

Projet de règlement grand-ducal

modifiant le règlement grand-ducal modifié du 25 juin 2009 déterminant les conditions et modalités relatives 1. à la mise en compte des périodes prévues à l'article 4 et 2. à l'assurance continuée, l'assurance complémentaire, l'assurance facultative et l'achat rétroactif de périodes d'assurance prévus aux articles 5, 5bis et 6 de la loi modifiée du 3 août 1998 instituant des régimes de pension spéciaux pour les fonctionnaires de l'État et des communes ainsi que pour les agents de la Société nationale des Chemins de Fer luxembourgeois

Avis du Conseil d'État

(1^{er} avril 2022)

Par dépêche du 12 octobre 2021, le Premier ministre, ministre d'État, a soumis à l'avis du Conseil d'État le projet de règlement grand-ducal sous rubrique, élaboré par le ministre de la Fonction publique.

Au texte du projet de règlement grand-ducal étaient joints un exposé des motifs, un commentaire des articles, une fiche d'évaluation d'impact, une fiche financière ainsi que le texte coordonné du règlement grand-ducal modifié du 25 juin 2009 déterminant les conditions et modalités relatives 1. à la mise en compte des périodes prévues à l'article 4 et 2. à l'assurance continuée, l'assurance complémentaire, l'assurance facultative et l'achat rétroactif de périodes d'assurance prévus aux articles 5, 5bis et 6 de la loi modifiée du 3 août 1998 instituant des régimes de pension spéciaux pour les fonctionnaires de l'État et des communes ainsi que pour les agents de la Société nationale des Chemins de Fer luxembourgeois que le projet de règlement grand-ducal sous rubrique vise à modifier.

L'avis de la Chambre des fonctionnaires et employés publics a été communiqué au Conseil d'État par dépêche du 22 novembre 2021.

Considérations générales

Le projet de règlement grand-ducal sous revue apporte des modifications au règlement grand-ducal modifié du 25 juin 2009 déterminant les conditions et modalités relatives 1. à la mise en compte des périodes prévues à l'article 4 et 2. à l'assurance continuée, l'assurance complémentaire, l'assurance facultative et l'achat rétroactif de périodes d'assurance prévus aux articles 5, 5bis et 6 de la loi modifiée du 3 août 1998 instituant des régimes de pension spéciaux pour les fonctionnaires de l'État et des communes ainsi que pour les agents de la Société nationale des Chemins de Fer luxembourgeois dans le but d'aligner les conditions de l'assurance volontaire applicable aux agents du régime de pension spécial mis en place en 1998 dans le secteur public pour les fonctionnaires de l'État

recrutés après le 31 décembre 1998 sur celles de l'assurance volontaire applicable aux agents du régime de pension spécial transitoire, c'est-à-dire le régime de pension dont bénéficient les agents recrutés avant le 1^{er} janvier 1999, et aux agents du régime général qui s'applique aux ressortissants du secteur privé.

Selon l'exposé des motifs, les conditions de l'assurance volontaire ont été adaptées en 2013 pour les assurés du régime de pension spécial transitoire et les assurés du régime de pension général à travers une modification du règlement grand-ducal modifié du 5 mai 1999 concernant l'assurance continuée, l'assurance complémentaire, l'assurance facultative, l'achat rétroactif de périodes d'assurance et la restitution de cotisations remboursées dans le régime général d'assurance pension. Les modifications en question ont été effectuées à travers un règlement grand-ducal du 13 mars 2013¹ qui a été adopté selon la procédure d'urgence. Le projet de règlement sous avis vise ainsi à harmoniser les régimes de l'assurance volontaire pour l'ensemble des assurés à travers la transposition au régime de pension spécial régi par le règlement grand-ducal précité du 25 juin 2009 des modifications apportées en 2013 aux conditions applicables à l'assurance pension volontaire du régime de pension spécial transitoire et du régime de pension général.

Tout comme la Chambre des fonctionnaires et employés publics, le Conseil d'État note tout d'abord le retard avec lequel la mise en place complète du dispositif de l'assurance continuée, facultative ou complémentaire ou encore de la technique de l'achat rétroactif de périodes d'assurance pour les agents relevant du régime spécial et ensuite l'adaptation de ce dispositif à son évolution dans les autres régimes de pension, en l'occurrence le régime général et le régime spécial transitoire, ont été effectuées.

Pour les agents soumis au régime spécial transitoire, régime qui ne connaissait pas, au moment de sa création en 1998, la technique de l'assurance continuée, facultative ou complémentaire ou encore l'achat rétroactif de périodes d'assurance, la possibilité d'accéder à un tel dispositif a été introduite par l'article 8 de la loi du 28 juillet 2000 ayant pour objet la coordination des régimes légaux de pension et modifiant a) le Code des assurances sociales, b) la loi modifiée du 26 mai 1954 réglant les pensions des fonctionnaires de l'État, c) la loi du 3 août 1998 instituant des régimes de pension spéciaux pour les fonctionnaires de l'État et des communes ainsi que pour les agents de la Société nationale des Chemins de Fer luxembourgeois². Ce dispositif fut ensuite rapidement précisé par un règlement grand-ducal du 4 mai 2001³ modifiant le règlement grand-ducal précité du 5 mai 1999.

Pour les agents du secteur public recrutés après le 31 décembre 1998, qui dès lors tombent dans le champ d'application des nouveaux régimes spéciaux créés en 1998, le règlement grand-ducal précité du 25 juin 2009, qu'il est proposé de modifier en l'occurrence et qui règle les détails de l'assurance volontaire pour cette catégorie d'agents, n'a été pris qu'avec un

¹ Règlement grand-ducal du 13 mars 2013 modifiant le règlement grand-ducal modifié du 5 mai 1999 concernant l'assurance continuée, l'assurance complémentaire, l'assurance facultative, l'achat rétroactif de périodes d'assurance et la restitution de cotisations remboursées dans le régime général d'assurance pension (Mém. A - n° 53 du 22 mars 2013)

² Mém. A - n° 70 du 8 août 2000.

³ Règlement grand-ducal du 4 mai 2001 modifiant le règlement grand-ducal du 5 mai 1999 concernant l'assurance continuée, l'assurance facultative, l'achat rétroactif de périodes d'assurance et la restitution de cotisations remboursées dans le régime général d'assurance pension (Mém. A - n° 62 du 22 mai 2001).

retard de plus de dix ans par rapport à la loi précitée du 3 août 1998, loi qui a jeté les bases de l'assurance pension continuée, complémentaire ou facultative pour les agents concernés.

À travers le projet de règlement sous revue, l'adaptation du régime de l'assurance volontaire dans le chef des agents relevant des régimes transitoires aux évolutions qu'a connues ce régime en 2013 pour les agents du régime général et ceux du régime spécial transitoire, s'effectue également avec un retard substantiel qui en fin de compte dépassera neuf ans.

Le Conseil d'État, pour sa part, recommande de procéder à l'avenir à l'adaptation des dispositifs visés en parallèle pour l'ensemble des régimes de pension, et cela en vue d'éviter des distorsions entre les différentes catégories d'agents concernés, distorsions qui sont incompatibles avec le principe de l'égalité de traitement qui devrait prévaloir en l'occurrence.

Le fondement légal du projet de règlement sous avis n'est ensuite pas sans poser problème.

Le règlement grand-ducal précité du 25 juin 2009 qu'il s'agit de modifier tire sa base légale, d'après le préambule du projet de règlement grand-ducal soumis au Conseil d'État, des articles 4, 5, 5*bis* et 6 de la loi modifiée du 3 août 1998 instituant des régimes de pension spéciaux pour les fonctionnaires de l'État et des communes ainsi que pour les agents de la Société nationale des Chemins de Fer luxembourgeois.

Il y a lieu de noter que l'article 4 de la loi précitée du 3 août 1998 qui est invoqué à titre de fondement légal du projet de règlement sous avis renvoie à un règlement grand-ducal qui pourra préciser les « conditions et modalités relatives à la mise en compte des périodes prévues au présent article ». Il en va de même de la disposition correspondante du Code de la sécurité sociale (article 172). Ces deux dispositions datent respectivement de 1998 et de 1987.

Le Conseil d'État a eu l'occasion d'analyser une disposition comparable dans le cadre de l'examen du projet de loi n° 6461 instituant un régime de pension spécial transitoire pour les fonctionnaires de l'État et des communes ainsi que pour les agents de la Société nationale des Chemins de Fer luxembourgeois devenu la loi modifiée du 25 mars 2015 instituant un régime de pension spécial transitoire pour les fonctionnaires de l'État et des communes ainsi que pour les agents de la Société nationale des Chemins de Fer luxembourgeois⁴. Dans son avis du 21 janvier 2014⁵, le Conseil d'État s'est opposé formellement à la disposition définissant les périodes mises en compte pour la détermination de la pension qui était libellée comme suit : « Un règlement grand-ducal, pris sur avis du Conseil d'État, fixe les modalités d'exécution des dispositions de l'alinéa qui précède tout en précisant, le cas échéant, les conditions et limites pour la prise en considération des périodes d'assurance y visées ». Le Conseil d'État a ainsi relevé que « [é]tant donné que les pensions relèvent d'une matière réservée à la loi, selon les articles 103 et 11, paragraphe 5 de la Constitution, un règlement grand-ducal ne peut se concevoir que dans l'hypothèse de l'article 32(3) de la Constitution c'est-à-dire qu'aux fins, dans les conditions et suivant les modalités spécifiées par la

⁴ Mém. A – n° 59 du 31 mars 2015.

⁵ Avis du Conseil d'État n° 49.855 du 21 janvier 2014 relatif au projet de loi instituant un régime de pension spécial transitoire pour les fonctionnaires de l'État et des communes ainsi que pour les agents de la Société nationale des Chemins de Fer luxembourgeois.

loi. Il y a dès lors lieu, sous peine d'opposition formelle, de supprimer le bout de phrase « tout en précisant, le cas échéant, les conditions et limites pour la prise en considération des périodes d'assurance y visées ». Le libellé actuel risque d'aller au-delà des limites fixées par la Constitution au pouvoir exécutif, les conditions et limites devant être fixées par la loi ». En guise de réponse à l'opposition formelle du Conseil d'État, les auteurs du texte ont à l'époque supprimé la partie de phrase en question. Le texte actuellement en vigueur prévoit ainsi en son article 4, paragraphe 1^{er}, lettre a), point 4, dernier alinéa, qu'« [u]n règlement grand-ducal, pris sur avis du Conseil d'État, fixe les modalités d'exécution des dispositions de l'alinéa qui précède ».

La question se pose dès lors si l'article 4 de la loi précitée du 3 août 1998 en ce qu'il renvoie à un règlement pour préciser « [l]es conditions et modalités relatives à la mise en compte des périodes prévues au présent article » est conforme aux articles 11, paragraphe 5, 103 et 32, paragraphe 3, de la Constitution.

Même si l'article 4 précité mis en avant par les auteurs du projet de règlement grand-ducal ne semble en l'espèce pas constituer la base légale pertinente pour les modifications entreprises par le projet sous avis, qui ont trait plus spécifiquement à l'assurance volontaire et non pas à la mise en compte des périodes pour la détermination de la pension, il reste que les autres dispositions de la loi précitée du 3 août 1998 qui sont visées au préambule du projet de règlement grand-ducal et qui concernent directement l'assurance volontaire posent problème dans la même perspective que l'article 4 en raison du fait que la sécurité sociale relève d'une matière réservée à la loi dont les principes doivent être arrêtés par le législateur. Ou, pour le dire dans les termes de la jurisprudence de la Cour constitutionnelle : dans les matières réservées à la loi, « la Constitution réserve la détermination des éléments essentiels de ces droits à la loi, tandis que les éléments moins essentiels peuvent être relégués à des règlements et arrêtés pris par le Grand-Duc »⁶.

Il s'agit en l'occurrence des articles 5, *5bis* et 6 dont la formulation remonte, dans sa substance et sous réserve de quelques modifications mineures ultérieures, à la loi de coordination des régimes légaux de pension précitée du 28 juillet 2000, et qui renvoient à un règlement grand-ducal dans des termes comparables à ceux utilisés au niveau de l'article 4⁷.

Si certaines de formulations utilisées par les dispositions en question rentrent dans les limites du dispositif prévu par l'article 32, paragraphe 3, de la Constitution – il s'agit des dispositions qui chargent le pouvoir exécutif de préciser certaines conditions de l'assurance volontaire –, il en est autrement des formulations qui permettent au pouvoir exécutif de directement définir

⁶ Cour constitutionnelle, arrêts nos 132/18 et 133/18 du 2 mars 2018 (Mém. A – nos 196 et 197 du 20 mars 2018).

⁷ Loi modifiée du 3 août 1998 instituant des régimes de pension spéciaux pour les fonctionnaires de l'État et des communes ainsi que pour les agents de la Société nationale des Chemins de Fer luxembourgeois :

Assurance continuée

Art. 5. [...] Les modalités de l'assurance continuée ci-dessus sont déterminées par un règlement grand-ducal qui prévoit également les conditions et modalités dans lesquelles une personne peut compléter par des cotisations volontaires celles versées au titre de l'assurance obligatoire.

Assurance facultative

Art. 5bis. [...] Un règlement grand-ducal précise les conditions de l'assurance facultative, en détermine les modalités et définit les périodes pouvant être couvertes.

Achat de périodes

Art. 6. [...] Un règlement grand-ducal précise les conditions de l'achat rétroactif, en détermine les modalités et définit les périodes pouvant être couvertes.

les conditions en question, les périodes pouvant être couvertes ou encore des éléments essentiels de l'assurance volontaire comme l'assiette, tel que cela est le cas en l'occurrence.

Le Conseil d'État constate que, par rapport aux articles 5, *5bis* et 6, et cela indépendamment du fait que le texte de l'article 32, paragraphe 3, de la Constitution a évolué lors de la révision de la Constitution du 18 octobre 2016, la position qu'il a adoptée en 2014 n'a rien perdu de son actualité et de sa pertinence. Le Conseil d'État renvoie encore dans ce contexte à la jurisprudence de la Cour constitutionnelle, et notamment à son arrêt n° 166/21 du 4 juin 2021⁸, aux termes duquel l'article 32, paragraphe 3, de la Constitution exige que dans les matières réservées à la loi « la fixation des objectifs des mesures d'exécution doit être clairement énoncée, de même que les conditions auxquelles elles sont, le cas échéant, soumises. L'orientation et l'encadrement du pouvoir exécutif doivent, en tout état de cause, être consistants, précis et lisibles, l'essentiel des dispositions afférentes étant appelé à figurer dans la loi. »

En conclusion aux développements qui précèdent, le Conseil d'État suggère de profiter d'une prochaine modification de la loi précitée du 3 août 1998 pour rendre la base légale utilisée conforme aux exigences constitutionnelles et en tout cas pour limiter le champ des règlements grand-ducaux mentionnés aux articles 4, 5, *5bis* et 6 de la loi en question aux modalités d'exécution de la loi, l'essentiel du dispositif devant figurer au niveau de la loi. Autrement, la base légale visée risque d'être jugée non conforme aux exigences de l'article 32, paragraphe 3, de la Constitution, et, partant, de cesser ses effets en vertu de l'article *95ter* de la Constitution, ce qui pourrait entraîner, par ricochet, l'inapplicabilité du dispositif réglementaire en question en vertu de l'article 95 de la Constitution⁹.

Enfin, le Conseil d'État constate que les modifications opérées par le projet de règlement grand-ducal sous avis à l'endroit du texte du règlement grand-ducal précité du 25 juin 2009 correspondent, dans une large mesure, à celles apportées par le règlement grand-ducal du 13 mars 2013 au règlement grand-ducal précité du 5 mai 1999, ceci sous réserve des adaptations nécessaires pour tenir compte des spécificités des régimes de pension spéciaux des agents publics.

Examen des articles

Article 1^{er}

Sans observation.

Article 2

L'article 2 comporte les modifications les plus substantielles à l'endroit du texte du règlement grand-ducal précité du 25 juin 2009.

⁸ Arrêt de la Cour constitutionnelle n° 166 du 4 juin 2021 (Mém. A - n° 440 du 10 juin 2021).

⁹ Avis du Conseil d'État n° 60.746 du 30 novembre 2021 sur le projet de règlement grand-ducal portant modification du règlement grand-ducal du 11 septembre 2018 portant fixation des indemnités spéciales revenant aux observateurs de l'Observatoire national de la qualité scolaire.

Il modifie ainsi l'article 8 du règlement grand-ducal précité du 25 juin 2009, qui a trait à la période couverte par l'assurance continuée, complémentaire ou facultative et à l'assiette des contributions volontaires en introduisant la possibilité de réduire l'assiette de la cotisation volontaire à un tiers du salaire social minimum pendant une période donnée qui sera cependant limitée à cinq années.

En son point 4°, l'article 2 prévoit en outre la possibilité pour l'assuré de « fixer l'assiette de cotisation à une, deux, trois, quatre ou cinq fois le salaire social minimum mensuel ». L'alinéa 4 qui est ainsi introduit à l'article 8 du règlement grand-ducal précité du 25 juin 2009 se réfère à l'alinéa 3 du même article qui prévoit le droit de l'assuré de fixer librement l'assiette sous réserve de respecter les plafonds qui sont ensuite définis. Compte tenu de l'articulation du dispositif, le Conseil d'État estime que la disposition proposée est superfétatoire et peut dès lors être omise.

Article 3

L'article 3 modifie l'article 9 du règlement grand-ducal précité du 25 juin 2009 qui détermine les modalités de paiement des cotisations de l'assurance continuée, complémentaire ou facultative en vue notamment de supprimer la référence aux avances, les contributions volontaires n'étant plus réclamées à titre d'avances. Même si l'article 9 est sur ce point aligné sur la disposition correspondante du règlement grand-ducal précité du 5 mai 1999, le Conseil d'État se demande si la référence à la fin du texte à « une régularisation éventuelle ultérieure » a encore du sens en l'absence du versement d'avances.

Article 4

L'article 4 prévoit que les demandes de mise en compte de l'assiette de cotisation mensuelle réduite à un tiers du salaire social minimum mensuel introduites entre le 26 mars 2013 et l'entrée en vigueur du projet de règlement sous avis seront traitées à leur date de demande effective.

D'après le commentaire des articles, cette disposition viserait à garantir que les modifications apportées par le projet sous avis soient applicables aux personnes ayant introduit une demande d'assurance pension volontaire sur la base d'une assiette de cotisation mensuelle réduite à un tiers du salaire social minimum mensuel à partir du 26 mars 2013, date qui correspond à la date d'entrée en vigueur du règlement grand-ducal précité du 13 mars 2013 apportant les mêmes modifications que celles prévues par le texte sous revue aux dispositions correspondantes du régime général de pension.

Le Conseil d'État se demande tout d'abord sur quelle base les demandes en question ont pu être présentées alors qu'elles ne cadraient pas avec la réglementation en vigueur à ce moment. Il renvoie encore à ses considérations générales concernant le retard substantiel avec lequel l'application du dispositif de l'assurance volontaire aux régimes de pension spéciaux est réalisée.

Le Conseil d'État comprend cependant que les auteurs du projet de règlement grand-ducal entendent ainsi prévoir une application rétroactive du régime favorable tel qu'il découle de la modification apportée à l'article 8 du règlement grand-ducal précité du 25 juin 2009.

Si l'effet rétroactif de la disposition sous revue ne soulève pas de problème de principe étant donné qu'elle impacte favorablement des situations juridiques existantes, sans heurter d'une manière ou d'une autre des droits de tiers, le Conseil d'État se doit toutefois de relever que le libellé de la disposition sous revue ne reflète pas clairement cette application rétroactive. En effet, en ce que le texte proposé se limite à prévoir que les demandes de mise en compte de l'assiette de cotisation mensuelle réduite à un tiers du salaire social minimum mensuel introduites depuis le 26 mars 2013 sont traitées à leur date de demande effective, une application rétroactive du nouveau régime plus favorable aux demandes en question n'est pas garantie.

Il faudrait préciser que les demandes introduites sous l'ancien dispositif feront l'objet d'un examen conformément aux dispositions du présent projet de règlement. En outre, il est suggéré de faire abstraction du terme « effective ».

Partant la disposition sous revue serait à reformuler comme suit :

« Les demandes de mise en compte de l'assiette de cotisation mensuelle réduite à un tiers du salaire social minimum mensuel introduites entre le 26 mars 2013 et l'entrée en vigueur du présent règlement grand-ducal sont traitées conformément aux dispositions du présent règlement avec effet à la date de la demande ».

Le Conseil d'État s'interroge toutefois sur le sort qui sera réservé aux demandes qui ont été effectivement traitées avant l'entrée en vigueur du projet de règlement sous revue.

Article 5

Le Conseil d'État ne voit pas l'utilité de déroger aux règles de droit commun en matière de publication prévues à l'article 4 de la loi du 23 décembre 2016 concernant le Journal officiel du Grand-Duché de Luxembourg, et ce d'autant plus que la formule employée par les auteurs peut conduire à une réduction du délai de quatre jours usuellement appliqué dans l'hypothèse où la publication a lieu vers la fin du mois. Partant, l'article 5 est à supprimer.

Article 6

Sans observation.

Observations d'ordre légistique

Observation générale

Le terme « grand-ducal » est à omettre à l'occasion de la référence au « même règlement ».

Intitulé

Le passage à la ligne après les termes « Projet de règlement grand-ducal modifiant le règlement grand-ducal modifié du 25 juin 2009 déterminant les conditions et modalités relatives » peut être omis. En outre, l'intitulé n'est pas

à faire suivre d'un point final, étant donné que les intitulés ne forment pas de phrase.

Préambule

Au premier visa, les termes « et plus particulièrement les » sont à remplacer par les termes « et notamment ses ».

Article 3

Les modifications à effectuer à un même article sont à énumérer moyennant des chiffres suivis d'un exposant « ° » 1°, 2°, ...

Article 5

Les termes « celui de » sont à insérer avant les termes « sa publication ».

Article 6

Traditionnellement, les pronoms possessifs qui visent le Grand-Duc s'écrivent avec une lettre initiale majuscule. Il y a dès lors lieu d'écrire « Notre ministre ayant [compétence gouvernementale] dans ses attributions ».

Texte coordonné

À l'article 8, alinéa 2, les termes « en compte » sont à supprimer.

Ainsi délibéré en séance plénière et adopté à l'unanimité des 20 votants, le 1^{er} avril 2022.

Le Secrétaire général,

s. Marc Besch

Le Président,

s. Christophe Schiltz