

Projet de loi

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

Avis du Conseil d'Etat

(17 mai 2011)

Par dépêche du 20 juillet 2010, le Premier Ministre, Ministre d'Etat, a soumis à l'avis du Conseil d'Etat le projet de loi portant modification de la loi du 8 septembre 1998 réglant les relations entre l'Etat et les organismes œuvrant dans les domaines social, familial et thérapeutique.

Au projet de loi étaient joints un exposé des motifs et un commentaire de l'article unique.

Le Conseil d'Etat fut saisi des avis de la Chambre des salariés, de la Chambre de commerce et de la Chambre des fonctionnaires et employés publics respectivement en date des 28 octobre 2010, 15 décembre 2010 et 16 décembre 2010.

Par dépêche du 5 mai 2011, le Conseil d'Etat a encore été saisi d'une série de cinq amendements gouvernementaux visant à compléter le projet de loi en question. Ces amendements étaient accompagnés d'un exposé des motifs, d'un commentaire des articles et d'un texte coordonné du projet de loi amendé. Etant donné que certains de ces amendements sont susceptibles de grever le budget de l'Etat, le Conseil d'Etat estime que la production d'une fiche financière de la part des autorités gouvernementales est requise.

Considérations générales

Le projet initial vise à modifier la loi du 8 septembre 1998 réglant les relations entre l'Etat et les organismes œuvrant dans les domaines social, familial et thérapeutique (ci-après « la loi ASFT ») en vue de la transposition de la directive 2006/123/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2006 relative aux services dans le marché intérieur (ci-après: « la directive ») pour autant que les organismes concernés par ladite loi sont visés.

L'objectif de la directive Services est la réalisation d'un véritable marché intérieur des services. Dans ce but, cette directive établit un cadre juridique commun avec quatre objectifs:

- faciliter la liberté d'établissement et la liberté de prestation de services au sein de l'Union européenne, notamment grâce à des mesures de simplification des formalités administratives;

- renforcer les droits des destinataires des services en tant qu'utilisateurs (« consommateurs » de ces services);
- promouvoir la qualité des services;
- établir une coopération effective entre les Etats membres.

Les Etats membres disposaient de trois années à compter de la publication, c'est-à-dire jusqu'au 28 décembre 2009, pour assurer la transposition de la directive. Il paraît toutefois inopportun de transposer la directive dans le cadre de la loi ASFT avant l'adoption de la loi-cadre relative aux services dans le marché intérieur.

Aux termes de la directive, les règles sur la liberté de prestation de services ne s'appliquent pas à certaines activités additionnelles, généralement régies par d'autres textes communautaires (par exemple les activités des avocats) ni aux activités qualifiées de service d'intérêt économique général par l'Etat membre.

Sont aussi exclus de l'ensemble de la directive:

- les services non économiques d'intérêt général (tels que les politiques régaliennes et les régimes de protection sociale);
- les services sociaux relatifs au logement social, à la garde d'enfants et à l'aide aux personnes dans le besoin qui sont exercés soit par l'Etat, soit par des prestataires mandatés par l'Etat, soit par des associations caritatives reconnues comme telles par l'Etat (art. 2.2.j).

La notion de « personne dans le besoin » est particulièrement vague et laisse dès lors aux Etats membres une grande marge d'appréciation. Elle inclut certainement les personnes bénéficiaires du revenu minimum garanti (RMG), les demandeurs d'emploi, les personnes âgées ou handicapées, les jeunes, les personnes malades y compris des groupes tels que les toxicomanes. Le champ d'intervention des services sociaux assistant ces catégories de personnes n'est pas limité non plus et couvre notamment l'accompagnement social, les mesures de réintégration sur le marché du travail et, d'une manière générale, toute action relevant de l'inclusion sociale.

L'exclusion des services sociaux du champ d'application de la directive résulte d'une volonté commune des groupes politiques au sein du Parlement européen de réécrire la proposition initiale de directive dite « Bolkestein ». Le Parlement a estimé majoritairement que les services sociaux sont essentiels pour garantir le droit fondamental de tout citoyen à la dignité et à l'intégrité (voir à cet égard le considérant 27 de la directive).

Selon le « Manuel relatif à la mise en œuvre de la directive Services » édité par la Commission européenne en 2007, mais qui n'a évidemment aucune valeur normative et dont le contenu est notamment contesté par la rapportrice du Parlement européen sur la directive Services sur l'exclusion des services sociaux¹, les services d'aide à domicile et certains établissements d'accueil des jeunes ne sont pas couverts par l'exclusion et dès lors la directive s'applique à ces activités, étant entendu que les régimes

¹ Voir à ce sujet un entretien avec la députée européenne Evelyne GEBHARDT, rapportrice du Parlement européen sur la directive, publié sur le site www.ssig-fr.org

d'autorisation et d'agrément qui les encadrent et qui sont justifiés par l'existence de raisons impérieuses d'intérêt général restent maintenus.

L'exclusion du champ d'application de la directive des services sociaux ne vaut que pour autant qu'ils sont assurés soit par l'Etat, soit par des prestataires mandatés par l'Etat ou par des associations caritatives reconnues par l'Etat. Le mandatement n'est pas défini dans la directive. Cette notion vise-t-elle « l'obligation donnée par la collectivité au mandataire de fournir un service » (définition figurant dans le Manuel relatif à la mise en œuvre de la directive Services élaboré par la Commission) ou « la délégation de prestation de services d'intérêt général pour le compte d'une autorité publique », définition ouvrant plus largement le champ d'application de la directive? En l'absence de définition de la notion au niveau européen, chaque Etat membre est libre d'en définir le contenu, du moins aussi longtemps que la Cour de Justice de l'Union européenne n'aura pas statué sur la question.

Le Conseil d'Etat note que ni le projet de loi ni l'exposé des motifs ne renseignent sur le champ d'application concret de l'exclusion des activités dispensées d'un agrément en cas d'exercice temporaire au Luxembourg.

Se pose notamment la question de savoir si les services sociaux visés par l'article 2.2.j) (qui sont assurés par l'Etat, par des prestataires mandatés par l'Etat ou par des associations caritatives reconnues comme telles par l'Etat) incluent tous les services pour lesquels un agrément est requis.

A noter également que les matières exclues du champ d'application de la directive restent pleinement couvertes par le Traité CE et notamment par les articles 43 et 49 sur la liberté d'établissement et la libre prestation des services et les principes dégagés en la matière par la CJUE (voir art. 3.3 de la directive).

*

Les amendements gouvernementaux visent à compléter la loi (ASFT) précitée du 8 septembre 1998 ainsi que la loi du 16 décembre 2008 relative à l'aide à l'enfance et à la famille en vue de combler certaines lacunes signalées par le Conseil d'Etat dans ses avis du 22 mars 2011 au sujet du dispositif réglementaire visant à mettre en œuvre la législation relative à l'aide à l'enfance. Comme ces amendements répondent aux critiques essentielles formulées dans ses avis, ils rencontrent l'accord du Conseil d'Etat.

Examen des articles

Pour son examen des articles, le Conseil d'Etat se basera sur le texte coordonné joint aux amendements gouvernementaux.

Intitulé

L'intitulé du projet complété par la « loi du 16 décembre 2008 relative à l'aide à l'enfance et à la famille » ne donne pas lieu à observation.

Article I^{er}

L'article I^{er} regroupe les modifications envisagées à l'endroit de la loi (ASFT) du 8 septembre 1998.

Point 1

Le dispositif envisagé, qui soumet à l'agrément du ministre compétent les offres de service d'évaluation individuelle ainsi que des services d'orientation, de coordination et d'évaluation des mesures mises en œuvre, constitue le corollaire indispensable des modifications envisagées à l'endroit de la loi du 16 décembre 2008 relative à l'aide à l'enfance et à la famille, qui font l'objet de l'article II.

Point 2

Sous ce point, le projet de loi introduit un nouvel article 1^{er}*bis* dans la loi du 8 septembre 1998. Selon l'alinéa 1^{er} de cet article, les activités autres que celles exclues de la directive Services par l'article 2.2.j) peuvent dorénavant être exercées au Luxembourg à titre temporaire sans agrément préalable.

Quelles sont les activités autres que celles visées par l'exclusion qui, selon les auteurs du projet de loi, tombent dès lors dans le champ d'application de la directive? Le Conseil d'Etat se voit dans l'incapacité de se prononcer sur cette question. L'agrément auquel est soumis tout intervenant dans le champ d'application très large de la loi ASFT a essentiellement pour finalité d'assurer un niveau de qualité élevé des prestations à fournir. Or, aux termes du considérant 97 de la directive, les règles imposées par la directive « ne devraient en aucune manière empêcher les Etats membres d'appliquer dans le respect de la présente directive et des autres dispositions du droit communautaire, d'autres exigences ou des exigences supplémentaires en matière de qualité ».

Les conditions imposées en vue de la délivrance d'un agrément dans le domaine social et qui portent notamment, et à titre d'exemple dans le domaine des crèches privées, sur le niveau de formation du personnel, le respect de la clé du personnel, les connaissances linguistiques, les contraintes en matière de sécurité, sont censées s'appliquer à tous les prestataires. Selon l'alinéa 2 du libellé de l'article 1^{er}*bis* tel qu'il figure au projet, les activités comprises dans le champ d'application de la directive et qui peuvent être exercées temporairement sans agrément préalable, « peuvent toutefois se voir imposer des exigences ... lorsque ces exigences sont justifiées pour des raisons d'ordre public, de sécurité publique, de santé publique ou de protection de l'environnement pour autant que ces exigences respectent les principes de non-discrimination, de nécessité et de proportionnalité ».

Mis à part la constatation qu'il est *a priori* difficile d'imaginer des prestations d'activités dans le domaine social suffisamment attractives pour être exercées temporairement – et non pas de manière permanente –, la

perspective d'être, le cas échéant, soumis à des « exigences » paraît de nature à exclure l'intérêt de nombreux prestataires.

Le libellé de l'alinéa 2 reste obscur dans la mesure où l'on conçoit difficilement des conditions imposées dans un agrément délivré en application de l'article 1^{er} de la loi qui ne serait pas justifié par des raisons d'ordre public.

L'alinéa 3 est superfétatoire. Les dispositions légales en matière de droit du travail s'appliquent à tous les salariés engagés sur le territoire national, le tout évidemment sous réserve des dispositions du Livre 1^{er}, titre IV, chapitres 1^{er} et 2 du Code du travail, relatives aux salariés dans le cadre d'une prestation de services transnationale. Est visé plus particulièrement l'article L. 010-1 du Code du travail. Par ailleurs, l'article 1^{er}, 6) de la directive dispose clairement que la directive n'affecte pas le droit du travail ni la législation des Etats membres en matière de sécurité sociale.

Au vu de ces observations, le Conseil d'Etat s'interroge sur l'intérêt concret de la disposition législative figurant à l'article 1^{er}bis du projet sous avis.

Point 3

Ce point introduit un nouvel article 2bis dans la loi ASFT en vue de transposer dans le champ d'application couvert par ladite loi l'exigence de simplification des formalités administratives en application du principe de l'autorisation tacite (article 13 de la directive).

Le Conseil d'Etat renvoie à son avis du 23 mars 2010 sur le projet de loi-cadre relative aux services dans le marché intérieur (doc. parl. n° 6022⁹).

Le Conseil d'Etat propose de prévoir, quant au délai, le même régime que celui figurant à l'article 11 du projet de loi n° 6022 précité, tel qu'il a été amendé.

Il se pose également la question si la disposition afférente n'est pas superfétatoire par rapport au régime général cité ci-avant.

La directive dispose en son article 9, paragraphe 1^{er} que les Etats membres ne peuvent subordonner l'accès à une activité de service et son exercice à un régime d'autorisation que si les conditions suivantes sont réunies:

- « a) le régime d'autorisation n'est pas discriminatoire à l'égard du prestataire visé;
- b) la nécessité d'un régime d'autorisation est justifiée par une raison impérieuse d'intérêt général;
- c) l'objectif poursuivi ne peut être réalisé par une mesure moins contraignante notamment parce qu'un contrôle *a posteriori* interviendrait trop tardivement pour avoir une efficacité réelle. »

Dans tous les domaines couverts par la loi ASFT, l'agrément institué par la loi préalablement à l'exercice de l'activité visée remplit manifestement ces exigences. Les raisons impérieuses d'intérêt général sont

incontestables. Le Conseil d'Etat estime que le libellé de l'article 2bis est conforme au prescrit de l'article 13 de la directive. Il y aurait toutefois lieu, tel que proposé par la Chambre de commerce dans son avis du 2 décembre 2010, de rayer, dans cet ordre d'idées, le bout de phrase « ce délai pouvant être prolongé suite à une décision motivée du ministre » de l'alinéa 5 de l'article et d'intégrer ce passage dans l'alinéa 4 qui se lirait comme suit:

« La décision de prolongation du délai ainsi que sa durée est dûment motivée par le ministre et est notifiée au demandeur avant l'expiration du délai initial. »

Article II

Les modifications envisagées dans le cadre de l'article II créent en premier lieu la possibilité pour l'Office national de l'enfance (ONE) de confier la réalisation de ses missions à des services spécialisés, agréés en vertu de la législation ASFT.

En deuxième lieu, le point 3° complète le volet financier de la loi en prévoyant que les modalités régissant la participation étatique sont déterminées par convention-cadre à conclure entre le ministre compétent et les prestataires. Dans ses avis du 22 mars 2011, le Conseil d'Etat avait critiqué l'absence d'une telle disposition.

Ainsi délibéré en séance plénière, le 17 mai 2011.

Le Secrétaire général,

s. Marc Besch

Le Président,

s. Georges Schroeder