

Projet de loi

portant modification de la loi du 30 novembre 2007 portant réglementation de l'activité d'assistance parentale.

Avis du Conseil d'Etat

(14 mai 2013)

Par dépêche du 14 mars 2012, le Premier Ministre, Ministre d'Etat, a saisi le Conseil d'Etat pour avis du projet de loi sous rubrique, élaboré par la ministre de la Famille et de l'Intégration. Le texte du projet de loi était accompagné d'un exposé des motifs, d'un commentaire des articles, ainsi que d'un tableau comparatif entre la législation existante et les modifications projetées.

Les avis du Syndicat Santé, services sociaux et éducatifs, et du Syndicat Services publics de l'OGBL, de la Chambre des salariés, de la Chambre de commerce et de la Chambre des fonctionnaires et employés publics sont parvenus au Conseil d'Etat respectivement le 25 mai, le 18 juin, le 26 juin et le 21 novembre 2012.

Considérations générales

Le projet de loi a pour objet de modifier la loi du 30 novembre 2007 portant réglementation de l'activité d'assistance parentale essentiellement sur deux points:

- l'activité d'assistance parentale est précisée et délimitée dans le souci d'éviter d'éventuelles situations jugées abusives, et
- les exigences de qualité sont précisées en ce qui concerne l'accueil des enfants, le profil personnel et la compétence pédagogique des assistants parentaux.

En outre, les dispositions relatives à la surveillance des activités d'assistance parentale sont précisées sur base de l'expérience acquise.

Le Conseil d'Etat a noté que 464 assistants parentaux ont offert 2.138 places d'accueil en 2010. L'offre d'assistance parentale répond à un besoin réel, qui mérite d'être encouragé et encadré par l'Etat. Un encadrement légal plus précis et la définition d'exigences de qualité plus exigeantes peuvent évidemment se justifier. Le Conseil d'Etat estime qu'il ne faudrait pas alourdir inutilement ce secteur par des dispositions légales excessivement lourdes, au risque d'en freiner la dynamique, voire d'encourager une dérive de certains prestataires vers des prestations illégales, en dehors de tout agrément et de tout encadrement légal. Ne faudrait-il pas plutôt rechercher un juste équilibre entre, d'une part, un ensemble de règles destinées à protéger l'intérêt supérieur de l'enfant, et, d'autre part, les particularités propres au secteur d'activité visé? Dès lors que certains standards de qualité minimaux sont respectés par les prestataires de service, il appartient aussi aux personnes ayant la garde des enfants de faire leur choix, et de retenir

pour leurs enfants un assistant parental dont les prestations répondent aux attentes des parents. L'Etat ne doit pas se substituer aux parents qui restent libres de leur choix, et les parents ne peuvent pas non plus se décharger de leurs responsabilités sur l'Etat, lorsqu'ils font le choix de leur assistant parental.

Le Conseil d'Etat renvoie à son avis du 24 octobre 2006 (doc.parl. n^{os} 5428-1 et 5517-3)¹ où il avait relevé que « le projet de loi et la proposition ont en commun le souci de limiter au strict minimum les conditions liées au nouveau statut à introduire, le cadre légal proposé se bornant aux exigences requises pour „donner un maximum de sécurité aux enfants, parents et „Dageselteren“, en imposant aux acteurs un minimum de contraintes“ (cf. exposé des motifs joint à la proposition de loi n° 5428). Le Conseil d'Etat peut quant au principe marquer son accord avec cette orientation du cadre légal à mettre en place. En effet, il faut craindre qu'un cadre trop contraignant qui s'appliquerait désormais à cette activité, où pour beaucoup de personnes impliquées la recherche d'une occupation utile prime sur la perspective d'un gain financier, ne retienne des éléments valables de s'investir dans la garde d'enfants par peur des formalités administratives qui vont forcément de pair avec l'introduction de toute réglementation nouvelle. »

Le Conseil d'Etat estime qu'il y a lieu de veiller à ce que cette approche pragmatique soit maintenue, et qu'il convient d'éviter le risque d'une éventuelle dérive formaliste face à certaines modifications prévues au présent projet de loi. Le Conseil d'Etat reviendra sur ce point lors de l'examen des articles.

Observations préliminaires

Le Conseil d'Etat constate que les auteurs du projet de loi ont tendance à utiliser le point-virgule mal à propos en lieu et place de la virgule. A titre d'exemple, à l'article 2, le point-virgule est à remplacer par une virgule dans le passage suivant, figurant à l'alinéa 3:

« Les enfants ... ne sont pas comptés ... dans le cadre de son activité d'assistance parentale, à l'exception des enfants âgés de moins de deux ans faisant partie du ménage propre de l'assistant parental. »

Le Conseil d'Etat invite les auteurs à procéder à un toilettage du texte afin de redresser la ponctuation.

Enfin, il est à se demander s'il ne vaudrait pas mieux élaborer une loi nouvelle et abroger la loi existante, étant donné qu'à l'exception de l'article 5 (devenant l'article 6), chaque article de la loi de 2007 est modifié, que de nombreux articles sont renumérotés et que de nouvelles dispositions sont insérées.

¹ Proposition de loi portant réglementation de l'activité d'assistant maternel (n° 5428); projet de loi portant réglementation de l'activité d'assistance parentale (n° 5517).

Examen des articles

Préambule

Contrairement aux projets de règlement ou d'arrêté, qui doivent obligatoirement être munis d'un préambule au moment de la saisine du Conseil d'Etat, il y a lieu d'en faire abstraction dans les projets et propositions de loi, pour lesquels il est seulement ajouté au moment où la loi votée par la Chambre des députés est soumise à la signature de promulgation du Grand-Duc. Le Conseil d'Etat note que le document parlementaire n° 6409 a redressé cette erreur ayant figuré au projet de loi tel qu'il lui a été soumis.

Article 1^{er}.

L'article 1^{er}, dépourvu de toute portée normative, est à supprimer. Les articles suivants sont à renuméroter.

Article 2 (1^{er} selon le Conseil d'Etat)

Il y a lieu de rédiger la phrase introductive de l'article 2 (1^{er} selon le Conseil d'Etat) comme suit:

« **Art. 1^{er}.** L'article 1^{er} de la loi du 30 novembre 2007 portant réglementation de l'activité d'assistance parentale, ci-après «la loi», est modifié comme suit: (...) »

Aux articles subséquents, il ne sera donc plus nécessaire de citer tout ou en partie de l'intitulé de la loi à modifier.

L'article 2 définit l'activité d'assistance parentale. Il précise la définition de l'ancien texte en ajoutant notamment des seuils quant au nombre maximal d'enfants admissibles.

Le Conseil d'Etat ne peut pas s'accommoder de la limitation prévue à l'alinéa 2 de l'article 1^{er} qui prévoit qu'il n'est permis d'exercer qu'une seule activité d'assistance parentale par domicile. Les critères figurant à l'article 8 (7 selon le Conseil d'Etat) du projet de loi modifiant l'article 6 (7 nouveau) de la loi précitée de 2007 tracent un cadre d'accueil en fonction, entre autres, de la superficie du domicile, ainsi que du nombre d'enfants pouvant être accueillis par domicile. Le Conseil d'Etat propose dès lors de faire abstraction de la dernière phrase de l'alinéa 2 de l'article 1^{er} sous examen, et d'adapter l'article 1^{er} en projet. Ainsi, il sera éventuellement possible que plus d'une activité d'assistant parental puisse être exercée par domicile, à condition que les critères soient remplis dans chacune des personnes voulant exercer l'activité d'assistant parental.

Il y aura lieu d'adapter l'alinéa 3 de l'article 1^{er} en projet comme suit:

« Le nombre d'enfants maximum qu'un ou plusieurs assistants parentaux peuvent accueillir simultanément dans le cadre de leur activité d'assistance parentale est limité à cinq enfants. Si deux ou plusieurs assistants parentaux exercent leur activité dans un même domicile, le nombre limite de cinq enfants par domicile reste applicable. »

Article 3 (2 selon le Conseil d'Etat)

L'article sous examen porte sur les prestations proposées par l'assistant parental. Il dispose également que les relations entre l'assistant parental et la personne ayant la garde de l'enfant doivent être définies dans un contrat écrit appelé « contrat d'éducation et accueil ». Le Conseil d'Etat propose la dénomination « contrat d'éducation et d'accueil ».

Les prestations énumérées à l'article 1^{er} modifié de la loi précitée de 2007 définissent la notion de prise en charge de l'enfant. Le Conseil d'Etat suppose que les différents éléments de cette prise en charge seront précisés par le prestataire à la fois par le projet d'établissement prévu à l'article 5 du projet de loi et par le contrat d'éducation et d'accueil.

Article 4 (3 selon le Conseil d'Etat)

Le paragraphe 2 de l'article 2 (3 nouveau) de la loi précitée de 2007 introduit notamment des règles visant à organiser la continuité du service d'assistance parentale en cas d'absence de la personne titulaire de l'agrément. D'après les auteurs du projet de loi, une telle absence peut notamment se produire lorsque l'assistance parentale est offerte pendant une plage horaire étendue, dépassant le temps de travail habituel de la personne agréée, ou lorsque celle-ci prend part à une formation continue, tombe malade, ou part en congé.

La loi en projet autorise la personne agréée à se faire remplacer à titre temporaire par une ou plusieurs personnes, qui doivent répondre aux conditions d'honorabilité et qui sont couvertes par une assurance responsabilité civile pendant au maximum 200 heures par année civile.

Le Conseil d'Etat a du mal à admettre un tel système de remplacement, alors qu'il va à l'encontre des objectifs poursuivis par les auteurs du projet de loi.² Dès lors, la solution proposée par les auteurs a pour conséquence que les conditions imposées au demandeur voulant bénéficier de l'agrément de l'assistant parental sont nettement plus importantes que celles auxquelles doit répondre son remplaçant. En particulier, il y a lieu de s'interroger sur le fait que le remplaçant n'est tenu de justifier d'aucune qualification professionnelle, et qu'il est même dispensé de produire un certificat médical attestant de l'aptitude physique et psychologique à exercer l'activité d'assistant parental en remplacement de la personne agréée. Dans la mesure où l'intérêt et la sécurité de l'enfant doivent primer, le Conseil d'Etat ne comprend pas les raisons qui conduisent à établir une différence de traitement aussi prononcée entre les situations de garde d'un enfant par un assistant parental et celle où la garde est exercée par un remplaçant.

Le paragraphe 3 précise les conditions d'agrément, énumérées sous les points 1. à 8. D'un point de vue formel, il y a lieu de terminer les énumérations 1. à 7. par un point-virgule. Quant au fond, le Conseil d'Etat recommande aux auteurs de fixer les conditions d'obtention de l'agrément

² Exposé des motifs, doc. parl. n° 6409, page 2: « D'autre part, il y a lieu de renforcer le dispositif nécessaire à assurer un accueil de qualité en vue de protéger au maximum les enfants accueillis et de mieux visualiser l'offre effective. »

dans la loi, et de reléguer à un règlement grand-ducal le détail des pièces à produire lors de l'introduction d'une demande d'agrément.

Concernant la production d'un extrait du casier judiciaire, le Conseil d'Etat attire l'attention des auteurs du projet sur la loi du 29 mars 2013 relative à l'organisation du casier judiciaire où il est prévu qu'à l'avenir n'existeront plus que deux bulletins du casier judiciaire au lieu de trois comme tel est le cas actuellement; le bulletin 3 devenant ainsi le bulletin 2. Il y a lieu de tenir compte de ce changement dans le cadre du présent projet de loi.

En outre, le Conseil d'Etat recommande de reformuler le point 4 en insérant le délai de validité de l'extrait du casier judiciaire à produire dans le cadre de la procédure d'obtention de l'agrément.

Le point 4 pourra dès lors se lire comme suit:

« 4. un extrait du casier judiciaire datant de moins de trois mois de la personne qui exerce l'activité d'assistance parentale et des personnes majeures faisant partie du ménage; ».

En ce qui concerne l'exigence d'un certificat médical, le Conseil d'Etat propose d'ajouter que le certificat doit dater de moins de 30 jours.

Le Conseil d'Etat a des difficultés à cerner le concept de « visite d'agrément »: Qui fait cette visite? Quel est le but de la visite? S'agit-il de vérifier que les conditions liées à l'infrastructure, précisées à l'article 8 de la loi en projet, sont remplies? Ou au contraire la visite a-t-elle pour objet de s'assurer que les autres conditions, liées à la personne demandant l'agrément et à son entourage, sont remplies?

Le Conseil d'Etat demande de supprimer le dernier alinéa du paragraphe 3; il va de soi que l'instruction du dossier relève de la compétence du ministre, qui a la responsabilité de se prononcer sur la demande d'agrément sur base des critères légaux.

Le paragraphe 4 organise la procédure administrative d'agrément. Ce texte ne fait que reprendre le texte de la loi générale en matière de procédures et formalités d'autorisation pour les services prestés dans le marché intérieur, à savoir l'article 11 de la loi modifiée du 24 mai 2011 relative aux services dans le marché intérieur. Le Conseil d'Etat propose partant de supprimer le paragraphe 4 comme étant superfétatoire. A titre subsidiaire, et dans la mesure où les auteurs entendent néanmoins maintenir ledit paragraphe 4, le Conseil d'Etat propose, dans un souci de clarté, de formuler le texte comme suit, en remplaçant les tirets par une numérotation continue:

« (4) Le ministre accuse réception de la demande dans les quinze jours ouvrables de son dépôt.

L'accusé de réception indique:

1. la date à laquelle la demande a été reçue;
2. le délai d'instruction administrative;
3. les voies de recours;
4. la mention qu'en l'absence de réponse dans le délai de trois mois, éventuellement prolongé, l'agrément est considéré comme octroyé.

En cas d'irrecevabilité d'une demande, le ministre informe le demandeur dans le délai d'un mois. Lorsque le dossier d'une demande d'agrément n'est pas complet, le ministre notifie, dans un délai d'un mois, au demandeur le relevé des pièces manquantes et il indique les précisions manquant dans les documents incomplets.

Le délai d'instruction administrative est de trois mois et commence à courir à partir du moment où tous les documents nécessaires à l'appui de la demande d'agrément ont été fournis au ministre.

Lorsque la complexité du dossier le justifie, le délai d'instruction administrative peut être prolongé une seule fois et pour une durée maximale de trois mois. 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.

A défaut de notification d'une décision dans le délai légal, l'agrément est réputé acquis. »

Article 5 (4 selon le Conseil d'Etat)

La modification apportée au paragraphe 1^{er} de l'article 3 actuel vise à limiter la vérification de l'honorabilité aux personnes majeures vivant avec le demandeur dans le ménage. Le Conseil d'Etat donne à considérer que, sur base de la formulation proposée, la condition d'honorabilité ne sera plus exigée des enfants mineurs vivant en ménage avec le demandeur. Dès lors, un refus d'agrément ou un retrait de l'agrément existant ne pourra plus être opéré si un ou plusieurs enfants mineurs ont des antécédents judiciaires qui risqueraient de remettre en cause le projet d'établissement de l'assistant parental.

Le paragraphe 2 définit des conditions personnelles destinées à assurer l'aptitude du candidat d'exercer cette activité.

Le Conseil d'Etat estime qu'il n'est pas admissible de prévoir une limite d'âge maximum, que le projet de loi fixe à 65 ans. Si la loi en projet justifie cette disposition par l'endurance physique requise, elle admet implicitement que les personnes âgées de moins de 65 ans présentent cette qualité, qui se perdrait automatiquement avec l'âge de la retraite. Nombreux sont les grands-parents âgés de plus de 65 ans, qui prennent soin de leurs petits-enfants et il est difficile d'imaginer que ces personnes ne pourraient pas organiser une assistance parentale dans des conditions valables.

Le Conseil d'Etat estime que les limites d'âge respectivement de 21 ans et de 65 ans sont une discrimination fondée sur l'âge qui se heurtent au principe de l'égalité tel qu'inscrit à l'article 10bis de la Constitution. La non-discrimination est un aspect du principe d'égalité qui est compris comme interdisant le traitement de manière différente de situations similaires, à moins que la différenciation soit objectivement justifiée, adéquate et proportionnée à son but. En l'espèce, le Conseil d'Etat ne trouve pas d'éléments pertinents dans le dossier lui soumis qui justifieraient les deux limites d'âge telles que proposées. Dans ces conditions, il se verrait dans l'impossibilité d'accorder la dispense du second vote constitutionnel, et recommande la suppression de ces limites. En revanche, il propose d'insérer une clause d'âge minimum correspondant à l'âge de la majorité civile.

Par ailleurs, il y a lieu de préciser la notion de « projet d'établissement », qui n'est pas autrement définie ni au projet de loi sous examen, ni au projet de loi relative à l'enfance et à la jeunesse (doc. parl. n° 6409) à laquelle le troisième tiret du paragraphe 2 de l'article 4 nouveau de loi précitée de 2007 renvoie.

En tant que condition à remplir en vue d'obtenir l'agrément d'assistant parental, la notion et le contenu du projet d'établissement doivent être clairement définis par la loi.

Aux termes de la loi en projet, l'assistant parental sera désormais obligé de présenter un projet d'établissement préparé en conformité avec le cadre de référence prévu au projet de loi relatif à l'enfance et à la jeunesse. Si le Conseil d'Etat partage le souci des auteurs d'inscrire le projet sous avis dans la démarche qualité visant à assurer une bonne prise en charge des enfants, il s'interroge néanmoins sur la portée de cette disposition:

- Le projet d'établissement doit être soumis pour avis aux agents régionaux « enfance et jeunesse ». Sur quels points ces agents sont-ils appelés à se prononcer? Leur intervention se limite-t-elle à analyser la conformité du projet avec le cadre de référence défini par la loi précitée, ou au contraire sont-ils appelés à émettre une appréciation qualitative sur le concept éducatif du projet?
- Quels sont les critères appliqués par le ministre pour accepter ce projet d'établissement?
- Comment le ministre entend-il faire un suivi afin d'apprécier la conformité des prestations avec le projet d'établissement?

Il conviendra de veiller à ce que le projet d'établissement devienne un outil d'information pratique, fournissant des informations utiles à l'attention des parents sans évoluer vers un traité de pédagogie, déconnecté du vécu quotidien. Le défi sera de développer un modèle servant de guide pour la gestion d'une démarche qualité, sans conduire à une lourdeur administrative excessive.

Article 6 (5 selon le Conseil d'Etat)

Cette disposition appréhende la qualification professionnelle par quatre exigences cumulatives:

- a) la formation de départ;
- b) la formation continue;
- c) la présentation annuelle d'un rapport d'activité;
- d) le profil des connaissances linguistiques.

Le Conseil d'Etat propose de transférer la disposition reprise au point 3 relative à l'exigence de présentation d'un rapport d'activité à l'article 5 qui précède. Il ne s'agit en effet pas d'une condition de qualification, mais plutôt d'une exigence relative à la démarche qualité, sanctionnée, le cas échéant, par le retrait de l'agrément.

De même, le point 2 ne contient pas une condition de l'octroi de l'agrément, mais constitue tout au plus un engagement de la part du demandeur, sanctionné, en cas de non-respect, par le retrait de l'agrément.

En ce qui concerne la formation professionnelle, la loi en projet admet un diplôme dans les domaines psychosocial, socio-éducatif ou dans le domaine de la santé, sans aucune précision sur la nature, la durée et le niveau des études requises. Le Conseil d'Etat aurait préféré retenir la formulation actuelle, plus précise, ceci surtout en raison du fait que nombre de candidats présentent sans doute des diplômes sanctionnant des formations effectuées tant au Luxembourg qu'à l'étranger auprès d'institutions, publiques ou privées, dont l'appréciation devra être faite par le ministre.

L'actuel texte admet également les personnes « en voie de formation » pour une des formations reconnues au titre de formation initiale. La loi en projet limite cette facilité aux personnes qui ont obtenu une « préformation » pour l'obtention du certificat aux fonctions d'assistance parentale, sous réserve que la formation soit achevée dans un délai de trois années. Dans un souci de clarté, le Conseil d'Etat demande de définir la notion de « préformation ». Ainsi, il pourrait concevoir que la préformation implique l'accomplissement avec succès d'un minimum de cours faisant partie de la formation pour l'exercice de la fonction d'assistance parentale.

Article 7 (6 selon le Conseil d'Etat)

Sans observation.

Article 8 (7 selon le Conseil d'Etat)

Le nouvel article 7 de la loi précitée de 2007 reprend le texte de l'article 6 de ladite loi, complété de huit tirets énonçant des « critères minima » auxquels doivent répondre les infrastructures dans lesquelles l'activité d'assistant parental est exercée. Si ces critères doivent être remplis pour obtenir l'agrément en tant qu'assistant parental, le Conseil d'Etat donne à considérer que dans ce cas l'énoncé de certains critères ne répond pas au degré de précision requis pour ne pas exposer le demandeur à l'arbitraire de l'administration. Pour le surplus, le Conseil d'Etat renvoie à ses considérations générales quant à sa critique concernant le formalisme excessif qui risque d'entourer la démarche administrative pour obtenir l'agrément.

Le Conseil d'Etat propose dès lors de s'en tenir au libellé de l'ancien article 6 de la loi précitée de 2007, dans la mesure où les tirets supplémentaires n'ont pas de valeur contraignante, mais uniquement un caractère exemplatif.

Par ailleurs, le Conseil d'Etat note que l'article 12 nouveau de la loi précitée de 2007 prévoit de sanctionner pénalement le non-respect des dispositions de l'article 7 nouveau sous revue. Il reviendra sur ce point lors de l'examen de l'article 13 du projet.

Article 9 (8 selon le Conseil d'Etat)

Cette disposition est superfétatoire. En effet, l'exigence d'une assurance concernant la responsabilité civile résulte déjà de l'article 4, paragraphe 3, point 7. Un engagement à respecter la législation applicable

en matière de sécurité sociale et en matière fiscale n'est pas pertinent, alors que le respect de la loi est une obligation qui s'impose à tout citoyen.

Article 10 (9 selon le Conseil d'Etat)

L'article 9 nouveau de la loi précitée de 2007 porte notamment sur la durée de validité de l'agrément, son retrait, les voies de recours.

Le Conseil d'Etat note que l'activité d'assistance parentale est soumise aux dispositions découlant de la directive 2006/123/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2006 relative aux services dans le marché intérieur. L'article 9 nouveau ne fait que reprendre partiellement les dispositions générales en la matière énoncées par la loi du 24 mai 2011 relative aux services dans le marché intérieur. Le Conseil d'Etat propose, dans un souci de cohérence entre deux textes légaux, de supprimer les paragraphes 1^{er} et 2 de l'article 9 nouveau en projet.

Pour ce qui est des délais du recours en réformation d'un mois prévus aux points a) et b) du paragraphe 4, le Conseil d'Etat insiste à ce qu'il ne soit pas dérogé au délai normal d'introduction de ce recours qui est de trois mois. Le paragraphe 4 est dès lors à adapter en conséquence.

Enfin, la sanction administrative contenue au paragraphe 5 du présent article, prévoyant qu'en cas de retrait de l'agrément par le ministre une nouvelle demande ne peut être introduite qu'après un délai de trois ans, ne peut pas être cumulée avec les sanctions pénales reprises à l'article 13 du projet de loi en raison du principe « *non bis in idem* ». Le Conseil d'Etat renvoie à ce sujet à ses observations reprises ci-après à l'endroit de l'article 13 (12 selon le Conseil d'Etat).

Article 11 (10 selon le Conseil d'Etat)

L'article 11 vise à insérer un nouvel article 10 instituant des procédures de contrôle analogues à celles inscrites à l'article 9 de la loi ASFT. Le paragraphe 1^{er} devrait être adapté comme suit:

« Le ministre est chargé de surveiller et de contrôler la conformité de ces activités avec les dispositions de la présente loi. »

Le paragraphe 2 de l'article 10 nouveau de la loi précitée de 2007 confie la qualité d'officier de police judiciaire à des fonctionnaires aux fins de rechercher et de constater les infractions aux dispositions de la loi. Le Conseil d'Etat propose à titre principal la suppression du paragraphe 2, et il renvoie à ce sujet à ses observations qu'il formulera à l'endroit de l'article 13 (12 selon le Conseil d'Etat) du projet de loi, en rapport avec sa proposition de supprimer les sanctions pénales du projet de loi.

A titre subsidiaire, le Conseil d'Etat se doit de rappeler dans ce contexte ses réserves les plus nettes face au foisonnement des prérogatives de puissance publique attribuées à toutes sortes de fonctionnaires qui *a priori* n'ont pas les connaissances requises pour procéder dans les formes de la loi à la recherche des infractions et au rassemblement des preuves. Il demande à cette occasion une nouvelle fois, pour les raisons qu'il a plus amplement développées dans d'autres avis (doc. parl. n° 6192), de renoncer

à l'extension des compétences en question au-delà du cadre tracé par l'article 10 modifié du Code d'instruction criminelle.

Dans la mesure où le législateur maintiendrait les compétences de police judiciaire au bénéfice d'agents de l'Etat ne relevant pas du corps de la Police grand-ducale, le Conseil d'Etat se devrait d'insister que les fonctionnaires susceptibles d'être assermentés comme officiers de police judiciaire soient désignés par référence à leurs fonctions et grades dans la hiérarchie interne de leur administration, et ce conformément à l'article 97 de la Constitution. A défaut d'une telle précision, le Conseil d'Etat se verrait obligé de refuser la dispense du second vote constitutionnel. De même, ces agents devraient justifier d'une qualification professionnelle à la hauteur de leur tâche qu'ils auront acquise grâce à une formation spéciale. Si le principe de cette formation doit être prévu dans la loi formelle (cf. art. 23 de la Constitution), les modalités d'organisation de cette formation pourront être reléguées à un règlement grand-ducal.

Article 12 (11 selon le Conseil d'Etat)

L'alinéa 2 de l'article 11 nouveau de la loi précitée de 2007 comporte un bout de phrase tronqué, incompréhensible, et le Conseil d'Etat propose de supprimer le bout de phrase « de la prise en exécution ». Ledit alinéa se lira dès lors comme suit:

« La formation comprend ... dans un centre d'éducation et d'accueil agréé dans le cadre de la loi modifiée du 8 septembre 1998 ... »

Le Conseil d'Etat doit s'opposer formellement à l'alinéa 3, alors que cette disposition est contraire au principe de la hiérarchie des normes qui s'oppose à ce qu'il soit fait référence dans une loi à un règlement grand-ducal déterminé. Il propose dès lors de formuler l'alinéa 3 comme suit:

« Le détenteur du certificat aux fonctions d'assistance parentale est admissible à la formation aux fonctions d'aide socio-familiale avec dispense du module de spécialisation dénommé « encadrement direct enfant et famille » fixé par règlement grand-ducal. »

Le Conseil d'Etat doit également s'opposer formellement à l'alinéa 4 de l'article 11 précité, alors que la formation relève d'une matière réservée à la loi formelle conformément à l'article 23 de la Constitution. Dans les matières réservées par la Constitution à la loi, l'article 32(3) de la Constitution dispose que le Grand-Duc ne peut prendre des règlements et arrêtés qu'aux fins, dans les conditions et suivant les modalités spécifiées par la loi. Il appartient donc à la loi de tracer le cadre général, quitte à permettre à un règlement grand-ducal d'organiser les modalités pratiques d'exécution.

Article 13 (12 selon le Conseil d'Etat)

L'actuel texte sanctionne pénalement l'exercice de l'activité d'assistance parentale par une personne qui n'est pas titulaire de l'agrément prévu par la loi. La loi en projet élargit le texte actuel en introduisant respectivement une sanction administrative au paragraphe 5 de l'article 9 nouveau, des mesures administratives, ainsi qu'en élargissant les sanctions pénales. D'une façon générale, le Conseil d'Etat n'est pas favorable à une

prolifération de sanctions pénales. Faut-il vraiment sanctionner pénalement une infraction à chacune des dispositions énumérées au projet? A titre d'exemple, si une personne agréée ne suit pas les cours de formation continue requis aux termes de l'article 6, le Conseil d'Etat est d'avis que le retrait de l'agrément serait une mesure suffisamment dissuasive. Il propose dès lors de maintenir le texte actuel.

Par ailleurs, et comme annoncé aux articles 10 et 11 (9 et 10 selon le Conseil d'Etat) du projet de loi, le Conseil d'Etat attire l'attention des auteurs sur deux problèmes majeurs, l'un concernant les sanctions pénales, et l'autre étant relatif à la coexistence entre les sanctions pénales et administratives.

Tout d'abord, il y a lieu de noter que sont punies les infractions aux dispositions des articles 1^{er} à 8 du projet de loi. Certaines dispositions manquent de précision quant au fait punissable. Quelles sont les « normes usuelles de salubrité et de sécurité » (article 7 nouveau, premier tiret)? Tant la formulation des dispositions du texte existant que celles du projet de loi sont insuffisamment précises pour être sanctionnées pénalement. Le Conseil d'Etat se verrait partant obligé de refuser la dispense du second vote constitutionnel eu égard au principe de légalité des incriminations, si les auteurs n'indiquaient pas avec précision les faits incriminés.

La loi en projet prévoit que toutes les infractions, même celles de moindre gravité, encourrent une peine potentielle allant de 251 à 10.000 euros. Le Conseil d'Etat conçoit certes la difficulté de fixer des critères de gravité des infractions, mais il tient néanmoins à exprimer ses doutes les plus sérieux quant à la conformité d'un tel mécanisme avec le principe de la légalité des peines qui exige la proportionnalité entre la peine et la gravité de la violation de la loi pour les différentes violations sanctionnées. Ainsi, la loi en projet n'établit pas de distinction entre la sanction maximale encourue par une personne ayant exercé l'activité d'assistant parental sans avoir obtenu d'agrément et la sanction à laquelle s'expose une personne dûment agréée qui n'a pas suivi les cours de formation continue requis au cours d'une année.

En outre, quant au principe de la récidive formulé à l'article 12 nouveau, le Conseil d'Etat suggère aux auteurs de s'en tenir au droit commun. Par ailleurs, le Conseil d'Etat note que lorsqu'il est envisagé d'introduire dans la loi une multiplication de la peine en cas de récidive, il se recommande de fixer un délai dans lequel la récidive peut donner lieu à cette multiplication. Il s'impose par ailleurs de veiller à ce que les peines aggravées, comme pour toute peine, soient en rapport avec l'objectif poursuivi et ne soient pas disproportionnées à celui-ci. Compte tenu des observations ci-avant, il y a lieu de faire abstraction de la récidive dans le présent contexte.

Ensuite, le Conseil d'Etat note que les infractions aux dispositions des articles 1^{er} à 8 encourrent tant des sanctions pénales (article 13 du projet de loi) qu'une sanction administrative (article 10, paragraphe 5 du projet de loi). Ce cumul de sanctions pénales et administrative pose problème au regard du principe *non bis in idem*. Un tel cumul est en effet interdit suivant la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH, arrêt

Sergueï Zolotoukhine du 10 février 2009). Le Conseil d'Etat s'oppose dès lors formellement au maintien des textes précités dans leur teneur actuelle.

Il propose de maintenir le texte de l'actuel article 10 de la loi précitée de 2007 qui prévoit une sanction pénale à l'encontre d'une personne exerçant l'activité d'assistant parental sans avoir obtenu d'agrément.

Dans la mesure où les auteurs entendent suivre le Conseil d'Etat, le paragraphe 2 de l'article 10 nouveau de la loi précitée de 2007 portant attribution de la qualité d'officier de police judiciaire deviendrait sans objet et pourrait dès lors être supprimé.

Article 14 (13 selon le Conseil d'Etat)

Sans observation.

Article 15 (14 selon le Conseil d'Etat)

Si les auteurs souhaitent abroger l'article 11 de la loi existante, il y a lieu d'insérer une disposition à cet effet dans la loi en projet, et non pas dans la loi existante. L'article 15 (14 selon le Conseil d'Etat) est dès lors à libeller comme suit:

« **Art. 14.** L'article 11 de la loi est abrogé. »

Ainsi délibéré en séance plénière, le 14 mai 2013.

Le Secrétaire général,

s. Marc Besch

Le Président,

s. Victor Gillen