

Projet de loi

portant réforme de l'assurance pension et modifiant:

1. le Code de la sécurité sociale;
2. la loi modifiée du 3 août 1998 instituant des régimes de pension spéciaux pour les fonctionnaires de l'Etat et des communes ainsi que pour les agents de la Société nationale des Chemins de fer luxembourgeois;
3. la loi modifiée du 26 mai 1954 réglant les pensions des fonctionnaires de l'Etat;
4. la loi modifiée du 7 août 1912 concernant la création d'une caisse de prévoyance pour les fonctionnaires et employés des communes et établissements publics;
5. le Code du travail.

Avis complémentaire du Conseil d'Etat

(20 novembre 2012)

Par une dépêche du Président de la Chambre des députés du 19 octobre 2012, le Conseil d'Etat fut saisi d'une série d'amendements au projet de loi sous rubrique, adoptés par la Commission de la santé et de la sécurité sociale.

Au texte des amendements étaient joints un commentaire des amendements et un nouveau texte coordonné du projet de loi.

Intitulé

Compte tenu des amendements adoptés par la commission parlementaire, l'intitulé du projet de loi a été adapté en conséquence. Le Conseil d'Etat n'a pas d'observations à faire.

Amendement 1

La commission parlementaire propose d'insérer un nouveau point 1 modifiant l'article 171, alinéa 1, point 7) du Code de la sécurité sociale (CSS) concernant la prise en compte de périodes d'éducation d'enfants comme périodes effectives d'assurance obligatoire.

Suite au remplacement du règlement (CEE) n° 1408/71 du Conseil, du 14 juin 1971, relatif à l'application des régimes de sécurité sociale aux travailleurs salariés, aux travailleurs non salariés et aux membres de leur famille qui se déplacent à l'intérieur de la Communauté, par le règlement (CE) n° 883/2004 du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 portant sur la coordination des systèmes de sécurité sociale et le règlement d'application (CE) n° 987/2009 du Parlement européen et du Conseil du 16 septembre 2009 fixant les modalités d'application du règlement (CE) n° 883/2004 portant sur la coordination des systèmes de sécurité sociale, la

disposition spécifique contenue dans l'annexe VI du règlement (CEE) n° 1408/71, qui prévoyait que la Caisse nationale d'assurance pension n'était tenue de mettre en compte des périodes d'assurance accomplies sous la législation de tout autre Etat membre que si l'intéressé avait accompli en dernier lieu des périodes d'assurance sous la législation luxembourgeoise, a été supprimée.

Désormais, l'article 44 du règlement (CE) n° 987/2009 introduisant des règles spécifiques concernant la prise en compte des périodes d'éducation d'enfants est applicable.

Le paragraphe 2 dudit article ne contient pas de véritable règle de conflit de lois, mais renvoie aux règles de conflit de lois contenues dans le titre II du règlement n° 883/2004, et sa mise en œuvre suppose, comme l'a souligné l'avocat général Niilo Jääskinen dans ses conclusions dans l'affaire C-522/10¹, « que les périodes d'éducation d'enfants ne [sont] pas prises en compte en application de la législation de l'Etat membre qui est compétent en vertu du titre II du règlement n° 883/2004. Ce texte a été inséré dans le nouveau dispositif de coordination des systèmes nationaux de sécurité sociale pour faire suite à la jurisprudence de la Cour issue en particulier des arrêts précités *Elsen* et *Kauer*. L'effet dudit article 44 est d'introduire une compétence qui n'est que subsidiaire, au profit d'un Etat membre qui n'est pas compétent en vertu des règles générales, afin de permettre la prise en compte de périodes d'éducation d'enfants, sous réserve que les conditions fixées par ledit article soient réunies ».

La commission parlementaire estime que l'article 44, paragraphes 2 et 3 ne s'applique pas au *baby year* puisqu'il a pour seul objet de lever la clause d'éducation dans l'Etat membre concerné pour l'Etat membre qui est compétent au début de la période d'éducation et qu'actuellement le texte légal ne comporte pas la condition que la période d'éducation correspondant au *baby year* doit se situer au Luxembourg. Elle propose donc de restreindre le *baby year* aux périodes d'éducation au Luxembourg afin de rendre applicable l'article 44, paragraphe 2 du règlement d'application. Comme la décision définitive concernant la mise en compte des périodes *baby year* ne pourra être prise qu'au moment de l'échéance du risque, le point 7 de l'alinéa 1 de l'article 171 est complété par l'ajout que la validation de la période se fait au moment de l'échéance du risque.

Le commentaire de l'amendement sous revue précise que « la modification proposée n'est pas contraire aux principes communautaires ».

A l'heure actuelle, il est difficile de se prononcer sur la conformité du texte proposé au droit de l'Union, et plus précisément sur sa conformité aux dispositions des règlements n°s 883/2004 et 987/2009 et aux libertés fondamentales découlant du droit primaire de l'Union européenne. En effet, les dispositions concernant la prise en compte d'une période d'éducation d'enfants, qui sont d'une complexité certaine, n'ont pas encore donné lieu à interprétation de la part de la Cour de Justice de l'Union européenne. Dans son arrêt du 19 juillet 2012 dans l'affaire « *Doris Reichel-Albert contre Deutsche Rentenversicherung Nordbayern* » (C-522/10), la Cour de Justice est venue à la conclusion que l'article 44 du règlement (CE) n° 987/2009

¹ affaire C-522/10, arrêt de la Cour du 19 juillet 2012

n'était pas applicable *ratione temporis*. Néanmoins, la Cour a souligné que les Etats membres doivent, dans l'exercice de leur compétence pour aménager leurs systèmes de sécurité sociale, respecter le droit de l'Union et notamment les dispositions du Traité relatives à la libre circulation des citoyens garantie à l'article 21 TFUE. Dans le contexte de l'affaire soumise à la Cour, l'exclusion de la prise en compte de périodes d'éducation d'enfants effectuées en dehors du territoire national prévue par la législation allemande a été déclarée contraire à l'article 21 TFUE.

Le Conseil d'Etat se demande si la condition que la période d'éducation correspondant au *baby year* doit se situer au Luxembourg ne pourrait pas engendrer une inégalité de traitement contraire aux principes qui sous-tendent le statut de citoyen de l'Union, à savoir la garantie d'un même traitement juridique dans l'exercice de sa liberté de circuler.

Amendement 2

Suite aux observations du Conseil d'Etat dans son avis du 3 juillet 2012 concernant la modification de l'article 172, alinéa 1, point 2 CSS et de l'article 4, alinéa 1, point 2 de la loi modifiée du 3 août 1998 instituant des régimes de pension spéciaux pour les fonctionnaires de l'Etat et des communes ainsi que pour les agents de la Société nationale des Chemins de fer luxembourgeois relative à la réduction de deux ans de la mise en compte des périodes de formation d'études ou de formation professionnelle non indemnisées, telle que proposée par le projet de loi initial, est abandonnée. Le Conseil d'Etat marque son approbation au maintien des dispositions actuelles.

Amendement 3

Sans observation.

Amendement 4

Dans son avis du 3 juillet 2012, le Conseil d'Etat avait critiqué le maintien des majorations échelonnées pour les périodes d'assurance continuée et d'assurance facultative dans la mesure où ces périodes servent plutôt à compléter la période de stage que le maintien des assurés dans la vie professionnelle. Il marque partant son accord à la suppression de la référence aux articles 173 et 173*bis* CSS.

Amendement 5

L'amendement proposé par la commission parlementaire a pour objet de porter l'augmentation progressive des majorations forfaitaires de 23,5% à 28% (et non pas à 26% comme prévu par le projet de loi initial) sur la période 2013-2052. Le Conseil d'Etat n'entend pas discuter ce choix éminemment politique. Il regrette toutefois que le coût de cette augmentation n'ait pas été chiffré. Indépendamment du niveau de la pension, il y a lieu de constater que toutes les pensions bénéficieront de cette augmentation, qu'elles aient été associées à un emploi pénible ou non. Par ailleurs, le Conseil d'Etat a du mal à concevoir le lien de cette mesure avec le principe de la solidarité intergénérationnelle, tel qu'invoqué dans le commentaire de l'amendement. Ce choix comportant une augmentation

pour un groupe ne devrait-il pas être compensé par le biais d'une réduction pour un autre groupe de la même génération plutôt que de grever les générations futures? En ce qui concerne le tableau reproduit à l'article 5, il y a lieu de redresser l'erreur matérielle à la rubrique « augmentation » par l'ajout du signe pourcent (%), puisque l'augmentation correspond à un pourcentage.

Amendement 6

Les auteurs du projet de loi initial avaient fixé la valorisation des pensions en cours à la date de la mise en vigueur de la future loi selon la méthode actuelle en matière d'ajustement des pensions afin de faire reconnaître les effets de l'ancienne législation sur les droits constitués sous son application. Le Conseil d'Etat note que c'est suite à la décision du Gouvernement de ne pas prendre en considération l'évolution des salaires des années 2010 et 2011 pour le premier ajustement à payer sous le nouveau régime et de neutraliser cette évolution pour l'avenir, que la commission parlementaire a pris l'initiative de modifier l'article 225 CSS.

La modification proposée prévoit que le facteur de revalorisation des pensions attribuées avant le 1^{er} janvier 2013 est fixé à 1,405, c'est-à-dire le facteur d'ajustement correspondant à l'exercice 2009, et applicable en 2012. Les pensions dont le début du droit se situe après le 31 décembre 2012 sont multipliées par le facteur de revalorisation de l'avant-dernière année précédant le début du droit à la pension, c'est-à-dire l'année 2011. De cette manière, le blocage de l'ajustement par la suppression de l'accroissement des salaires entre 2009 et 2011 n'affectera en définitive que les pensions dont le début du droit se situe avant le 1^{er} janvier 2013. Cette différenciation qui se traduira notamment au niveau des pensions minima suivant la date de leur attribution n'est nullement justifiée dans le commentaire de l'amendement sous revue.

Le Conseil d'Etat rappelle que, conformément à la jurisprudence de la Cour constitutionnelle, le principe d'égalité de traitement est compris comme interdisant le traitement de manière différente des situations similaires, à moins que les différenciations soient objectivement justifiées, adéquates et proportionnées à leur but. Faute de plus amples explications quant à l'institution de cette différenciation, il se verra dans l'impossibilité d'accorder la dispense du second vote constitutionnel.

Pour éviter toute inégalité entre les bénéficiaires d'une pension dont le début du droit se situe avant le 1^{er} janvier 2013 et ceux dont le début du droit se situe après le 31 décembre 2012, le Conseil d'Etat estime qu'il y aurait lieu d'appliquer le même facteur de revalorisation de sorte à faire correspondre le facteur d'ajustement à l'exercice 2009 dans les deux situations. Il pourrait d'ores et déjà marquer son accord à une telle approche.

Amendement 7

Suite à l'opposition formelle du Conseil d'Etat à l'égard de l'article 225*bis* CSS, la commission parlementaire plaide en premier lieu pour le maintien du texte gouvernemental et ne présente qu'à titre subsidiaire un texte amendé. Au vu des arguments avancés par la commission parlementaire, le Conseil d'Etat se doit de rappeler que le texte

gouvernemental diverge de l'actuel libellé de l'article 225, alinéa 4: en effet, actuellement, c'est le Gouvernement qui examine tous les deux ans s'il y a lieu de procéder ou non à la révision du facteur d'ajustement, et non pas l'Inspection générale de la sécurité sociale comme le prévoit le projet de loi. Ensuite, c'est le Gouvernement et non pas le ministre du ressort qui soumet un rapport à la Chambre des députés accompagné, le cas échéant, d'un projet de loi auquel, selon la procédure législative, sera joint un arrêté grand-ducal de dépôt. L'actuel libellé respecte donc la règle constitutionnelle de l'article 47 et le Conseil d'Etat pourra d'ores et déjà marquer son accord à un texte suivant de près le libellé de l'actuel article 225, alinéa 4.

Le Conseil d'Etat estime qu'il y a lieu de remplacer à l'alinéa 4 les termes « pour les années à venir » par ceux de « à partir de l'avant-dernière année » et à l'alinéa 5 l'expression « pour les années à venir » par les termes « pour les années subséquentes ».

Amendement 8

Le remplacement des termes « l'autorité de surveillance » par les termes « l'Inspection générale de la sécurité sociale » ne donne pas lieu à observation. Tout en renvoyant à ses observations sous l'amendement 7, le Conseil d'Etat insiste par ailleurs sur la réintroduction du terme « par loi spéciale », figurant actuellement à l'alinéa 5 de l'article 238. En effet, à la lecture du texte amendé, l'on pourrait croire que c'est l'IGSS qui serait compétente.

Amendement 9

Tout en maintenant ses observations formulées sous le point 23 de son avis du 3 juillet 2012, le Conseil d'Etat peut marquer en ordre subsidiaire son accord à la modification de l'article 241, alinéa 2, introduisant une limite de cinq ans. Le texte proposé ne précise pas si cette période de cinq ans doit être continue ou non. Par ailleurs, le Conseil d'Etat tient à rappeler qu'aux vœux de l'article 14, paragraphe 2 du règlement (CE) n° 883/2004, concernant l'assurance volontaire ou l'assurance facultative continuée, l'intéressé soumis en vertu de la législation d'un Etat membre à l'assurance obligatoire ne pourra pas être soumis dans un autre Etat membre à un régime d'assurance volontaire ou facultative continue. Seules les personnes non soumises à une assurance obligatoire dans un autre Etat membre pourront donc bénéficier de la dérogation prévue à l'article 241, alinéa 2.

Finalement, les termes « de référence » figurant à la première phrase et se référant au salaire social minimum sont à omettre.

Amendements 10 et 11

Les modifications prévues sous les amendements 10 et 11 constituent des « cavaliers législatifs » dans la mesure où ils sont dépourvus de lien direct avec le projet de loi initial. Le Conseil d'Etat réprovoque l'introduction de dispositions qui n'ont pas leur place dans le texte du projet de loi dont l'objet est la réforme du régime d'assurance pension. Cette démarche soustrait en pratique le texte modificatif à l'avis des chambres professionnelles qui devraient être consultées.

Quant au fond, le Conseil d'Etat n'a pas d'observation à faire.

Amendements 12 à 15

Le Conseil d'Etat renvoie à ses observations sous les amendements 1, 4, 5 et 6.

Amendement 16

Cet amendement modifie l'article 34 de la loi modifiée du 26 mai 1954 réglant les pensions des fonctionnaires de l'Etat et donne suite à une opposition formelle du Conseil d'Etat dans son avis du 3 juillet 2012 se basant sur le principe de l'égalité de l'article 10*bis* de la Constitution.

Le Conseil d'Etat approuve en principe cette modification. Il se doit cependant d'exprimer ses réticences par rapport au libellé lourd et illisible pour l'utilisateur du droit.

Amendement 17

Par cet amendement, la commission parlementaire apporte au régime de pension spécial transitoire des agents communaux les mêmes modifications que celles apportées au régime spécial transitoire des fonctionnaires d'Etat. Le Conseil d'Etat renvoie à ses observations sous l'amendement 16.

Amendements 18 et 19

Le Conseil d'Etat renvoie à ses observations formulées à l'endroit de l'amendement 6.

Ainsi délibéré en séance plénière, le 20 novembre 2012.

Le Secrétaire général,

s. Marc Besch

Le Président,

s. Victor Gillen