

CONSEIL D'ÉTAT

=====

N° CE : 51.737

N° dossier parl. : 7014

Projet de loi

portant réforme de l'assurance dépendance et modifiant :

- 1) le Code de la sécurité sociale ;**
- 2) la loi modifiée du 15 décembre 1993 déterminant le cadre du personnel des administrations, des services et juridictions de la sécurité sociale et**
- 3) la loi du 25 mars 2015 fixant le régime des traitements et les conditions et modalités d'avancement des fonctionnaires de l'État**

Avis du Conseil d'État

(24 janvier 2017)

Par dépêche du 5 juillet 2016, le Premier ministre, ministre d'État, a soumis à l'avis du Conseil d'État le projet de loi sous rubrique, élaboré par le ministre de la Sécurité sociale.

Au texte du projet de loi étaient joints un exposé des motifs, un commentaire des articles, une fiche d'évaluation d'impact ainsi qu'une fiche financière.

Les avis de la Chambre des fonctionnaires et employés publics, de la Chambre de commerce et de la COPAS ont été communiqués au Conseil d'État par dépêche du 26 octobre 2016 et celui de la Chambre des salariés, par dépêche du 4 novembre 2016.

Considérations générales

Le projet de loi sous avis a pour objet d'apporter un certain nombre de modifications aux dispositions régissant l'assurance dépendance introduite par la loi du 19 juin 1998 portant introduction d'une assurance dépendance. Les principes directeurs de l'assurance dépendance ont été résumés comme suit lors de son introduction :

- la priorité au maintien à domicile ;
- la priorité aux prestations en nature ;
- la priorité aux mesures de réhabilitation et de prévention et
- la garantie d'une continuité de soins.

Le projet de loi sous rubrique maintient ces principes directeurs tout en ajustant certaines dispositions en fonction des réflexions issues du bilan sur le fonctionnement et la viabilité financière de l'assurance dépendance réalisé en 2013, à savoir :

- revoir la procédure et les outils d'évaluation et de détermination de l'état de dépendance ;

- évaluer certaines prestations par rapport à leur finalité, leur efficacité et leur volume, mais aussi par rapport aux objectifs définis dans le cadre de l'assurance dépendance ;
- définir un cadre normatif pour le financement des prestations ;
- mettre en place une politique de qualité et de contrôle transparente et efficace.

Tout en renvoyant à l'exposé des motifs exhaustif et sans entrer dans le détail des différentes modifications, le Conseil d'État se doit d'attirer l'attention sur le fait que le texte du projet de loi renvoie, à plusieurs endroits, à un règlement grand-ducal pour préciser, déterminer, voire fixer certains éléments ou notions introduits dans les libellés proposés. Au moment de l'adoption du présent avis, le Conseil d'État ne disposait d'aucun des règlements grand-ducaux mentionnés. Quant à la conformité de ces règlements grand-ducaux avec les dispositions du nouvel article 32(3) de la Constitution, il est renvoyé aux endroits respectifs des articles concernés.

Le Conseil d'État regrette, par ailleurs, qu'aucun texte coordonné ni tableau de juxtaposition n'aient été joints au dossier lui soumis. Le Conseil d'État rappelle, dans ce contexte, la circulaire du ministre aux Relations avec le Parlement du 28 janvier 2016 aux termes de laquelle le Conseil d'État entend se voir transmettre à l'avenir « des textes coordonnés dans lesquels les modifications seront indiquées en caractères gras et les passages de texte en vigueur à modifier ou à supprimer resteront visibles tout en étant barrés ».¹

Finalement, le Conseil d'État exprime quelques observations d'ordre général avant de passer à l'examen des articles :

Concernant la dénomination de la nouvelle administration chargée de l'évaluation et du contrôle des prestations de l'assurance dépendance, il exprime ses réticences quant à l'utilisation du terme « autorité » non approprié en droit luxembourgeois. Étant donné que les auteurs entendent créer une « administration », il serait utile de retenir ce même terme pour sa désignation. Ainsi, le titre complet de la nouvelle administration pourrait se lire « Administration de l'assurance dépendance ».

Concernant les aidants informels, qui, aux yeux du Conseil d'État, constituent le pilier du maintien à domicile, le projet de loi sous avis prévoit un certain nombre de dispositions qui pourraient limiter l'engagement de ces aidants. Souvent issus de l'entourage familial, ils assument les charges leur confiées de façon quasi bénévole en vue de permettre à leurs proches de rester dans leur entourage connu. Toute évaluation de leurs compétences doit être réalisée dans un esprit constructif et apporter du soutien et une motivation supplémentaire aux aidants. L'accent doit être mis sur des activités d'accompagnement et de conseil en vue de promouvoir le maintien à domicile, qui est une des priorités affichées par le projet de loi. Il en est de même des salariés engagés à titre privé par les personnes dépendantes. Ces salariés constituent également un paramètre important dans le but affiché de donner une priorité au maintien à domicile et leur encadrement doit se réaliser dans le même esprit constructif que celui appliqué aux aidants informels.

¹ Circulaire TP-109/sp du 28 janvier 2016 du ministre aux Relations avec le Parlement : « 2. Forme de transmission au Conseil d'État de textes coordonnés de lois ou de règlements grand-ducaux modificatifs », p. 2.

Pour ce qui est de la prise en charge des frais pour l'assistance à l'entretien du ménage, le Conseil d'État s'interroge sur le bien-fondé d'une prise en charge non circonstanciée et forfaitaire, uniforme pour tous les bénéficiaires de l'assurance dépendance, dans le cadre d'un maintien à domicile. Il comprend que dans certains cas le personnel des réseaux d'aides et de soins se trouve dans l'impossibilité de commencer les soins avant qu'il ne soit procédé à un certain nombre de travaux de ménage. Même si une prise en charge, telle qu'elle est prévue par le projet de loi, élimine cette entrave de procéder aux soins, il est difficilement concevable que, pour presque tous les bénéficiaires, il soit nécessaire de procéder à des travaux de ménage avant de commencer les soins.² Par ailleurs, par le projet de loi sous avis, le forfait qui s'élevait à deux heures et demie par semaine et porté à trois heures par semaine. Ainsi, un couple dont l'un des partenaires devient bénéficiaire de l'assurance dépendance, mais qui depuis des années a engagé du personnel domestique pour s'occuper d'un certain nombre d'activités d'entretien du ménage se voit offrir la prise en charge de trois heures de ces activités suite à la reconnaissance de l'état de dépendance au sens de l'assurance dépendance d'un des deux partenaires. Le Conseil d'État comprend donc que cette prestation constitue en pratique un forfait alloué à toute personne dépendante afin d'assurer qu'elle puisse bénéficier des soins dont elle a besoin dans des conditions de salubrité adéquates.

Examen des articles

Article 1^{er}

Point 1

Sans observation.

Point 2

Sans observation.

Point 3

À l'article 350, paragraphe 1^{er}, en projet, sont déterminés les domaines dans lesquels s'effectue l'évaluation des besoins du demandeur, c'est-à-dire de la personne qui demande à voir évaluer son état de dépendance conformément à la définition donnée à l'article 348 du Code de la sécurité sociale.

Au paragraphe 2 dudit article en projet, les aides et soins déterminés lors de l'évaluation prévue au paragraphe 1^{er} sont transcrits forfaitairement selon un relevé type pour les différentes prestations d'un référentiel. Le Conseil d'État comprend que les termes « aides et soins » concernent les trois catégories mentionnées au paragraphe précédent, à savoir les aides et soins dans les domaines des actes essentiels de la vie, les aides et soins dans le domaine des activités d'appui à l'indépendance et les aides techniques.

² Rapport général sur la sécurité sociale 2015, p.113 : « Comme toutes les prestations de l'assurance dépendance, les tâches domestiques sont accordées pour répondre à un besoin spécifique et identifié. Le forfait normal est une prestation accordée à presque tous les bénéficiaires, à l'exception des bénéficiaires de dispositions particulières. Ce forfait est accordé à 96,5% des bénéficiaires d'aides et soins en 2014. Parmi ceux-ci, 1,6% reçoivent le forfait pour tâches domestiques exceptionnelles. »

Par ailleurs, un règlement grand-ducal est censé fixer les modalités de la détermination de la dépendance chez l'enfant alors que le libellé du paragraphe prévoit que « la détermination de l'état de dépendance se fait en fonction du besoin supplémentaire d'assistance d'une tierce personne par rapport à un enfant du même âge sain de corps et d'esprit ». Le Conseil d'État s'interroge sur les raisons qui ont amené les auteurs à changer cette disposition de place. En effet, il s'agit de définir l'état de dépendance d'un enfant par dérogation à la définition de l'état de dépendance en général qui fait l'objet de l'article 348 du Code de la sécurité sociale, où figure actuellement cette disposition. Le Conseil d'État marque, par ailleurs, son accord audit règlement grand-ducal, étant donné que l'article en projet lui servant de base légale répond aux impératifs tels qu'ils découlent de l'article 32(3) de la Constitution.

Le paragraphe 3 de l'article 350 en projet précise que chaque demandeur se voit attribuer un des quinze niveaux de besoins hebdomadaires en aides et soins dans le domaine des actes essentiels de la vie uniquement. Les forfaits donnés par les différents niveaux ne comprennent donc pas la durée des besoins du demandeur en activités d'appui à l'indépendance.

Au paragraphe 3 de l'article 350, il y a lieu de définir le niveau 15 comme suit :

« - Niveau 15 supérieur ou égal à 2.171 minutes. » (alternative : strictement supérieur à 2.170 minutes)

Les paragraphes 4 et 5 de l'article 350 déterminent la prise en charge respective des activités d'accompagnement en milieu stationnaire et des activités de garde dans le cadre d'un maintien à domicile. Le Conseil d'État comprend que ces activités relèvent, dans le cadre du maintien à domicile, de la catégorie activités d'appui à l'indépendance et ne peuvent pas être prestées par l'aidant informel, puisqu'elles sont censées « assurer le répit de l'aidant ».

Au paragraphe 6 de l'article 350, il est prévu que, dans le cadre du maintien à domicile, l'Autorité d'évaluation et de contrôle des prestations de l'assurance dépendance évalue, au sens du paragraphe 1^{er}, et détermine selon le paragraphe 2, les besoins du demandeur en activités d'assistance à l'entretien du ménage et en matériel d'incontinence (si la personne dépendante atteint le seuil défini à l'article 349, soit 3,5 heures de besoins en aides et soins dans les actes essentiels de la vie), en adaptation de son logement et en formation pour les aides techniques. Or, le paragraphe 2 prévoit que « les aides et soins et leur fréquence sont déterminés d'après un relevé-type [...] pour les différentes prestations du référentiel visé au paragraphe 1^{er} », alors que ce référentiel des aides et des soins est censé relever les besoins du demandeur en aides et soins dans les domaines des actes essentiels de la vie, des aides et soins dans le domaine des activités d'appui à l'indépendance et des aides techniques.

Le Conseil d'État est à se demander dans laquelle des trois catégories visées (actes essentiels de la vie, aides et soins dans le domaine des activités d'appui à l'indépendance, aides techniques) se situent les activités d'assistance à l'entretien du ménage ? Il comprend que la fourniture de matériel d'incontinence et les adaptations du logement ainsi que la formation pour les aides techniques peuvent rentrer dans la catégorie des

« aides techniques » au sens large. Dans quelle mesure l'entretien du ménage relève-t-il des actes essentiels de la vie ou des aides et soins dans le domaine des activités d'appui à l'indépendance ou des aides techniques ? Le Conseil d'État renvoie à ses considérations générales concernant la prise en charge par l'intermédiaire de l'assurance dépendance des activités liées à l'entretien du ménage. Il demande par ailleurs aux auteurs de définir clairement, le cas échéant, la nature de ces activités dans le cadre des trois catégories visées au paragraphe 1^{er} de l'article 350 afin de combler toute lacune éventuelle au niveau de la prise en charge y relative, ou alors d'ajouter une quatrième catégorie concernant les activités pour l'assistance à l'entretien du ménage à l'endroit du paragraphe 1^{er} de l'article 350.

Au paragraphe 7 de l'article 350, il est prévu que l'Autorité d'évaluation et de contrôle des prestations de l'assurance dépendance évalue les capacités et les disponibilités de l'aidant pour fournir les aides et soins dans les domaines des actes essentiels de la vie ainsi que ses besoins d'encadrement et de formation. Un règlement grand-ducal devra préciser les critères et les modalités d'évaluation de l'aidant. La santé étant, en ce qui concerne ses principes, une matière réservée à la loi, les règlements en exécution d'une disposition législative ne peuvent être pris que selon les dispositions de l'article 32(3) de la Constitution.

Or, selon l'article 32(3) dans sa teneur issue de la loi de révision constitutionnelle du 18 octobre 2016, « [d]ans les matières réservées à la loi par la Constitution, le Grand-Duc ne peut prendre des règlements et arrêtés qu'en vertu d'une disposition légale particulière qui fixe l'objectif des mesures d'exécution et le cas échéant les conditions auxquelles elles sont soumises ».

La volonté du Constituant, telle qu'elle ressort du rapport de la Commission des institutions et de la révision constitutionnelle du 29 juin 2016, a été de sauvegarder « les compétences de la Chambre des Députés par rapport au pouvoir exécutif » et d'exclure l'adoption de simples lois cadre fixant quelques grands principes et abandonnant l'essentiel des règles de fond et de forme aux règlements d'exécution élaborés par le Gouvernement ».

Par contre, dès lors que dans une matière réservée à la loi « les principes et les points essentiels [restent] du domaine de la loi », « les mesures d'exécution, c'est-à-dire des éléments plus techniques et de détail » peuvent être « du domaine du pouvoir réglementaire ». À cet effet, l'article 32(3) de la Constitution exige le renvoi au règlement grand-ducal par « une disposition légale particulière ». Il requiert encore que cette disposition « fixe l'objectif des mesures » qu'il qualifie « d'exécution ». Si le Conseil d'État applique ces critères, il relève que le texte sous examen constitue une disposition légale particulière qui renvoie à un règlement grand-ducal. Cette disposition légale fixe l'objectif de la mesure réglementaire qui est de préciser les critères et les modalités d'évaluation de l'aidant.

Reste la question de savoir s'il s'agit d'une mesure d'exécution de la loi qui contient les principes et les points essentiels. À cet égard, le Conseil d'État note que la loi en projet ne contient aucune indication sur les critères encadrant l'évaluation de l'aidant dont certains sont cependant évoqués au commentaire des articles. En effet, les auteurs du projet de loi y relèvent que le règlement grand-ducal portera « sur une série de critères objectifs d'éligibilité encadrant l'évaluation des connaissances et de la disponibilité

de l'aidant, tels que notamment la proximité géographique ou l'absence de dispositions physiques ou psychiques rendant impossible une prise en charge de qualité de la personne dépendante. Ces critères permettent de s'assurer de la qualité des aides et soins fournis et s'inscrivent dans une démarche globale de prévention de la maltraitance des personnes âgées et fragilisées ».

Au vu de l'absence de critères encadrant l'évaluation de l'aidant, le Conseil d'État doit s'opposer formellement à ce qu'il soit renvoyé à un règlement grand-ducal pour préciser les critères et les modalités d'évaluation. Il exige de prévoir les principes et points essentiels concernant les critères et modalités d'évaluation, ainsi que les conséquences éventuelles d'une telle évaluation dans la loi en projet. Les auteurs pourront s'inspirer des critères qu'ils évoquent au commentaire des articles.

Concernant le concept d'évaluation de l'aidant, le Conseil d'État se demande encore quelles sont les conséquences qui peuvent résulter de cette évaluation. Est-ce que la personne librement choisie par la personne dépendante pour l'aider de façon informelle dans son maintien à domicile peut se voir refuser le droit de prêter les aides et soins ? Dans quelle mesure cet aidant peut-il être contraint à se faire encadrer et à avoir recours à des formations supplémentaires ? La personne dépendante peut-elle se voir refuser l'octroi des aides informelles voire même se voir octroyer un réseau d'aides et de soins qui se substituera à une aide librement choisie par la personne concernée ?

Par ailleurs, le Conseil d'État suggère d'orienter le libellé vers une approche plus constructive en insérant des possibilités de formation et de conseil aux aidants qui en font la demande, ce d'autant plus qu'au paragraphe 5 le législateur entend accorder du répit à l'aidant, alors qu'une évaluation éventuellement restrictive lui infligerait une pression qui, le cas échéant, l'amènerait à renoncer à son engagement personnel dans l'encadrement de la personne dépendante.

Concernant la fiche de renseignement mentionnée au paragraphe 7 de l'article 350, le Conseil d'État se demande si elle ne doit pas également faire partie intégrante des dispositions du règlement grand-ducal visé.

Le paragraphe 8 de l'article 350 prévoit l'établissement d'une synthèse de prise en charge détaillant les prestations requises conformément aux paragraphes 1^{er} à 6, ainsi que, le cas échéant, la répartition de l'exécution des prestations entre l'aidant et les prestataires professionnels. Dans cette répartition n'interviennent que les aides et soins pour les actes essentiels de la vie ou les activités d'assistance à l'entretien du ménage. Le Conseil d'État estime que la dernière phrase de ce paragraphe est superfétatoire. En effet, lors d'un des contrôles ou lors de la réévaluation prévus, il est toujours possible de changer la répartition et ceci évidemment dans l'intérêt de la personne dépendante. Si les auteurs estiment que cette phrase doit être maintenue, il faudra, afin d'être exhaustif, également prévoir que la personne dépendante ou son entourage peuvent demander la modification de cette répartition.

Au paragraphe 9 de l'article 350, il est prévu qu'un règlement grand-ducal définisse l'outil d'évaluation et de détermination des prestations de l'assurance dépendance, le relevé type, le référentiel des aides et soins, le formulaire type pour la synthèse, ainsi que la définition de différentes

pathologies et situations cliniques prises en charge de manière forfaitaire. Dans la liste des documents techniques, que le règlement grand-ducal est censé définir, ne figurent ni le relevé des aides techniques ni le rapport médical du médecin traitant mentionnés au point 3 concernant l'article 350. S'il est concevable que le rapport médical soit établi conformément aux usages de la profession médicale, le Conseil d'État suggère aux auteurs du projet de loi de prévoir l'établissement du relevé des aides techniques par le même règlement grand-ducal qui établit, entre autres, le référentiel des aides et soins. Le Conseil d'État marque son accord audit règlement grand-ducal, étant donné que l'article en projet lui servant de base légale répond aux impératifs tels qu'ils découlent de l'article 32(3) de la Constitution.

Le paragraphe 10 concerne encore l'article 350 et prévoit que la personne bénéficiaire de soins palliatifs a également droit aux prestations de l'assurance dépendance. Le Conseil d'État peut se déclarer d'accord avec le règlement grand-ducal prévu à cet endroit dans la mesure où s'agit de reléguer à ce règlement grand-ducal les détails de la procédure à respecter pour demander l'ouverture matérielle du droit aux prestations par l'assurance dépendance.

Point 4

Concernant la dernière phrase de l'alinéa 2 nouveau ajouté à l'article 351, le Conseil d'État considère qu'une demande irrecevable ne peut pas en plus faire l'objet d'un rejet et propose aux auteurs le libellé suivant :

« Les décisions d'irrecevabilité ne sont pas susceptibles de recours. »

Point 5

Sans observation.

Point 6

Par ce point, l'article 353 du Code de la sécurité sociale est remplacé intégralement. Il s'agit en particulier de définir des forfaits pour la prise en charge des prestations en actes essentiels de la vie à fournir par un réseau d'aides et de soins dans le cadre d'un maintien à domicile. Ces forfaits sont définis par rapport au temps accordé suite à la procédure d'évaluation dans le plan de prise en charge au niveau des actes essentiels de la vie.

Par ailleurs, il y est disposé que le prestataire de ces soins ne peut pas procéder à une facturation des actes essentiels de la vie à la personne dépendante. Le Conseil d'État se demande si cette interdiction de facturation concerne uniquement les prestations prises en charge par l'assurance dépendance selon la synthèse de prise en charge ? Dans l'affirmative, il propose d'écrire « à une facturation à la personne dépendante des actes essentiels de la vie tels qu'arrêtés dans la synthèse de prise en charge ». Dans la négative, le Conseil d'État a du mal à saisir la raison d'une telle interdiction de facturation. En effet, la personne dépendante doit pouvoir librement choisir des prestations en sus du plan de prise en charge arrêté par l'Autorité d'évaluation et de contrôle des prestations de l'assurance dépendance, à condition d'en supporter elle-même la charge. Une interdiction de facturation de ces prestations supplémentaires constituerait une entrave à la liberté du commerce qui selon l'article 11(6) de la Constitution ne peut être restreinte que par la loi, et de

façon proportionnée au but poursuivi. À défaut pour les auteurs d'apporter les éléments justifiant une telle entrave, le Conseil d'État doit réserver sa position quant à la dispense du second vote.

Le paragraphe 2 de l'article 353 précité concerne la durée maximale des activités de garde individuelle à domicile ainsi que des activités de garde en groupe en centre semi-stationnaire. À domicile, l'activité de garde est prise en charge à raison de sept heures par semaine et, pour des raisons exceptionnelles, elle peut être portée à quatorze heures par semaine, alors qu'en centre semi-stationnaire l'activité de garde est prise en charge pour une durée maximale de quarante heures par semaine. Le Conseil d'État estime qu'à domicile une durée maximale de quatorze heures peut constituer une entrave à un maintien à domicile, étant donné qu'une personne dépendante peut nécessiter des gardes beaucoup plus longues en fonction de son état de santé.

Concernant le paragraphe 3, qui dispose que la formation de l'aidant est prise en charge à raison de six heures par an, le Conseil d'État estime que le plafond fixé pour la durée de la formation de l'aidant peut, le cas échéant, ne pas être suffisant. Il suggère aux auteurs du projet de loi de prévoir la possibilité de déroger à ce plafond sur base d'une nécessité établie par l'Autorité d'évaluation et de contrôle des prestations de l'assurance dépendance.

L'alinéa 2 du paragraphe 3 prévoit, dans le cadre du maintien à domicile, la prise en charge forfaitaire des activités d'assistance à l'entretien du ménage à raison de trois heures par semaine. Le Conseil d'État renvoie aux considérations générales pour ce qui est de l'opportunité d'une prise en charge uniforme non circonstanciée des activités d'assistance à l'entretien du ménage. Par ailleurs, il se demande pour quelle raison les auteurs prévoient l'insertion de la prise en charge des activités d'assistance à l'entretien du ménage ainsi que la prise en charge de la formation offerte à l'aidant informel dans un même paragraphe. Ceci pourrait signifier que la prise en charge forfaitaire des activités d'entretien du ménage ne concerne que l'activité effectuée par l'aidant. Si tel est le cas, le Conseil d'État insiste à ce que le libellé soit formellement adapté en ce sens. Dans la négative, il y a lieu de prévoir l'insertion de cette prise en charge dans un paragraphe y consacré et de distinguer, le cas échéant, les différences éventuelles de prise en charge de ces activités d'entretien selon qu'elles sont effectuées par un aidant informel ou par un prestataire de l'assurance dépendance.

Point 7

Sans observation.

Point 8

Ce point concerne l'article 355 du Code de la sécurité sociale qui prévoit la prise en compte dans le cadre de l'assurance pension des périodes de soins pendant lesquelles un aidant apporte des soins à une personne dépendante de son entourage. Pour l'aidant informel faisant partie de l'entourage de la personne dépendante, ces cotisations sont calculées sur base du salaire social minimum à plein temps pour les forfaits 6 à 10 (participation de l'aidant pour plus de 5 heures par semaine), à mi-temps pour les forfaits 1 à 5 (participation de l'aidant pour moins de 5 heures par semaine). Pour l'aidant occupé contre rémunération par la personne

dépendante, les cotisations sont prises en charge au prorata des heures effectivement prestées. Le Conseil d'État estime que cette disposition crée une disparité au niveau du traitement des aidants. En effet, un aidant informel intervenant pour cinq heures par semaine au niveau des soins à apporter à la personne dépendante bénéficie de la prise en charge des cotisations pour l'assurance pension au même montant que celles prises en charge pour un aidant occupé contre rémunération à mi-temps, celui-ci intervenant éventuellement pour plus d'heures au niveau des soins à apporter à la personne dépendante l'ayant engagé. À défaut d'explications supplémentaires de la part des auteurs montrant que la différence alléguée est proportionnée et justifiée par rapport au but poursuivi, le Conseil d'État doit réserver sa position quant à la dispense du second vote constitutionnel. Par ailleurs, il est disposé que ne peuvent être prises en charge que les cotisations pour un seul aidant. Même si cette disposition figure déjà dans le libellé actuel du paragraphe 2 de l'article 355 du Code de la sécurité sociale, le Conseil d'État attire l'attention des auteurs sur les situations dans lesquelles l'intervention de plus d'un aidant est nécessaire afin de garantir le maintien à domicile d'une personne dépendante.

La disposition de prise en charge des cotisations semble rejoindre le souci du législateur lorsqu'il a introduit la prise en charge des cotisations du parent s'adonnant à l'éducation de son enfant. Or, cette prise en charge au niveau de l'éducation d'un enfant se fait de façon à parfaire la différence de rémunération due à l'abandon du poste de travail ou à la réduction du temps de travail. Ainsi l'assuré ne subit pas d'effets négatifs sur le calcul de sa carrière cotisable suite à sa décision de réduire son temps de travail ou d'abandonner son poste pour l'éducation d'un enfant. Au niveau de l'assurance dépendance, le revenu cotisable n'est pas pris en considération et aucune enquête sur l'abandon du poste de travail ou la réduction du temps de travail n'est effectuée. Comme la base cotisable s'élève au maximum au montant du salaire social minimum, la mesure proposée n'a qu'un effet tout à fait marginal dans la carrière d'un assuré type qui décide de consacrer une partie de son temps aux soins d'un proche. Telle qu'elle est agencée, la disposition n'apporte des avantages substantiels qu'aux assurés dont le salaire moyen de toute la carrière d'assurance est proche du salaire social minimum et qui arrêtent intégralement leur activité professionnelle pour s'adonner, à titre principal, à l'encadrement de la personne dépendante. En effet, pour ces aidants informels les cotisations prises en charge par l'assurance dépendance évitent des effets négatifs sur la carrière cotisable aussi bien au niveau des cotisations qu'au niveau des années à parfaire pour remplir les conditions d'octroi d'une pension de vieillesse.

Point 9

Au paragraphe 1^{er} de l'article 356, qui fait l'objet des dispositions du point 9, un règlement grand-ducal est censé déterminer, dans le cadre du maintien à domicile, les limites, les conditions et les modalités de l'intervention de l'assurance dépendance qui « peut » être forfaitaire. L'intervention concerne les adaptations du logement, les aides techniques et la formation y relative ainsi que le matériel d'incontinence. L'utilisation du verbe « pouvoir » est à éviter dans le sens où elle ne revêt pas de caractère normatif. Si le règlement est censé déterminer les modalités de la prise en charge des frais liés aux aides visées, il est tout à fait concevable que l'intervention financière de l'assurance dépendance soit forfaitaire, sans que le libellé de l'article reléguant la fixation des modalités à un règlement

grand-ducal ait besoin de préciser qu'elle l'est. Le Conseil d'État demande donc de supprimer le bout de phrase « qui peut être forfaitaire ».

Le règlement grand-ducal prévu au paragraphe 1^{er} est donc censé déterminer les limites de l'intervention de l'assurance dépendance au niveau des adaptations du logement, des aides techniques et de la formation y relative ainsi que du matériel d'incontinence. Or, au paragraphe 2, le libellé dresse un cadre pour l'intervention de l'assurance dépendance au niveau des adaptations du logement. Un règlement grand-ducal est censé fixer les modalités et limites de la prise en charge des adaptations du logement. Le paragraphe 3 dresse le cadre pour la prise en charge des aides techniques, alors que le paragraphe 4 prévoit la prise en charge forfaitaire du matériel d'incontinence. Afin d'éviter toute redondance et incohérence éventuelles, le Conseil d'État suggère aux auteurs d'agencer les alinéas et paragraphes de sorte à faire figurer le renvoi à un règlement grand-ducal pour déterminer les limites de l'intervention de l'assurance dépendance à la fin des dispositions relatives au cadrage de la prise en charge des éléments visés. Il y a donc lieu de supprimer le renvoi à un règlement grand-ducal au paragraphe 1^{er}.

Par ailleurs, au paragraphe 4, le Conseil d'État se demande si les termes « fixé par règlement grand-ducal » se rapportent au matériel d'incontinence ? Dans l'affirmative, la « fixation » des caractéristiques de ce matériel figurera également dans le règlement grand-ducal censé donner les précisions et éléments techniques relatifs au cadre de prise en charge dressé par les paragraphes 1^{er} à 4.

Point 10

Pour la prise en charge des prestations fournies dans le cadre du milieu stationnaire, ce point définit, en donnant une nouvelle teneur à l'article 357 du Code de la sécurité sociale, des forfaits de prise en charge pour la durée des prestations au niveau des actes essentiels de la vie. En ce qui concerne l'interdiction de facturer directement au bénéficiaire des prestations au niveau des actes essentiels de la vie, le Conseil d'État renvoie à ses observations faites à l'endroit du point 6.

Point 11

Sans observation.

Point 12

Le Conseil d'État suggère de remplacer les termes « par suite » par l'expression « à la suite ».

Points 13 à 21

Sans observation.

Point 22

Le Conseil d'État renvoie aux considérations générales pour ce qui concerne la désignation de l'administration chargée des missions d'évaluation, de contrôle et de conseil dans le cadre de l'assurance dépendance. Ces trois missions sont explicitées davantage dans les trois

points suivants concernant respectivement les articles 384, 384*bis* et 384*ter* du Code de la sécurité sociale.

Points 23 à 26

Sans observation.

Point 27

Au point b) modifiant l'alinéa 1^{er} de l'article 386, les auteurs prévoient que l'Autorité d'évaluation et de contrôle des prestations de l'assurance dépendance peut requérir le dossier de soins visé à l'article 60*bis* du Code de la sécurité sociale.

Cette disposition donne à cette administration un accès illimité au dossier du patient, risquant d'aller au-delà de ce qui est nécessaire pour assurer le recueil des informations requises pour évaluer les besoins du demandeur, informations qui ne ressortiraient pas du rapport médical du médecin traitant qui est à la base de l'évaluation du patient, et qui ne pourraient pas être obtenues par un échange direct avec ce médecin.

Le Conseil d'État attire l'attention sur le fait que, dans la loi en vigueur, les données concernées par l'article 60*bis* ne sont accessibles qu'au médecin référent et à tout autre médecin désigné par l'assuré ainsi qu'au Contrôle médical. Cette disposition doit être lue conjointement avec les dispositions de la loi du 24 juillet 2014 relative aux droits et obligations du patient, notamment son article 18, paragraphe 2, concernant les échanges d'informations relatives à un patient. Il y est prévu que « [d]eux ou plusieurs professionnels de la santé peuvent, sauf opposition du patient dûment averti, échanger des informations relatives à une même personne prise en charge, afin d'assurer la continuité des soins ou de déterminer la meilleure prise en charge possible. Lorsque la personne est prise en charge par une équipe de soins dans un établissement hospitalier ou toute autre personne morale ou entité au sein duquel des soins de santé sont légalement prestés, les informations la concernant sont réputées confiées par le malade à l'ensemble de l'équipe. Le patient, dûment informé, peut refuser à tout moment que soient communiquées des informations le concernant à un ou plusieurs professionnels de santé. Le professionnel de santé qui est à l'origine de la prestation garde toutefois toujours un accès aux éléments du dossier en rapport avec sa prestation ».

Le Conseil d'État estime dès lors que l'accès aux données visées à l'article 60*bis* doit donc être réservé aux professionnels de la santé et ne peut se faire qu'à condition que le patient ait été dûment informé et n'ait pas refusé la communication des informations le concernant.

Le Conseil d'État s'oppose formellement au texte en projet, dans la formulation proposée, pour non-respect de l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales qui consacre le droit au respect de la vie privée et familiale. Le respect de la vie privée et familiale n'est pas donné si le dossier de soins est transmis, à l'insu du patient, à l'Autorité d'évaluation et de contrôle des prestations de l'assurance dépendance. Le libellé doit être reformulé de sorte à restreindre l'accès aux données visées à l'article 60*bis* dans le cadre de l'assurance dépendance aux seuls professionnels de santé engagés auprès de l'Autorité

d'évaluation et de contrôle des prestations de l'assurance dépendance après en avoir au préalable dûment informé l'assuré concerné.

Par ailleurs et s'il est dans l'intention des auteurs d'obliger les détenteurs des données à prévoir leur accessibilité par des moyens informatiques, le libellé doit être reformulé de sorte à indiquer clairement que l'accès à ces données doit pouvoir se faire par des moyens informatiques. Concernant l'article 60*bis*, il s'agit des données détenues par des prestataires du système de santé, alors que l'article 387*bis* concerne les données spécifiques gérées par les prestataires de l'assurance dépendance. Les libellés des deux articles visés ne prévoient pas d'obligation de constitution des fichiers sous forme informatique.

Point 28

Sans observation.

Point 29

L'article 387*bis*, qui fait l'objet des dispositions du point 29, concerne la mise en place réglementaire de normes et d'indicateurs de qualité à l'égard des prestataires de l'assurance dépendance. La détermination des normes concernant la dotation et la qualification du personnel ainsi que les modalités et le contenu de la documentation de la prise en charge et les indicateurs de qualité font l'objet d'un règlement grand-ducal.

Selon l'article 32(3) dans sa teneur issue de la loi de révision constitutionnelle du 18 octobre 2016, « [d]ans les matières réservées à la loi par la Constitution, le Grand-Duc ne peut prendre des règlements et arrêtés qu'en vertu d'une disposition légale particulière qui fixe l'objectif des mesures d'exécution et le cas échéant les conditions auxquelles elles sont soumises ». Le règlement grand-ducal auquel il est renvoyé à l'article 387*bis* précité, détermine les normes concernant la dotation et la qualification du personnel, les modalités et le contenu de la documentation de la prise en charge ainsi que les indicateurs de qualité, et fixe donc ainsi l'objectif des mesures qu'il est censé déterminer. Reste la question de savoir s'il s'agit d'une mesure d'exécution de la loi qui contient les principes et les points essentiels. À cet égard, le Conseil d'État note que la loi en projet ne contient aucune indication sur les critères à la base de la détermination des paramètres visés, sauf l'indication qu'il y a lieu de demander l'avis de la Commission consultative. Le Conseil d'État considère donc que la loi renvoie certes à un règlement grand-ducal comme mesure d'exécution particulière de la loi, mais ne contient pas les principes et points essentiels qui régissent la détermination des normes visées. Il doit donc s'opposer formellement au libellé proposé pour non-respect des exigences de l'article 32(3) de la Constitution.

Points 30 à 38

Sans observation.

Point 39

Ce point concerne l'article 395 du Code de la sécurité sociale lequel est censé déterminer le calcul du montant des prestations à payer aux prestataires. À l'endroit du paragraphe 2 de l'article 395, un règlement

grand-ducal détermine les critères et la procédure de négociation des valeurs monétaires, la Commission consultative demandée en son avis. Les paragraphes 1^{er} et 2 encadrent la fixation des valeurs monétaires en statuant qu'elles sont fixées séparément pour les différentes sortes de prestataires et qu'il est procédé à la refixation tous les deux ans suite à des négociations avec le ou les groupements professionnels des prestataires visés. Le règlement grand-ducal a comme objectif de déterminer les critères et la procédure de négociation des valeurs monétaires. Au paragraphe 3, il est précisé que ces valeurs monétaires sont pondérées en fonction des coefficients de qualification du personnel ainsi que des coefficients d'encadrement du groupe fixés par le règlement grand-ducal visé à l'article 387bis. Au paragraphe 4 sont énumérés les documents que chaque prestataire doit remettre à l'organisme gestionnaire. Si les critères à déterminer par le règlement grand-ducal ne concernent que la qualification du personnel, le Conseil d'État estime que le règlement grand-ducal répond aux exigences de l'article 32(3) dans le sens où il constitue une mesure d'exécution d'une disposition légale contenant les principes et points essentiels. Si par contre les documents à remettre à l'organisme gestionnaire servaient de base au calcul des valeurs monétaires en ayant recours à d'autres critères que celui de la qualification du personnel, le Conseil d'État devrait s'opposer formellement, pour non-respect des dispositions de l'article 32(3) de la Constitution, à la détermination par un règlement grand-ducal des critères de négociation des valeurs monétaires. À défaut de précisions complémentaires fournies par les auteurs du projet de loi à ce sujet, le Conseil d'État se doit de réserver sa position quant à la dispense du second vote constitutionnel. Le Conseil d'État propose une précision de la disposition sous examen accréditant la première lecture.

Par ailleurs, le Conseil d'État ne voit pas d'utilité à demander la fourniture des documents relatifs aux deux années précédentes. En effet, comme cette remise se fait annuellement, il n'y a lieu que de prévoir la fourniture des données de l'année écoulée, celles de l'année précédente ayant déjà été remises.

Par ailleurs en ce qui concerne le renvoi au règlement grand-ducal visé à l'article 387bis figurant *in fine* au paragraphe 3 de l'article 395 qui fait l'objet du point 39 sous avis, le Conseil d'État renvoie aux observations qu'il a formulées à l'endroit du point 27 b) de l'article 1^{er} qui propose d'élargir l'accès à des données médicales personnelles d'un patient à l'Autorité d'évaluation et de contrôle des prestations de l'assurance dépendance. En attendant que le libellé soit modifié dans le sens y évoqué, le Conseil d'État réserve sa position quant à la formulation d'une opposition formelle.

Point 40

Par ce point est introduit un article 395bis au Code de la sécurité sociale. Cet article concerne un ajustement éventuel des forfaits fixés aux articles 353 et 357 dudit code. Le Conseil d'État comprend qu'il s'agit de déterminer un facteur d'ajustement unique pour l'ensemble des forfaits fixés. Cependant, le calcul de ce forfait n'est pas explicité davantage sauf l'indication qu'il est établi sur base d'un certain nombre de paramètres encadrant l'assurance dépendance. À cet égard, le Conseil d'État se doit d'attirer l'attention des auteurs sur le fait que le législateur est libre de fixer les forfaits et qu'il lui appartient donc de décider de l'opportunité d'une telle refixation. Un rapport peut toujours indiquer l'évolution des paramètres

influant sur le coût de l'assurance dépendance et déterminant la durée moyenne de soins en actes essentiels de la vie en fonction de l'âge voire d'autres paramètres, mais le fait d'en faire découler une nécessité d'adapter les forfaits visés n'a aucune portée normative. Chaque gouvernement a la faculté de proposer à tout moment un projet de loi, tout en restant tributaire des ressources financières disponibles.

Article 2

Concernant le point 1, le Conseil d'État renvoie à l'opposition formelle qu'il a formulée à l'endroit du point 27 b) de l'article 1^{er} en ce qui concerne l'accès à des données médicales personnelles d'un patient eu égard aux dispositions de la loi précitée du 24 juillet 2014 et qu'il réitère, par conséquent, à l'égard de la disposition sous avis.

Article 3

Sans observation.

Article 4

Sans observation.

Article 5

Sans observation.

Article 6

Pour des raisons de sécurité juridique, il s'avère indispensable de prévoir une disposition expresse, indiquant que dans tous les textes en vigueur ou dans certains actes, qu'il s'agit d'énoncer avec précision, la référence à l'ancienne dénomination s'entend comme référence à la nouvelle. Partant, l'article sous examen devrait prendre la teneur suivante :

« **Art. 6.** Dans tous les textes de loi et de règlement, la référence à la Cellule d'évaluation et d'orientation, s'entend comme référence à l'Administration de l'assurance dépendance ».

Article 7

Sans observation.

Articles 8 à 12

Compte tenu du déroulement de la procédure législative, il y a lieu d'adapter les dates insérées aux articles 8 à 12, en évitant le recours à la rétroactivité. En effet, à défaut de disposition expresse contraire, les normes juridiques ne disposent que pour l'avenir. Le recours à la rétroactivité ne présente aucun inconvénient tant qu'il s'agit d'introduire avec effet antérieur des mesures qui touchent favorablement des situations juridiques valablement acquises et consolidées sous la loi ancienne, à condition de ne pas heurter des droits de tiers. Du moment, toutefois, où il est porté atteinte à ces situations ou droits, la rétroactivité constitue une entorse au principe de la sécurité juridique et au principe de la confiance légitime des administrés à l'égard des pouvoirs publics.

En ce qui concerne la dérogation relative à l'article 350 prévue à l'article 12, le Conseil d'État comprend à la lecture combinée des articles 9 et 12 que l'évaluation de l'état de dépendance et la prise en charge des prestations de l'assurance dépendance se fera d'après les dispositions en vigueur au 31 décembre 2016 et ce jusqu'à l'échéance du 1^{er} juillet 2017. Ainsi, la conversion des durées fixées dans le plan de prise en charge en forfaits de prise en charge ne s'applique qu'à partir du 1^{er} juillet 2017.

Observations d'ordre légistique

Observation générale

Si les auteurs donnent suite à la proposition du Conseil d'État de renommer la nouvelle administration que le projet de loi vise à créer, il y a lieu de remplacer à travers tout le texte en projet l'expression « Autorité d'évaluation et de contrôle des prestations de l'assurance dépendance » par les termes « Administration de l'assurance dépendance ».

Intitulé

Le projet de loi sous examen ne comporte pas de dispositions autonomes, et ne contient que des dispositions modificatives et transitoires. Il y a dès lors lieu de faire abstraction de l'indication « portant réforme de l'assurance dépendance » et de reformuler l'intitulé comme suit : «

Projet de loi portant modification

1. du Code de la sécurité sociale ;
2. de la loi modifiée du 15 décembre 1993 déterminant le cadre du personnel des administrations, des services et des juridictions de la sécurité sociale ;
3. de la loi modifiée du 25 mars 2015 fixant le régime des traitements et les conditions et modalités d'avancement des fonctionnaires de l'État ».

En outre, le Conseil d'État attire l'attention des auteurs du projet de loi sur le fait que l'intitulé figurant sur le document de saisine, et celui résultant du document parlementaire n° 7014 ne sont pas identiques.

Il est indiqué d'écrire :

« loi modifiée du 15 décembre 1993 déterminant le cadre du personnel des administrations, des services et des juridictions de la sécurité sociale ».

Quant à la présentation du dispositif du projet de loi sous examen, le Conseil d'État note que l'article 1^{er} modifie le livre V du Code de la sécurité sociale, et l'article 2 le livre I^{er} dudit code. Afin de présenter de façon chronologique les modifications à apporter au Code de la sécurité sociale, il est proposé d'intervertir les articles 1^{er} et 2 du projet de loi.

Article 1^{er}

Point 17

Quant à l'emploi des temps, les textes sont en principe rédigés au présent et non au futur.

Point 16

En raison du caractère dynamique des références, les dispositions auxquelles il est renvoyé s'appliquent en tenant compte des modifications pouvant intervenir dans le futur, voire d'un éventuel remplacement de l'acte référé. Il est dès lors superfétatoire de modifier une référence dans un texte de loi ou de règlement lorsque l'acte référé est modifié ou remplacé.

Article 4

Point 1

À la lettre b), les alinéas 2, 3, 4, 5 et 6 du nouveau paragraphe 2 (ancien paragraphe 3) sont abrogés. Or, il y a lieu de relever que l'ancien paragraphe 3 ne compte que cinq alinéas.

Article 5

Vu que les modifications doivent s'intégrer harmonieusement dans le texte originel, en respectant le style et la terminologie, il y a lieu d'écrire « contrôle médical de la sécurité sociale » avec un « c » minuscule.

Article 7

Il convient de reformuler le début de la phrase introductive comme suit :

« Pour les bénéficiaires de l'assurance dépendance [...]. »

Article 11

Le projet de loi sous examen ne comporte que des dispositions modificatives et transitoires, et le recours à un intitulé abrégé est dès lors superfétatoire. L'article 11 du projet de loi sous examen peut donc être supprimé.

Ainsi délibéré en séance plénière, le 24 janvier 2017.

Le Secrétaire général,

s. Marc Besch

Le Président,

s. Georges Wivenes