paiement, elle se serait renseignée plusieurs fois auprès de la CNAP. Elle aurait été informée que la CNAP attendait des informations complémentaires de la part de la Fonction publique.

En même temps, la réclamante pensait avoir détecté certaines erreurs dans sa carrière d'assurance relatives aux périodes d'éducation de ses enfants.

Le Médiateur a demandé des explications à la CNAP.

La CNAP a informé le Médiateur que la réclamante n'avait jamais fait de demande de pension auprès de la CNAP, de sorte que la CNAP ne pouvait pas l'attribuer. Tandis que dans le régime étatique, l'attribution de la pension est automatique suite à l'accord du départ à la retraite, tel n'est pas le cas pour les pensions payées par la CNAP. La réclamante n'était pas consciente du fait qu'il y avait une différence entre la procédure du secteur privé et celle du secteur étatique.

Le Médiateur regrette que la réclamante n'ait jamais été informée de ce détail lors de ses nombreux appels téléphoniques auprès de la CNAP, ce qui aurait permis de résoudre ce cas dans un délai beaucoup plus rapproché.

En même temps, suite à l'intervention du Médiateur, la CNAP a rendu attentif au fait que la réclamante devait demander la prise en compte des années bébés au plus tard au moment de sa demande de pension. Concernant les autres périodes pour lesquelles la réclamante pensait avoir trouvé des erreurs dans sa carrière d'assurance, la CNAP a pu clarifier toutes les interrogations de la réclamante.

Après avoir reçu ces informations, la réclamante a rapidement fait sa demande de pension auprès de la CNAP, tout comme celle des années bébés, et partant la situation de l'intéressée régularisée, la pension a pu être payée.

Pension de survie [2020/51]

Le Médiateur a été saisi dans le cadre d'un rejet de la CNAP d'une demande en obtention d'une pension de survie du chef de l'assurance pension du partenaire décédé.

En l'espèce, les partenaires avaient conclu un pacte civil de solidarité en France, sans toutefois avoir procédé à son inscription au répertoire civil détenu par le Parquet Général luxembourgeois.

Pour mémoire, cette problématique avait déjà été rapportée par le Médiateur dans son Rapport annuel pour l'exercice 2017.

Au cours de l'année 2019 et en suite à cette publication, la CNAP a transmis au Médiateur une copie d'un arrêt rendu en date du 25 mars 2019 par le Conseil supérieur de la sécurité sociale en la matière, confirmant un jugement du Conseil arbitral de la sécurité sociale rendu en date du 5 janvier 2018.

Après examen du dossier et au vu des informations transmises, le Médiateur est arrivé à la conclusion que la CNAP avait correctement appliqué la réglementation en vigueur.

En ce sens, le Conseil arbitral retenait notamment dans son jugement prémentionné :

« (...) il résulte de la loi du 9 juillet 2004 relative aux effets légaux de certains partenariats, modifiée par la loi du 3 août 2010, que c'est la déclaration de partenariat qui en fait sortir les effets légaux entre parties, tandis que l'inscription au répertoire civil de la déclaration de partenariat ne constitue qu'une mesure de publicité qui a uniquement pour effet de le rendre opposable aux tiers ;

Attendu que pour la reconnaissance en sa formation et ses effets du partenariat conclu à l'étranger et, plus particulièrement du PACS conclu en France, et son assimilation au partenariat légal conclu au Luxembourg, l'article 4-1 de la loi modifiée du 9 juillet 2004 dispose :

« Les partenaires ayant enregistré leur partenariat à l'étranger peuvent adresser une demande au parquet général à des fins d'inscription au répertoire civil et dans un fichier visé par les articles 1126 et suivants du Nouveau Code de procédure civile, à condition que les deux parties remplissaient à la date de la conclusion du partenariat à l'étranger les conditions prévues à l'article 4 » »¹⁰.

Par ailleurs, les travaux parlementaires relatifs au projet de loi portant modification de la loi du 9 juillet 2004 relative aux effets légaux de certains partenariats (n°5904), retiennent :

- *« Le projet de loi propose à ces personnes s'installant au Luxembourg pour y vivre et travailler la faculté de demander au parquet général une inscription de leur partenariat étranger au répertoire civil, ceci afin de leur donner une plus grande sécurité juridique. L'inscription du partenariat étranger n'est donc pas qu'une simple faculté de publicité pour le rendre opposable aux tiers. »¹¹*
- *« Le projet de loi sous avis vise à reconnaître les partenariats enregistrés à l'étranger pour leur faire appliquer les avantages d'un partenariat conclu au Luxembourg. Pour atteindre cet objectif, les auteurs prévoient une transcription du partenariat étranger (inscription au répertoire civil après examen par le procureur général des conditions de fond prévues par la loi luxembourgeoise) pour l'assimiler au partenariat luxembourgeois. »¹²*

¹⁰ Conseil supérieur de la sécurité sociale, PESU 2018/0024, page3.

¹¹ Document parlementaire 5904 du 31.07.2008, Commentaire des articles, page 5, alinéas 1 à 4.

¹² Document parlementaire 5904 du 13.04.2010, page 3, ad point 4, alinéa 3.

- « Les partenaires qui ont conclu un partenariat à l'étranger ont la faculté d'officialiser leur relation au Luxembourg en demandant l'inscription de leur partenariat au répertoire civil détenu par le parquet général luxembourgeois. Le projet de loi entend ainsi reconnaître les partenariats conclus à l'étranger pour pouvoir leur appliquer les mêmes avantages que ceux conférés aux partenariats luxembourgeois. L'inscription au répertoire civil permet ainsi d'assimiler le partenariat étranger au partenariat luxembourgeois¹³. »
- « L'enregistrement du partenariat conclu à l'étranger au répertoire civil et dans un fichier tel que prévu aux articles 1123 et suivants du Nouveau Code de procédure civile ne modifie pas la nature juridique dudit partenariat (comme il ne s'agit pas d'une transcription), mais l'assortit, par le biais de son opposabilité à l'égard des tiers, sur le territoire luxembourgeois, des effets juridiques tels que prévus par la loi du 9 juillet 2004 relative aux effets légaux de certains partenariats et le présent projet de loi.

L'acte d'enregistrement du partenariat étranger n'est pas déclaratif de droit mais bien constitutif de droit.

Pour le surplus, les règles du droit international privé continuent à s'appliquer.

Quant à la situation des frontaliers soulevée par le Conseil d'Etat, la Commission juridique tient à préciser que le frontalier ayant conclu un partenariat dans son pays respectif bénéficie, à condition de le faire enregistrer conformément à l'alinéa 2 nouveau, paragraphe (3) de l'article 3 de la loi du 9 juillet 2004 (cf. article 1, point 2 du projet de loi), des effets juridiques (dont notamment les congés extraordinaires pour raisons d'ordre personnel) prévus par la loi précitée sur le seul territoire luxembourgeois.

Aucun traitement différé n'est partant opéré entre, d'une part un partenariat étranger conclu par un étranger résidant, et, d'autre part, un partenariat étranger conclu par un frontalier, pour autant que le partenariat a fait l'objet d'un enregistrement au Luxembourg. (...) »¹⁴

En marge de ce qui précède, le Médiateur réitère ses craintes énoncées dans son Rapport annuel pour l'exercice 2017 et relatives à une disparité d'interprétations quant à la reconnaissance des partenariats contractés à l'étranger par les différentes administrations et établissements publics :

« En d'autres termes, certaines administrations conditionnent cette reconnaissance à l'enregistrement au registre civil, alors que d'autres se limitent à demander aux partenaires une attestation officielle des autorités étrangères. (...) »

l'ACD reconnaît ainsi tout partenariat de droit étranger sur simple présentation d'un document établi par les autorités compétentes de l'Etat dans lequel le partenariat a été enregistré et certifiant son existence pour toute l'année d'imposition concernée. (...) »

Une telle disparité d'interprétation peut causer préjudice à l'administré qui pouvait légitimement concevoir, après avoir vu son partenariat étranger reconnu par l'Administration des contributions directes, par son employeur et/ou par d'autres administrations, qu'il en serait de même auprès de toute autre administration. (...) »¹⁵

¹³ Document parlementaire 5904 du 29.6.2010, rapport de la Commission juridique.

¹⁴ Document parlementaire 5904 du 29.6.2010, sous V. Commentaire des articles, Article 1^{er}, Point 4.

¹⁵ Rapport annuel pour l'exercice 2017, page 103.

Le Médiateur recommande partant aux autorités compétentes d'engager une discussion en vue de clarifier la situation.

Le Médiateur recommande par ailleurs à tout administré ayant conclu un partenariat à l'étranger de le faire inscrire au répertoire civil selon la procédure décrite à l'article 4-1 de la Loi modifiée du 9 juillet 2004.

Baby-year [2020/52]

Le Médiateur a été saisi dans le cadre d'un dossier de refus des périodes de baby-year au motif que le père (ex-mari) bénéficie d'ores et déjà de la période de baby-year dans sa carrière d'assurance.

Dans le cas d'espèce, la réclamante, après la naissance de son fils, n'a pas repris son activité professionnelle afin de se consacrer pleinement de l'éducation de ses enfants. Elle s'est occupée pendant des années de ses enfants, alors que le père n'a pas interrompu son travail et a continué à cotiser à la CNAP. Elle demande que son « travail éducatif » soit valorisé au niveau de sa carrière d'assurance et par conséquent au niveau du calcul de sa pension.

En introduisant, par la loi du 27 juillet 1987, les années « baby-year » dans la carrière d'assurance en tant que « périodes d'assurance obligatoire », le législateur a voulu permettre au parent salarié de se consacrer temporairement à l'éducation de son/ses enfant(s), tout en lui garantissant, dans une certaine mesure, la continuité de sa carrière d'assurance pension. Il s'agissait d'une des premières mesures permettant aux parents d'enfants de mieux concilier vie professionnelle et vie familiale tout en ayant l'assurance que ce choix ne se répercute pas de façon négative sur leurs droits à une pension de vieillesse au moment de la retraite.

Dans le cadre du dossier, la CNAP estime que la demande avait été adressée au Centre commun de la sécurité sociale (CCSS), organisme compétent, et enregistré par ce dernier sans l'intervention de la CNAP. La CNAP estime ne plus pouvoir revenir sur sa décision dans la mesure où l'intégralité de la période de 2 ans a été enregistrée dans la carrière d'assurance du père.

AFFAIRES RELEVANT DE L'ETAT

MINISTÈRE DU TRAVAIL, DE L'EMPLOI ET DE L'ÉCONOMIE SOCIALE ET SOLIDAIRE

[DO/ET/VB] Agence pour le développement de l'emploi (ADEM)

Indemnités de chômage complet

- Autorisation d'établissement [2020/53]

Le Médiateur a été saisi de plusieurs dossiers concernant le refus des indemnités de chômage complet au motif que le réclamant avait entre-temps obtenu une autorisation d'établissement.

Dans un premier dossier, le réclamant avait fait sa demande d'indemnité de chômage complet après avoir fait une demande d'autorisation d'établissement. Le formulaire ne contenant pas de précision quant à la demande d'autorisation en cours (il est juste demandé si l'administré a ou non une autorisation d'établissement), le réclamant n'a pas précisé qu'une demande était en cours.

Or, l'autorisation d'établissement avait été émise un jour avant la demande d'indemnité de chômage complet, mais n'a été reçue par courrier par le réclamant que le 3ème jour après sa demande d'indemnité de chômage complet. Afin de respecter ses obligations vis-à-vis de l'ADEM, le réclamant s'est rendu le jour ouvrable suivant à son agence afin de prévenir de son changement de situation.

Néanmoins, l'ADEM a tout d'abord estimé que dû au fait que le réclamant a eu sa demande d'autorisation d'établissement, mais surtout, qu'il n'a pas prévenu l'ADEM qu'une demande d'autorisation était en cours, ceci constituait un motif de refus du chômage.

Il est impératif qu'un administré puisse savoir quelles informations sont nécessaires aux administrations afin de ne pas perdre un éventuel droit. En l'espèce, ceci n'a pas été le cas, alors que dans le formulaire concernant la demande d'indemnité de chômage complet, il n'est demandé que si l'administré a ou n'a pas une autorisation d'établissement. Le formulaire ne contient aucune question/information concernant la demande en cours.

Au vu de la confusion créée, l'ADEM a accepté de changer son formulaire afin d'éviter tout malentendu entre l'administration et l'administré. Par ailleurs, le réclamant a eu droit à ses indemnités de chômage complet.

Le Médiateur salue cette réponse constructive.

Dans un autre dossier, l'administré a introduit une demande en vue de l'octroi des indemnités de chômage complet en tant que salarié en date du 09 avril 2018.

En date du 12 juin 2018, l'Administré a introduit une demande d'autorisation d'établissement pour le compte d'une société anciennement exploitée par lui et toujours existante.

En date du 10 juillet 2018, il s'est vu délivrer ladite autorisation d'établissement.

Par courrier du 19 juillet 2018, l'administré s'est vu octroyer des indemnités de chômage complet avec effet au 1^{er} juillet 2018.

Sur base de l'article L.521-3 alinéa 1, sous 9) du Code du Travail, modifié par la Loi du 8 avril 2018, l'ADEM retient au terme d'un premier courrier adressé à l'administré le 11 avril 2019 que ledit article *« prévoit la possibilité d'exercer un travail accessoire tout en bénéficiant de l'indemnité de chômage complet, à condition de le déclarer, et que dans le cas d'une fausse déclaration, les indemnités de chômage perçues sont à rembourser »*.

Pour information, l'article visé est libellé comme suit :

« Pour être admis au bénéfice de l'indemnité de chômage complet, le salarié doit répondre aux conditions d'admission suivantes : (...) 9. n'est pas titulaire d'une autorisation d'établissement. »

Dans un second courrier adressé à l'administré le 8 mai 2019, l'ADEM ajoute :

« Afin d'être en règle, vous auriez dû déclarer ce changement concernant votre situation professionnelle et remettre une attestation sur l'honneur certifiant que vous ne touchiez pas de revenus. Vous nous avez donc sciemment caché le fait que vous aviez l'intention de reprendre votre activité pendant votre indemnisation. »

La décision de l'ADEM a été confirmée par la Commission spéciale de réexamen en date du 30/07/2019.

Un recours a été introduit par l'administré devant le Conseil arbitral de la sécurité sociale le 31 août 2019.

Saisi de la présente situation, le Médiateur est intervenu auprès de l'ADEM sur base notamment des développements suivants :

- 1) L'administré n'était pas titulaire d'une autorisation d'établissement au jour de sa demande en indemnité de chômage complet, de sorte qu'il serait dès lors difficile d'avancer l'existence d'une fausse déclaration (1^{er} courrier de l'ADEM).
- 2) L'affirmation de l'ADEM selon laquelle l'administré aurait *« sciemment caché »* son intention de reprendre son activité pendant son indemnisation requiert la preuve de la mauvaise foi de l'administré, élément non rapporté en l'espèce.
- 3) Si l'on peut effectivement reprocher à l'administré d'avoir omis d'informer l'ADEM de la restitution de son autorisation d'établissement, les alinéas 2 et suivants de l'article L.521-3 du Code du travail permettraient cependant à ce dernier d'apporter la preuve de l'absence de revenu liés à cette activité accessoire.

Les alinéas 2 à 5, introduit par la Loi du 8 avril 2018, prévoient ainsi :

« Les salariés qui ne remplissent pas une des conditions posées sous les points 8 et 9 ci-avant peuvent néanmoins être admis au bénéfice de l'indemnité de chômage complet en précisant dans leur demande d'admission qu'ils y ont droit après application de l'article L.521-18.

Le salarié est tenu de remettre à l'Agence pour le développement de l'emploi les bulletins concernant l'impôt sur le revenu se rapportant à la période pendant laquelle des indemnités de chômage ont été versées pour permettre à l'Agence pour le développement de l'emploi d'établir un décompte des indemnités de chômage dues compte tenu des revenus accessoires touchés.

En cas de non-remise des bulletins concernant l'impôt sur le revenu au courant de l'année subséquente à l'année d'imposition, le chômeur indemnisé est tenu de rembourser les indemnités de chômage touchées.

En cas de fausse déclaration et sans préjudice des peines pénales prévues aux articles 496-1 à 496-3 du Code pénal, l'intéressé doit rembourser à l'Agence pour le développement de l'emploi les indemnités de chômage perçues. ».

L'article L.521-18 précité prévoit en son premier point :

« (1) Sans préjudice des dispositions de l'article L.521-1, paragraphe (2), le chômeur indemnisé est tenu de déclarer aux bureaux de placement publics tous revenus d'une activité professionnelle rémunérée, régulière ou occasionnelle, en cours d'indemnisation. De tels revenus sont compatibles avec l'indemnité de chômage complet pour autant qu'ils n'excèdent pas dix pour cent du salaire de référence visé à l'article L.521-14, paragraphe (1), paragraphe (4) ou paragraphe (3). S'il y a lieu, la partie de ces revenus dépassant le plafond précité est portée en déduction de l'indemnité de chômage complet. »

La lecture combinée des articles L.521-3 alinéas 2, 3 et 4 et L.521-18 (1) du Code du travail permet d'établir que l'administré peut être admis au bénéfice de l'indemnité de chômage complet si les revenus provenant d'une activité professionnelle rémunérée, régulière ou occasionnelle, en cours d'indemnisation, n'excèdent pas dix pour cent du salaire de référence visé à l'article L.521-14, paragraphe (1), paragraphe (4) ou paragraphe (3).

Pour ce faire, et sur base des alinéas 2 et 3 de l'article L.521-3 précités, l'administré est tenu de remettre à l'ADEM les bulletins concernant l'impôt sur le revenu se rapportant à la période pendant laquelle des indemnités de chômage ont été versées pour permettre à cette dernière d'établir un décompte des indemnités de chômage dues compte tenu des revenus accessoires touchés. L'administré doit remettre lesdits documents au courant de l'année subséquente à l'année d'imposition, sous peine de devoir rembourser les indemnités de chômage touchées.

En l'espèce, l'administré était en mesure de démontrer, décompte fiscal pour l'exercice 2018 à l'appui, qu'il n'a perçu aucun revenu de l'activité liée à l'autorisation d'établissement concernée.

- 4) L'ensemble des dispositions légales précitées font davantage référence à l'obligation pour l'administré de démontrer l'absence ou le caractère limité des revenus provenant d'une activité professionnelle exercée au cours de l'indemnisation et non à l'obligation de déclarer un travail accessoire (1^{er} courrier de l'ADEM).

Selon le Médiateur, les développements précédents sont encore en phase avec l'intention du législateur, alors qu'il ressort notamment des travaux parlementaires applicables (commentaire des articles (Ad 10°) au projet de loi n°7086) :

« b) Les points 8. et 9. qui sont ajoutés précisent qu'en principe aucune indemnité de chômage n'est due si le demandeur d'emploi est le gérant, l'administrateur-délégué, le responsable à la gestion journalière, un des administrateurs d'une société commerciale ou encore est le titulaire d'une autorisation d'établissement alors que ces faits peuvent avoir une répercussion sur la disponibilité du demandeur d'emploi d'accepter tout autre emploi approprié offert par l'ADEM.

c) Par exception à ce principe et pour favoriser l'entrepreneuriat, le salarié peut tout de même toucher l'indemnité de chômage complet si les revenus bruts qui découlent de ces activités sont inférieurs à 10% du salaire de référence prévu à l'article L.521-14, soit 10 pour cent du salaire servant de base au calcul de l'indemnité de chômage complet.

Pour éviter cependant que l'intéressé puisse cumuler intégralement l'indemnité de chômage complet avec des revenus en provenance de l'exercice de la fonction de gérant, d'administrateur, d'administrateur-délégué, de responsable à la gestion journalière ou encore de titulaire d'une autorisation d'établissement, le deuxième alinéa du point c) précise que les revenus qui découlent de cette activité sont considérés comme revenus accessoires.

En vertu du premier alinéa du premier paragraphe de l'article L.521-18 de tels revenus sont compatibles avec l'indemnité de chômage complet pour autant qu'ils n'excèdent pas dix pour cent du salaire de référence visé à l'article L.521-14, c'est-à-dire du montant qui sert de base à la détermination du l'indemnité de chômage complet. Au cas où ces revenus excèdent 10% du salaire de référence, cette fraction est portée en déduction de l'indemnité de chômage.

Pour savoir si les revenus tirés de l'exercice de la fonction de gérant, d'administrateur, d'administrateur-délégué, de responsable à la gestion journalière ou encore de titulaire d'une autorisation d'établissement pendant la période de paiement des indemnités de chômage sont inférieurs au plafond autorisé, l'intéressé devra soumettre à l'Agence pour le développement de l'emploi les bulletins concernant l'impôt sur le revenu émis par l'Administration des contributions et qui se rapportent à cette période.

En cas de fausses déclarations, l'intéressé doit rembourser à l'Agence pour le développement pour l'emploi l'intégralité des indemnités de chômage perçues. »

En réponse à l'intervention du Médiateur, l'ADEM l'a informé de ce qui suit :

- 1) Sur le fait que l'administré n'était pas titulaire d'une autorisation d'établissement au jour de sa demande en indemnité de chômage complet, de sorte qu'il serait dès lors difficile d'avancer l'existence d'une fausse déclaration, l'ADEM indiquait que cela ne correspondrait que partiellement à la réalité, alors que l'administré a introduit une demande en vue de l'octroi d'une autorisation d'établissement le 12 juin 2018, *« donc bien avant le début du paiement des indemnités de chômage »* et sans en avertir l'ADEM, précisant que cela ne serait pas la première fois.

- 2) Sur l'affirmation de l'ADEM que l'administré aurait « *sciemment caché* » son intention de reprendre son activité pendant son indemnisation et la mauvaise foi de l'administré, l'ADEM indiquait ne disposer d'aucun élément allant en ce sens, se limitant à avancer « *mais pourquoi demander une autorisation d'établissement (sans nous en informer) si ce n'est pour l'utiliser* ».
- 3) Sur l'omission par l'administré d'avoir informé l'ADEM de la restitution de son autorisation d'établissement et de la possibilité pour ce dernier d'apporter la preuve de l'absence de revenu liés à cette activité accessoire, l'ADEM indiquait que c'était effectivement ce qui était reproché à l'administré, précisant que s'il ne déclarait pas d'activité professionnelle (même accessoire), l'ADEM n'était pas en mesure de demander des pièces démontrant l'absence ou le caractère accessoire de ces revenus.

Par une seconde intervention, le Médiateur a pris position quant aux éléments de réponse présentés par l'ADEM et repris ci-dessus.

Ainsi, le Médiateur a constaté que l'ADEM ne disposait d'aucun élément tangible permettant d'affirmer que l'administré aurait « *sciemment caché* » son intention de reprendre son activité pendant son indemnisation et supposait donc que l'administré aurait eu l'intention de l'utiliser.

Pareille supposition permettrait, selon cette interprétation, d'écarter tout élément de preuve apporté par l'administré et établissant l'absence complète d'activité de la société sujette à l'autorisation litigieuse, notamment les déclarations fiscales, bulletins d'imposition ou bilan des années 2017 et 2018.

Ce faisant, l'ADEM érigerait comme fin de non-recevoir au versement des indemnités de chômage l'intention supposée d'un administré, non autrement justifiée, de vouloir utiliser une autorisation d'établissement pendant la durée d'indemnisation.

Pour le Médiateur, sans preuve d'une mauvaise foi avérée de l'administré (laquelle ne peut être présumée) et dans une optique de régularisation de ladite situation, l'ADEM aurait pu l'informer de cette incompatibilité et demander la transmission des documents visés par l'article L.521-3, alinéa 3.

Il est clair dans ce dossier que l'administré n'a pas informé l'ADEM de sa demande en vue de recouvrer son autorisation d'établissement ou de son recouvrement effectif. Il est cependant en mesure de démontrer qu'il n'a perçu aucun revenu de l'activité liée à l'autorisation litigieuse.

La négligence de l'administré dans son information de l'ADEM ne devrait pour autant pas empêcher cette dernière d'agir, dans les limites de ses possibilités d'interprétation des dispositions légales, en faveur de l'administré.

De l'interprétation du Médiateur, les articles L-521-3 alinéas 2 et suivants du Code du Travail, de même que les travaux parlementaires précités, vont dans le sens d'une régularisation *a posteriori* en prévoyant la possibilité pour l'administré d'apporter la preuve d'une telle absence de revenus dans un délai d'un an suivant l'année d'imposition.

Dans le même sens, le Conseil supérieur de la sécurité sociale (CSSS) a retenu dans un arrêt 2019/0086 (No. Du reg. : ADEM 2015/0143) :

« Une activité économique indépendante, tel l'exercice de mandats sociaux, n'est incompatible avec le paiement des indemnités de chômage complet que si elle a comme effet de rendre le chômeur indisponible pour le marché de l'emploi. Tel est le cas lorsque cette activité, en raison de son importance, occupe le travailleur au chômage pendant un temps tel qu'il ne peut plus cumuler cette activité avec un emploi salarié.

Il est vrai que le détenteur d'une autorisation d'établissement se doit de diriger de manière effective son entreprise.

Le Conseil supérieur de la sécurité sociale constate cependant que le plan d'action en faveur de l'emploi de 1998 avait pour objectif d'encourager l'esprit entrepreneurial. Il s'agissait notamment de faciliter le démarrage d'une entreprise en simplifiant l'accès à une activité indépendante en rendant « possible l'exercice d'un métier secondaire à titre indépendant par une personne qui est salariée auprès d'une autre entreprise ». (Projet de loi n°4459 concernant la mise en œuvre du plan national en faveur de l'emploi 1998, Exposé des motifs, p.94).

La législation sur le droit d'établissement n'exclut dès lors pas le cumul entre une activité salariée et une activité indépendante si cette dernière est exercée à titre accessoire.

Il ne suffit partant pas d'établir l'existence d'un mandat social ou d'une autorisation d'établissement, encore faut-il rapporter la preuve qu'en raison de l'activité de la société dirigée de manière effective par le demandeur d'indemnités de chômage celui-ci n'est pas disponible pour le marché du travail. »

Au vu de ce qui précède, le Médiateur a prié l'ADEM de lui faire connaître sa position quant à la possibilité de prendre en considération les éléments de preuve transmis par l'administré en vue de démontrer l'absence de toute activité de la société et de réexaminer partant sa demande au bénéfice des indemnités de chômage complet.

Face au refus persistant de l'ADEM, le Médiateur n'a malheureusement eu d'autre choix que de clôturer la présente réclamation.

Le litige opposant l'administré à l'ADEM est actuellement pendant devant le Conseil arbitral de la sécurité sociale.

- Disponibilité pour le marché du travail [2020/54]

Deux personnes se sont adressées au Médiateur, alors qu'elles estimaient que c'était à tort que l'ADEM leur avait retiré les aides dont elles étaient bénéficiaires. L'administration en question avait notamment jugé qu'elles n'étaient plus à considérer comme « disponible » pour le marché du travail.

Dans le premier cas, une personne qui était en reclassement externe et qui bénéficiait d'une indemnité d'attente s'était vu proposer pour la deuxième fois un poste auprès d'un potentiel futur employeur. Cette dernière avait déjà refusé une proposition d'emploi pour des raisons de santé – excuses qui avaient finalement été acceptées par l'administration. Etant donné que l'intéressé restait dans l'attente des résultats de sa réévaluation médicale, il avait été décidé de mettre en suspens sa candidature. Le médecin en charge de la réévaluation était cependant venu à la conclusion que le

réclamant avait récupéré les capacités de travail nécessaire pour occuper un poste de travail similaire à celui qu'il occupait auparavant. Après cela, le potentiel futur employeur a essayé de joindre le réclamant par téléphone afin de finaliser la procédure d'embauche. N'ayant pas réussi à le joindre immédiatement, le futur employeur avait essayé de le rappeler le même jour à deux reprises sur un intervalle de temps de 3 heures. Or, le réclamant n'a pas répondu et il n'a pas non plus été rappelé.

Le potentiel futur employeur a donc informé l'ADEM que la candidature du réclamant ne pouvait pas être retenue alors qu'il n'avait pas été possible de le joindre. L'administré a été convoqué par l'ADEM en vue d'un débat contradictoire pour lui permettre de fournir les raisons pour lesquelles il n'avait pas été joignable par téléphone.

Les motifs invoqués par le réclamant n'ont cependant pas été considérés comme constituant une excuse valable. Au contraire, l'administration a estimé que l'administré n'avait pas fait tous les efforts nécessaires pour ne pas compromettre ses chances de réinsertion sur le marché du travail. L'ADEM a tenu à rappeler que tout demandeur d'emploi doit être apte et disponible pour le marché de l'emploi. Pour l'administration, le fait de ne pas avoir répondu au téléphone malgré trois tentatives d'appel et de ne pas avoir rappelé, suffisait pour justifier le retrait des aides dont bénéficiait le réclamant, alors qu'aux yeux de l'ADEM, l'intéressé ne pouvait plus être considéré comme étant disponible pour le marché du travail.

Pour le Médiateur, cette décision était relativement sévère. En effet, pour lui, le fait de ne pas avoir répondu à trois appels téléphoniques, sur un intervalle de temps limité de 3 heures, alors qu'aucun autre moyen de contact n'avait été utilisé, ne saurait être suffisant pour qualifier une personne comme étant indisponible pour le marché de l'emploi.

L'ADEM a néanmoins entendu maintenir sa décision, alors que selon elle tout demandeur d'emploi doit être disponible pour le marché du travail, ce qui sous-entend qu'il entreprenne toutes les démarches nécessaires pour ne pas compromettre ses chances de réinsertion sur le marché de l'emploi. Etant donné que le réclamant s'était déjà vu accorder une seconde chance après avoir refusé une proposition d'emploi, l'administration a considéré que l'intéressé n'avait pas fait tous les efforts nécessaires pour trouver un nouvel emploi.

Dans le second cas, le Médiateur a été saisi par une administrée suite à une décision de retrait des indemnités de chômage prise par l'ADEM au motif qu'elle ne se serait pas présentée à un entretien d'embauche pour lequel une assignation lui aurait été adressée par e-mail.

En conséquence, son droit au paiement des prestations de chômage a été stoppé avec effet rétroactif au jour de l'assignation.

La présente affaire a été réexaminée par la Commission spéciale de réexamen, retenant notamment que *« l'ADEM a pu fournir [la] preuve que l'assignation en question a bien été envoyée par mail à la partie requérante »*.

Sans contester cette affirmation et sans pouvoir en apporter une quelconque preuve, l'administrée avance toutefois ne pas avoir reçu pareil e-mail.

La procédure de remise d'un e-mail n'étant pas infaillible, le Médiateur est intervenu auprès de l'ADEM sur considération des deux éléments suivants :

- L'administrée fait état d'une carrière ininterrompue depuis 31 ans, de sorte qu'elle n'a jamais présenté la moindre période d'inactivité et n'a jamais bénéficié d'une quelconque indemnisation chômage ;
- Au vu des informations dont dispose le Médiateur, l'administrée a toujours rempli ses obligations auprès de l'ADEM, ce même après l'arrêt du paiement de ses prestations chômage, s'étant ainsi présentée à chaque convocation et ayant répondu à chaque carte d'assignation reçue.

Le Médiateur a par ailleurs demandé à l'ADEM qu'une copie de la preuve mentionnée par la Commission spéciale de réexamen dans sa décision pré mentionnée lui soit transmise.

Selon les dires de l'administrée, elle aurait encore régulièrement informé son placeur des problèmes de réception des e-mails. Ce dernier lui aurait alors à plusieurs reprises transféré une copie des cartes d'assignation par courrier ou par un nouvel e-mail.

Sur base de l'historique de l'administrée, le Médiateur a demandé à l'ADEM si sa situation pouvait être réexaminée et, le cas échéant, permettre le retrait du recours pendant devant le Conseil arbitral de la sécurité sociale.

En retour à l'intervention du Médiateur et sans prendre position sur les arguments ci-avant exposés, l'ADEM a indiqué ne pas modifier sa décision de façon à permettre le retrait du recours pendant devant le Conseil arbitral de la sécurité sociale alors qu'elle souhaitait connaître la position des juridictions sociales quant à l'envoi d'assignations et de convocations par courriel.

Le Médiateur a par la suite été informé par l'ADEM que le recours de l'administrée avait été déclaré irrecevable pour avoir été introduit hors délai.

Compte tenu du fait que le présent litige n'a pas conduit à une décision de principe en la matière, le Médiateur a partant demandé à l'ADEM de bien vouloir reconsidérer la possibilité de réexaminer le dossier de l'administrée.

En retour à l'intervention du Médiateur, l'ADEM s'est limitée à répondre : « *L'ADEM maintient sa décision* ».

N'ayant aucun pouvoir de contrainte à l'égard d'une administration, le Médiateur n'a eu d'autre choix que de clôturer la présente réclamation.

Le Médiateur regrette cependant pareille rigueur de la part de l'ADEM, de même que l'absence d'une prise de position davantage développée.

Le Médiateur relève encore que, en dépit d'une demande expresse en ce sens, la pièce citée par la Commission spéciale de réexamen dans sa décision ne lui a pas été transmise.

Le Médiateur rappelle partant à l'ADEM le libellé de l'article 6 de la loi du 22 août 2003 instituant un Médiateur, relatif à l'accès à l'information, lequel prévoit :

« Le Médiateur peut demander, par écrit ou oralement, au service visé par l'enquête tous les renseignements qu'il juge nécessaires. Le service visé est obligé de remettre au Médiateur dans les délais fixés par celui-ci tous les dossiers concernant l'affaire en question. Les Ministres et toutes autorités publiques visées au premier article doivent faciliter la tâche du Médiateur. Ils doivent autoriser les fonctionnaires, employés et ouvriers placés sous leur autorité à répondre aux questions du Médiateur. Le caractère secret ou confidentiel des pièces dont il demande la communication ne peut lui être opposé sauf en matière de secret concernant la défense nationale, de sûreté de l'Etat ou de politique extérieure. »

- Prime de stage de professionnalisation [2020/55]

Une société s'était vu refuser une prime de stage de professionnalisation après l'embauche d'une personne y ayant effectué un stage, au motif qu'elle aurait déjà bénéficié d'une autre aide financière et que celles-ci n'étaient pas cumulables en vertu de l'article L.631-1 du Code du Travail.

En effet, la société en question avait dans un premier temps demandé à pouvoir bénéficier d'une bonification d'impôt, laquelle lui avait été accordée par l'ADEM.

Par la suite, la réclamante a introduit une demande en obtention d'une prime de stage de professionnalisation, qui lui a cependant été refusée pour le motif susmentionné.

Suite à cette décision, l'intéressée a entrepris des démarches pour renoncer à la bonification d'impôt, dans le but de pouvoir bénéficier de la prime en question.

Or, l'ADEM est restée sur sa position, malgré le fait que la société avait envoyé la preuve qu'un bulletin d'impôt rectificatif avait été introduit et accordé.

Estimant que cette décision était injuste, le Médiateur est intervenu auprès de l'ADEM, pour demander quelles étaient les raisons pour lesquelles l'administration refusait de revenir sur sa décision, alors qu'en l'espèce, et notamment suite à la rectification introduite par la société, il ne pouvait plus être question de « cumul d'aides ».

L'ADEM a répondu que pour elle, la décision lui semble justifiée, alors que la bonification d'impôt avait été accordée et qu'un cumul des aides n'était pas possible, même si dans les faits la réclamante n'en avait pas bénéficié.

Mais l'administration a également tenu à rajouter que dans tous les cas, l'entreprise n'aurait pas pu bénéficier de la prime de stage de professionnalisation, alors que les conditions de l'article L-524-1(6) du Code du Travail n'étaient pas remplies en l'espèce. Cette disposition prévoit notamment que l'embauche du demandeur d'emploi doit être faite dès la fin du stage. Or, en l'espèce, le stage avait pris fin le 22 juillet et l'embauche n'avait eu lieu que le 24 juillet, soit deux jours plus tard. Pour l'ADEM, les conditions pour prétendre à l'aide en question n'étaient donc pas remplies.

A noter que cette interprétation restrictive du texte susmentionné a été validée par une décision du Conseil arbitral de la sécurité sociale.

S'il est vrai que, vu sous cet angle, la décision de l'ADEM était justifiée, force était cependant de constater qu'à aucun moment, l'article L.524-1 (6) du Code du Travail n'avait été mentionné dans les décisions de refus, alors que celles-ci reposaient uniquement sur l'article L.631-3 du Code du Travail prévoyant la règle du non-cumul des aides.

L'administration a finalement accepté de faire un geste envers la réclamante en lui accordant de nouveau la bonification d'impôt à laquelle elle avait renoncé.

Le Médiateur salue cette décision.

AFFAIRES RELEVANT DE L'ETAT

MINISTÈRE DU TRAVAIL, DE L'EMPLOI ET DE L'ÉCONOMIE SOCIALE ET SOLIDAIRE

Commission mixte de reclassement

Décision incohérente prise par la Commission [2020/56]

Le Médiateur a été saisi par un administré en matière de reclassement professionnel.

Dans les faits, suite à un grave accident de travail, l'administré a été déclaré incapable à l'exercice de son dernier poste de travail.

Dans son avis du 8 avril 2019 à la Commission mixte, suivant consultation médicale du 26 mars 2019, le médecin du travail du Service de santé au travail de l'Industrie asbl (STI) a retenu :

« Je plaide pour un essai de reprise du travail sur un poste de production respectant les contre-indications ci-dessus à raison de 20 heures par semaine afin de favoriser la poursuite des soins.

Après échange avec le service du personnel, l'aménagement d'un poste en production avec des tâches en position assise et dans un environnement sécurisé est envisageable dans le cadre de son reclassement professionnel. »

Parallèlement, sur avis favorable du Contrôle médical de la sécurité sociale (CMSS), la Caisse nationale de santé (CNS) a autorisé l'administré à reprendre progressivement un travail pour raisons thérapeutiques à compter du 2 avril 2019.

L'administré a ainsi pu reprendre le travail de manière progressive auprès de son employeur à partir du 14 mai 2019, alors qu'un poste aménagé prenant en compte toutes les restrictions requises par le STI a pu lui être proposé.

Par une décision notifiée à l'administré en date du 11 juin 2019, la Commission mixte de reclassement a toutefois retenu :

« Vu l'avis du médecin du travail compétent du 08.04.2019 ;

Attendu que la Commission mixte a étudié le dossier ;

Attendu que la Commission mixte estime qu'un reclassement interne auprès de l'employeur [...] paraît impossible.

Par ces motifs

*La Commission mixte a décidé dans sa séance du 24.05.2019 le **reclassement professionnel externe** de [...], matricule [...]. »*

Après s'être entretenu avec l'administré et dans une optique de sensibilisation de l'Administration sur l'importance de prendre en considération la situation personnelle concrète d'un administré ainsi que l'aspect humain présent dans toute procédure, le Médiateur, ensemble avec l'administré concerné,

ont décidé de faire mention dans le présent rapport d'un extrait du recours introduit par ce dernier auprès de la Commission mixte de reclassement en date du 13 juin 2019 :

« Hier, après une réunion avec la direction de l'entreprise pour laquelle je travaillais, j'ai été licencié du travail par la commission mixte de l'ADEM qui a décidé pour un reclassement externe, après avoir déployé tous les efforts possibles pour retourner au travail après avoir perdu ma jambe gauche et avoir d'autres graves blessures résultant d'une invalidité de 46%.

Je travaillais déjà depuis le 14 mai. La société a également planifié plusieurs postes pour trouver le poste le plus adapté à mes besoins, et tout à coup nous avons cette lettre de la commission mixte, je suis choqué, effrayé et triste. Je me sens invalide, personne ne m'a rien demandé pour savoir si ça allait bien ou pas donc honnêtement je ne comprends rien.

J'espère que vous pouvez imaginer quelques secondes à ma place et au moins essayer de faire quelque chose pour régulariser cette situation le plus rapidement possible, ce travail pour moi a été une thérapie très importante pour ma récupération et moral après tout ce que j'ai vécu avec cet accident. »

Compte tenu de l'incohérence d'une telle décision et des répercussions dramatiques pour l'administré, le Médiateur est immédiatement intervenu auprès de la Commission mixte, lui notifiant notamment un courrier adressé par l'employeur au Conseil arbitral de la sécurité sociale.

Dans ce courrier, l'employeur indique qu'un poste aménagé a pu être mis en place en faveur de l'administré, lequel a pu reprendre progressivement son travail à partir du 14 mai 2019. L'employeur y fait également état de sa volonté de poursuivre la collaboration avec l'administré, plaidant pour un reclassement interne.

Suite à son intervention, une décision modificative octroyant un reclassement interne a été prise par la Commission mixte en date du 25 juillet 2019.

Le Médiateur salue cette prise de décision rapide de la part de la Commission mixte.

Le Médiateur regrette cependant fortement qu'une telle décision puisse avoir été prise par la Commission concernée en toute connaissance de cause et en contradiction avec l'avis du médecin du travail, du CMSS et de la CNS.

Le Médiateur recommande partant à la Commission mixte et plus largement à toute administration, établissement public ou service en présence d'une demande d'un administré de mesurer l'impact potentiel d'une décision prise à son égard.

Suspension du contrat de travail jusqu'au jour où le recours intenté par le salarié à l'encontre de la décision de reclassement professionnel interne est définitivement vidé [2020/57]

Le Médiateur a été saisi d'un dossier dans lequel une erreur a été reprochée à la Commission mixte. Au bout d'une période prolongée d'incapacité de travail, le médecin du travail a demandé un reclassement professionnel interne pour le réclamant. La Commission mixte a fait droit à cette demande.

Or l'employeur n'était pas d'accord avec ce reclassement et le réclamant ne se sentait pas capable de reprendre son travail. Le réclamant a ainsi, dans une première phase, pris des congés et a ensuite fait un recours contre la décision de reclassement professionnel interne.

A la fin de la période de congés prévue, le salarié a informé son employeur qu'il avait l'intention de reprendre le travail. L'employeur a refusé une telle reprise en invoquant l'article L.551-10 du Code du travail selon lequel le contrat de travail est suspendu jusqu'au jour où le recours intenté par le salarié est définitivement vidé.

Le réclamant a donc décidé de retirer son recours. Malgré ce retrait, la Commission mixte a décidé d'annuler sa décision précédente et de refuser le reclassement professionnel interne. La nouvelle décision annule et remplace la première décision.

La Commission mixte a constaté dans sa nouvelle décision que l'employeur n'occupe régulièrement pas plus de 25 salariés et que l'employeur n'avait pas marqué son accord pour procéder au reclassement professionnel interne. Ce reclassement n'aurait donc jamais dû être accordé.

Etant donné que le médecin du travail ne peut pas saisir la Commission mixte pour un reclassement professionnel externe, le Contrôle médical de la sécurité sociale a ensuite saisi la Commission mixte. Suite à cette saisine, la Commission mixte a décidé le reclassement externe du réclamant. L'intéressé a ainsi pu bénéficier de l'indemnité professionnelle d'attente à partir de ce moment-là. Le droit à cette indemnité ne pouvait pas rétroagir.

Or, comme le contrat de travail du réclamant était suspendu en vertu des articles L.121-8 et L.551-10 du Code du travail, l'employeur n'a pas payé de salaire à partir du recours intenté par son salarié.

Etant donné que la Commission mixte est instituée auprès du Ministère du Travail et de l'Emploi, le Médiateur s'est adressé au ministre de tutelle pour demander une indemnisation pour la période pendant laquelle le réclamant était sans revenu. En effet, les erreurs commises dans le dossier n'étaient pas imputables au réclamant et il ne devrait pas en faire les frais.

Le Ministre a répondu que l'erreur était imputable au médecin du travail qui avait fourni des informations erronées en ce qui concerne le nombre de salariés de l'employeur.

Suite à l'intervention de l'employeur et sur base de certificats émis par le Centre commun de la sécurité sociale, la Commission mixte n'avait d'autre choix que d'annuler sa première décision.

Selon le Ministre, bien que le salaire fût suspendu par le recours du salarié, l'employeur aurait dû reprendre le paiement au moment où le salarié s'est désisté jusqu'à la décision de reclassement professionnel externe.

Il s'est donc avéré que l'erreur n'était pas imputable à la Commission mixte.

AFFAIRES RELEVANT DE L'ETAT

MINISTÈRE DU TRAVAIL, DE L'EMPLOI ET DE L'ÉCONOMIE SOCIALE ET SOLIDAIRE

Reclassement professionnel

Problématiques concernant le reclassement professionnel : Loi du 23 juillet 2015 portant modification du Code du travail et du Code de la sécurité sociale concernant le dispositif du reclassement interne et externe [2020/58]

Par la loi du 23 juillet 2015, une réforme du reclassement a été mise en place afin de simplifier et de faciliter l'accès des salariés au reclassement interne et externe.

Néanmoins, quelques problématiques persistent toujours, créant des inégalités, voir des discriminations devant la loi.

- L'indemnité compensatoire

1. Le montant de l'indemnité compensatoire

Le salarié en reclassement interne ayant une réduction du temps de travail a droit à une indemnité compensatoire payée par le Fonds pour l'emploi. La loi prévoit qu'un salarié en reclassement interne ne peut pas gagner moins que la moyenne du salaire cotisable au titre de l'assurance pension des 12 derniers mois.

L'indemnité compensatoire est calculée en prenant la différence entre le revenu mensuel moyen cotisable au titre de l'assurance pension réalisé au cours des 12 mois de calendrier précédant la décision de reclassement professionnel et le nouveau revenu mensuel cotisable au titre de l'assurance pension.

Alors que dans l'ancien système, le 13^{ème} mois était pris en compte à raison d'un 12^{ème} par mois, suite à la réforme, l'indemnité ne tient pas compte des évolutions salariales que ce soit par une convention collective, par des avantages financiers (p.ex. 13^{ème} mois) ou en nature (p.ex. smartphone ou voiture de service) ou bien encore par des suppléments prévus par le Code du travail ou une convention collective (p.ex. supplément de nuit).

Le salarié reclassé en interne ne verra ainsi jamais son salaire augmenté. Il ne pourra pas bénéficier des avantages financiers ou de l'évolution de son salaire, au motif qu'il a dû demander un reclassement pour raisons de santé.

2. La deuxième carte d'impôts

En recevant l'indemnité compensatoire, le salarié reçoit une deuxième carte d'impôt, considérée comme une carte d'impôt additionnelle, ce qui augmente considérablement les taux d'imposition. Par

ailleurs, cela peut avoir comme conséquence qu'il sera obligé de déposer une déclaration d'impôt alors qu'il n'était pas soumis à cette obligation auparavant.

3. Retard dans le paiement de l'indemnité compensatoire

Il existe un retard allant de 2 à 3 mois pour le paiement de la première indemnité compensatoire. Certes, une avance est payée aux salariés. Néanmoins, ce retard pourrait, chez certaines personnes, causer un préjudice financier grave. Le salarié qui se retrouve déjà dans une situation compliquée se voit ainsi puni doublement pour avoir bénéficié d'un reclassement interne.

- L'indemnité professionnelle d'attente

La réforme du reclassement prévoit que le salarié bénéficiant d'un reclassement professionnel externe aura droit aux indemnités de chômage et ce jusqu'à la fin de ses droits (prolongation comprise).

Lorsque le salarié arrive à la fin de ses droits, il pourra bénéficier de l'indemnité professionnelle d'attente à condition de pouvoir se prévaloir d'une aptitude d'au moins 10 ans au dernier poste de travail, qui doit être constatée par le médecin du travail, ou d'une ancienneté de service d'au moins 10 ans.

Ainsi, le salarié qui ne peut pas se prévaloir d'une aptitude d'au moins 10 ans, constatée par le médecin du travail, verra sa demande refusée.

Par ailleurs, la notion d'ancienneté de service d'au moins 10 ans n'est pas défini. Se pose ainsi la question de savoir quels salariés pourraient bénéficier de cette condition. En effet, est-ce que le salarié qui a une ancienneté dans la même profession mais chez divers employeurs peut accéder à l'indemnité professionnelle d'attente ? Peut-il y avoir des interruptions et si oui pour combien de temps ? Pour l'instant, il semble qu'aucune solution n'existe.

Au vu du manque d'information, il est important de mentionner qu'un grand nombre de salariés voient leur demande refusée suite à une interprétation très restrictive de cette notion par l'Agence pour le développement de l'emploi. Le salarié se retrouve ainsi sans revenu aucun après la fin des droits de chômage suite à une interprétation restrictive par une administration, alors que la volonté du législateur était de faciliter l'accès au reclassement et de ne pas laisser tomber les personnes, qui pour une raison de santé, ne peuvent plus exercer les tâches de leur dernier poste de travail.

- Le licenciement d'un salarié en reclassement interne ou la fin du contrat après les 78 semaines de maladie

En cas de licenciement du salarié en reclassement interne ou si le salarié arrive à la fin des 78 semaines de maladie, celui-ci pourra s'inscrire au chômage. Ce faisant, il perdra son reclassement interne (sauf pour cessation d'activité de l'employeur ou en cas de licenciement collectif).

Une procédure automatique pour lui accorder le reclassement externe n'existe pas. Le salarié devra ainsi trouver un nouveau poste de travail et recommencer une procédure de reclassement.

- L'examen d'embauche

Selon l'article L.326-1 du Code du travail, toute personne briguant un poste de travail doit se soumettre à un examen médical d'embauche.

L'examen médical d'embauche est une obligation pour l'employeur et pour le salarié. Or, dans la pratique, beaucoup d'employeurs se permettent encore de ne pas soumettre le salarié à un examen d'embauche alors que le Code du travail prévoit dans son article L.327-2 une peine d'emprisonnement allant de 8 jours à 6 mois et une amende allant de 251 à 25.000 €.

Or, l'article L.551-1 (1) alinéa 2 du Code du Travail dispose que « *Les salariés qui occupent leur dernier poste de travail depuis moins de trois ans ne sont éligibles pour le reclassement professionnel que sous condition qu'ils soient en possession d'un certificat d'aptitude au poste de travail, établi par le médecin du travail compétent lors de l'embauche à ce dernier poste de travail. Le médecin du travail compétent en informe la Commission mixte lors de la saisine.* »

Le salarié qui n'est pas soumis à un examen médical d'embauche par l'employeur et qui a une ancienneté inférieure à trois ans chez cet employeur, se voit ainsi puni. En effet, s'il a besoin d'un reclassement professionnel alors que sa santé ne lui permet plus d'exercer son poste tel quel, il ne pourra pas bénéficier d'un reclassement professionnel au motif qu'il a une ancienneté inférieure à trois ans et qu'il n'a pas été soumis à l'examen médical d'embauche par son employeur. Le salarié se retrouve seul, sans aucune possibilité de trouver une solution à son problème, au motif que l'employeur n'a pas respecté ses obligations légales.

Il semble difficile d'accepter qu'un salarié qui se retrouve déjà dans une situation difficile suite à son état de santé, soit encore puni en se voyant refuser le reclassement professionnel au motif que l'employeur n'a pas respecté ses obligations légales en refusant de le soumettre à un examen médical d'embauche.