

Projet de loi

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

Avis complémentaire du Conseil d'Etat

(25 mars 2014)

Par dépêche du 2 août 2013, le Premier Ministre, Ministre d'Etat, a saisi le Conseil d'Etat pour avis d'amendements gouvernementaux au projet de loi sous rubrique, élaborés par le ministre de la Famille et de l'Intégration. Le texte des amendements était accompagné d'un exposé des motifs, d'un commentaire des articles et d'un tableau comparant le texte du projet de loi initial à celui ayant pris en compte les amendements.

Les amendements gouvernementaux se présentent du point de vue rédactionnel comme un nouveau projet de loi, intégrant à la fois des parties de texte du projet de loi initial, des amendements y apportés et des propositions formulées par le Conseil d'Etat. Cette approche résulte de la recommandation que le Conseil d'Etat avait formulée dans son avis du 14 mai 2013, où il avait suggéré d'élaborer une loi nouvelle et d'abroger la loi existante.

En ce qui concerne le nouvel intitulé du projet de loi, le Conseil d'Etat propose de faire abstraction de la mention de l'abrogation de la loi du 30 novembre 2007 portant réglementation de l'activité d'assistance parentale, de sorte que l'intitulé du projet de loi prendra la teneur suivante:

« Projet de loi portant réglementation de l'activité d'assistance parentale. »

En effet, la légistique formelle¹ recommande de ne pas mentionner le remplacement d'une loi dans son intégralité dans le souci de ne pas allonger inutilement l'intitulé du nouvel acte législatif autonome.

Sur le plan formel, le Conseil d'Etat relève que les énumérations reprises à l'endroit de certains articles sont présentées tantôt sous forme de points, tantôt sous forme de tirets. Pour des raisons de légistique, le Conseil d'Etat propose d'utiliser systématiquement des points caractérisés par un chiffre arabe suivi d'un point (1., 2., 3., ...), ceci dans le souci de faciliter la référence aux dispositions spécifiques.

Article 1^{er} (2 initial)

Le texte sous examen est conforme à la proposition du Conseil d'Etat.

¹ Extrait du traité de légistique formelle de M. Marc Besch: « Le remplacement d'un acte dans son intégralité n'est pas mentionné dans l'intitulé de l'acte qui le génère, alors qu'une telle citation allongerait inutilement l'intitulé du nouvel acte autonome. Toutefois, lorsque l'acte est abrogé sans être remplacé par un texte nouveau, il y est cité. »

Article 2 (3 initial)

Le texte sous examen a intégré la proposition rédactionnelle du Conseil d'Etat.

Article 3 (4 initial)

Les amendements répondent à des critiques émises par le Conseil d'Etat dans son avis du 14 mai 2013, sous réserve des deux observations suivantes:

- Au paragraphe 3, le Conseil d'Etat propose de rajouter le terme « accomplis » au point 4, qui devrait se lire comme suit: « (...) et des enfants mineurs ayant 16 ans accomplis et faisant partie du ménage ». Cette proposition vise à aligner le texte sur la formulation utilisée à l'article 32 de la loi modifiée du 10 août 1992 relative à la protection de la jeunesse.
- Au paragraphe 3, le point 8 semble comporter des références erronées, ce qui amène le Conseil d'Etat à proposer le texte suivant:
« un rapport de la visite d'agrément, effectuée par les agents visées à l'article 9, ayant pour objet d'assurer que les conditions liées à l'infrastructure, précisées à l'article 7, ainsi que les conditions liées à la personne demandant l'agrément et à son entourage, précisées aux articles 1 à 6 sont établies. »

Le Conseil d'Etat note que le Gouvernement maintient sa position en ce qui concerne l'absence de toute exigence de formation professionnelle pour les remplaçants.

Article 4 (5 initial)

Pour les raisons indiquées à l'article 3 (2 initial) ci-avant, le Conseil d'Etat propose d'ajouter le terme « accomplis » au texte du paragraphe 1^{er} : « (...) les mineurs âgés de 16 ans accomplis vivant avec lui(...). »

A la fin du paragraphe 1^{er}, le bout de phrase « L'article 4 est modifié comme suit: » figurant entre les paragraphes 1^{er} et 2 de l'article 4 sous revue est à supprimer, alors qu'il ne fait pas de sens.

Au paragraphe 2, quatrième tiret (point « 4. » selon le Conseil d'Etat), il y a lieu de remplacer *in fine* le point-virgule par le terme « et » afin de souligner le caractère cumulatif de ces conditions.

Le Conseil d'Etat n'a pas d'autres observations sur les amendements qui sont conformes à l'approche préconisée dans son avis du 14 mai 2013.

Articles 5 et 6 (6 et 7 initiaux)

Sans observation.

Article 7 (8 initial)

Le Conseil d'Etat note que le projet amendé ne tient pas compte de son observation relative au manque de précision des critères minima requis en matière d'infrastructure.

Article 8 (10 initial)

Sans observation.

Article 9 (11 initial)

Le texte amendé pose problème en ce qui concerne les visites domiciliaires prévues au paragraphe 2, alinéas 1^{er} (phase d'instruction de la demande d'agrément) et 2 (phase de contrôle et de surveillance des activités d'assistant parental) de l'article 9 du projet de loi.

En premier lieu, le Conseil d'Etat donne à considérer qu'aux termes de l'article 97 de la Constitution, l'« organisation et les attributions des forces de l'ordre font l'objet d'une loi ». Même si la notion de « forces de l'ordre » n'est pas autrement définie, le Conseil d'Etat considère que, d'après la volonté du Constituant, l'article 97 impose que « l'organisation et les attributions de services ayant des pouvoirs de police ne peut se faire qu'en vertu d'une loi »². A cet égard, il n'y a dès lors pas lieu de distinguer, ni sur le plan fonctionnel entre pouvoirs de police judiciaire et pouvoirs de police administrative ou encore entre mesures de police juridiques et mesures de police matérielles, ni sur le plan organique entre autorités de police et forces de police. Dans cette logique, il appartient à la loi formelle de désigner avec précision les organes, administrations ou services de l'Etat auxquels des pouvoirs de police sont attribués, ainsi que les carrières auxquelles les fonctionnaires qui les exercent doivent appartenir. Comme le texte sous revue ne répond pas aux exigences de précision requises en vertu de l'article 97 de la Constitution, le Conseil d'Etat est amené à s'y opposer formellement.

En second lieu, le Conseil d'Etat estime que, dans le cadre de l'assistance parentale, les contrôles prévus à l'article 9 relèvent de la police administrative. En effet, les mesures prévues en cas de refus d'admettre les agents ou services mandatés par le ministre au domicile sont de nature purement administrative, à savoir le rejet de la demande d'agrément, voire le retrait de cette dernière.

Les règles du Code d'instruction criminelle relatives aux visites domiciliaires, en vertu d'un mandat du juge d'instruction en matière répressive, ne sont dès lors pas applicables en l'espèce.

Par ailleurs, le Conseil d'Etat rappelle que le domicile bénéficie de la protection des articles 15 de la Constitution et 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, qui posent le principe de l'inviolabilité du domicile, sauf les cas prévus par la loi et dans les conditions qu'elle prescrit.

En se fondant sur l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, qui consacre le droit au respect du domicile, la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme considère dans ce contexte qu'il revient au législateur de prévoir soit l'établissement d'un mandat préalable par le juge judiciaire, auquel il incombe alors de vérifier si les mesures

² « Par ailleurs, la notion "forces de l'ordre" recouvre tous les organes habilités à exercer des pouvoirs de police. La rédaction proposée pour l'article 97 implique donc que toute attribution de pouvoirs de police à un service déterminé ne pourra se faire que par la loi. » (Projet de révision de l'article 97 de la Constitution – doc. parl. n° 3236, exposé des motifs).

envisagées ne sont pas arbitraires ou disproportionnées, soit des restrictions et des conditions dans lesquelles des visites domiciliaires et des saisies peuvent avoir lieu, en veillant à ce que l'ingérence dans les droits des personnes soit étroitement proportionnée au but légitime recherché³.

Dans le cas de la disposition sous revue, le Conseil d'Etat considère que le critère de la proportionnalité n'est pas respecté, alors que le fait de refuser l'accès au domicile servant à l'exercice de l'activité d'assistant parental empêche de vérifier si les conditions de l'agrément se trouvent toujours réunies. La conséquence en sera le retrait de l'agrément, et il n'est, aux yeux du Conseil d'Etat, pas nécessaire de prévoir un accès aux lieux à l'aide des agents de la police grand-ducale pour examiner si les conditions sont données pour adopter une telle mesure administrative.

Le Conseil d'Etat rappelle qu'en cas de crime et, pour autant que la loi prévoit une peine d'emprisonnement, en cas de flagrant délit, il y a lieu, pour ce qui est des mesures que peuvent prendre les fonctionnaires et agents chargés de certaines fonctions de police judiciaire, de s'en tenir au droit commun tel qu'il découle des articles 31 à 39 du Code d'instruction criminelle. Ces dispositions s'appliquent de toute évidence lorsque l'intégrité physique et psychique de l'enfant est en cause.

Pour les raisons évoquées ci-avant, le libellé actuel de l'article 9 du projet de loi est dès lors contraire aux dispositions de la Constitution et de la convention précitée. En cas de maintien de l'article 9 dans sa teneur actuelle, le Conseil d'Etat ne pourra pas accorder la dispense du second vote constitutionnel.

Article 10 (12 initial)

Le Conseil d'Etat doit maintenir son opposition formelle à l'alinéa 4 qui a été repris du projet de loi antérieur. Dans son avis du 14 mai 2013, le Conseil d'Etat s'était en effet opposé formellement à cette disposition, au motif que la formation relève d'une matière réservée à la loi formelle conformément à l'article 23 de la Constitution. Pour les matières réservées à la loi, l'article 32(3) de la Constitution dispose en effet 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 11 (13 initial)

Il y a lieu de redresser une erreur matérielle et de supprimer le bout de phrase « ou d'une de ces peines seulement ».

Article 12 (nouveau)

Cet article est superfétatoire et partant à supprimer si la Chambre des députés suit les observations préliminaires du présent avis concernant l'intitulé à donner au projet de loi.

3 Arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme, « Saint-Paul Luxembourg S.A. c. Luxembourg » du 18 avril 2013, et « Buck c. Allemagne » du 28 avril 2005.

Article 13 (14 initial) et 14 (nouveau)

Suite à la suppression de l'article 12 du projet de loi amendé, les articles 13 et 14 sont à renuméroter et prennent les numéros 12 et 13. Ces articles finaux n'appellent pas d'observation.

Ainsi délibéré en séance plénière, le 25 mars 2014.

Le Secrétaire général,

s. Marc Besch

Pour le Président,
La Vice-Présidente,

s. Viviane Ecker