



AVIS

du comité directeur de la CNAP concernant
le projet de loi instituant le juge aux affaires familiales et
portant réforme du divorce et de l'autorité parentale

1. Introduction

Face au problème que le conjoint ayant arrêté ou réduit son activité professionnelle durant le mariage pour des raisons familiales subit une perte de ses droits à pension en comparaison avec l'autre conjoint qui n'a pas arrêté ou réduit son activité professionnelle, le projet de loi propose l'introduction d'un achat rétroactif de périodes d'assurance dans le régime général d'assurance pension.

La Caisse Nationale d'Assurance Pension (ci-après la « CNAP ») ne prendra position que sur les modifications qui ont un impact sur les règles de la sécurité sociale et plus précisément sur les nouveaux articles 257 du Code civil ainsi que 174 paragraphe 2 et 197 alinéa 3 du Code de la Sécurité sociale.

2. Remarques préliminaires

A) Concernant les différences avec le modèle de « splitting »

Le modèle actuellement proposé se distingue fondamentalement du modèle du splitting des droits à pension acquis durant le mariage, par les particularités suivantes :

- alors que le modèle du splitting se base sur le partage de droits à pension existants, le présent modèle prévoit la création de nouveaux droits à pension pour le conjoint créancier au moyen d'un achat rétroactif, sans pour autant enlever des droits à pension au conjoint débiteur,
- la création de droits à pension se limite à la période de référence¹ pendant le mariage et non à la durée totale du mariage,
- à l'instar du modèle du splitting, les droits à pension créés en faveur du conjoint créancier correspondent à la moitié de la différence entre les revenus du conjoint débiteur et les revenus du conjoint créancier pour la période de référence,
- contrairement au modèle du splitting les coûts de cette création de droits à pension ne sont pas exclusivement à charge du conjoint débiteur, mais la charge de l'achat rétroactif est partagée entre le conjoint débiteur, le conjoint créancier et l'Etat,
- comme le montant versé lors de l'achat rétroactif est insuffisant pour couvrir les nouveaux droits à pension créés, il incombera également une charge supplémentaire à la CNAP.

¹ La période pendant laquelle le conjoint créancier a abandonné ou réduit son activité professionnelle est désignée par les termes « période de référence ».

B) Concernant l'application du texte proposé dans le cadre de la réforme par des juridictions étrangères

Il est important de mettre l'accent sur le mécanisme préexistant en matière de divorce qui peut entraîner l'application de dispositions de droit luxembourgeois devant les juridictions étrangères ainsi que l'application de dispositions étrangères devant les juridictions luxembourgeoises².

Ainsi peuvent survenir des cas où les juridictions luxembourgeoises seraient compétentes mais devraient appliquer des lois étrangères en matière de divorce et, à contrario, des juridictions étrangères qui devraient faire application des dispositions légales luxembourgeoises en matière de divorce.

Cela aura pour conséquence de restreindre le champ d'application de ces dispositions alors que, dans certains cas, les juridictions luxembourgeoises seront compétentes pour des divorces de résidents luxembourgeois mais où la loi applicable dans le cadre d'un mariage avec des critères internationaux pourra être celle d'un autre Etat (p.ex. au choix des conjoints, la loi de l'Etat de la nationalité commune des conjoints) et les dispositions de la réforme n'y seront pas appliquées.

3. Analyse du modèle proposé

3.1 Les diverses étapes du système d'achat rétroactif proposé dans la réforme

Le projet de réforme prévoit la mise en place du système d'achat rétroactif de la période de référence en tenant compte des étapes consécutives suivantes :

- Introduction de la demande de divorce
- Pendant la procédure de divorce
 - (1) Un des conjoints ou le juge aux affaires familiales peut demander l'ouverture du droit à l'achat rétroactif de la période de référence.
 - (2) Après la demande, il faut alors déterminer si les conjoints sont concernés par cette demande, en d'autres termes, si les conjoints remplissent les conditions de recevabilité. A cet effet, il faut déterminer le début et la fin de la période de référence.
 - (3) Si les conjoints entrent dans le champ d'application du nouvel article 257 du Code civil alors ils doivent fournir les justificatifs quant à leurs revenus pour la période de référence.
 - (4) Il est ensuite procédé au calcul d'un montant de référence qui devra servir de base au calcul de l'achat rétroactif. Ce montant correspond, dans les limites des plafonds fixés par règlement grand-ducal, à la moitié de la différence des revenus professionnels nominaux annuels cumulés, y inclus les revenus de remplacement de chacun des deux conjoints pendant la période de référence, augmenté des intérêts composés au taux de 4% l'an et multiplié par 2/3 du taux de cotisation global. Le calcul de ce montant permet déjà de déterminer s'il existe un conjoint créancier (le conjoint qui souhaite bénéficier de l'achat rétroactif) et un conjoint débiteur (l'autre conjoint).
 - (5) Le conjoint créancier a encore la possibilité de renoncer à son droit d'achat rétroactif de la période de référence.

² Articles 5 et 8 du Règlement (UE) n°1259/2010 du Conseil du 20 décembre 2010 (Rome III) mettant en œuvre une coopération renforcée dans le domaine de la loi applicable au divorce et à la séparation de corps ainsi que l'article 3 du Règlement (CE) No 2201/2003 du Conseil du 27 novembre 2003 relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale abrogeant le règlement (CE) no 1347/2000 (Bruxelles II)

(6) Le juge rend son jugement de divorce.

- Dès que le jugement de divorce est coulé en force de chose jugée

(7) Il est procédé à la liquidation de la communauté des conjoints.

(8) Après liquidation de la communauté, il est analysé si le montant de référence se situe dans les limites de l'actif constitué des biens communs ou indivis disponibles après règlement du passif ou dans quelle mesure le montant de référence devra être adapté à l'actif disponible.

(9) Dans le cas où l'actif disponible permet le paiement du montant de référence fixé sinon adapté, les conjoints respectifs doivent procéder au paiement repris dans les paragraphes 2 et 3 du nouvel article 257 du Code civil, à hauteur de 50% chacun, entre les mains de la CNAP « *et, sauf justification légitime, au plus tard dans les deux mois qui suivent la clôture de la liquidation et du partage des biens communs ou indivis* ». Le conjoint débiteur se libère de sa dette en payant sa part au conjoint créancier ou à la CNAP.

En application du paragraphe 4 alinéa 2 du nouvel article 257 du Code civil, les conjoints ont, néanmoins, la possibilité de convenir, entre eux, d'une autre prise en charge du paiement du montant de référence (soit une autre prise en charge que 50% pour chacun des conjoints).

(10) Dès réception d'un paiement, la CNAP émet un certificat attestant ledit paiement.

(11) Le conjoint créancier dispose alors d'un délai de 15 jours pour fournir au conjoint débiteur le certificat susmentionné, émis par la CNAP.

(12) A défaut de ce faire et après mise en demeure, le conjoint débiteur peut introduire une requête par devant le juge aux affaires familiales afin de demander la restitution du montant que ce dernier aurait versé soit auprès de la CNAP soit auprès du créancier.

Afin de simplifier l'analyse et les problématiques liées aux nouvelles dispositions proposées par la réforme, nous allons suivre les étapes précitées. La CNAP tient néanmoins à souligner que ces étapes se présentent sous la forme précitée dans le cadre d'un divorce pour rupture irrémédiable des relations conjugales. Dans le cadre d'un divorce par consentement mutuel, les étapes se présentent différemment alors que, par exemple, la liquidation est actée dans la convention de divorce et est, par conséquent, fixée avant la comparution des parties devant le juge. Par ailleurs, dans ce dernier cas, il faudra savoir si le montant de référence sera rendu par jugement ou acté dans la convention.

3.2 Remarques et problématiques observées à l'analyse des nouvelles dispositions

3.2.1 Le cercle des personnes concernées

A remarquer que toutes les personnes qui ont contracté un partenariat sont exclues de cette faculté et c'est la première occurrence où en matière de sécurité sociale le partenariat est traité différemment du mariage.

- Il doit y avoir un abandon ou une réduction de l'activité professionnelle **dépassant 5 ans au cours du mariage**.

Cette disposition élimine, d'office, de son champ d'application les couples qui ont été mariés pendant une durée inférieure à 5 ans.

Cette durée de 5 ans constitue un seuil, de sorte qu'il faudra disposer d'une définition claire de la durée de la période de référence.

Cette période de référence peut commencer, au plus tôt, avec la date de mariage.

Cependant, comme on est dans un champ conflictuel où les intérêts des deux conjoints sont opposés, il faut se poser la question si l'abandon ou la réduction de l'activité professionnelle doit intervenir pendant le mariage ou si elle peut également intervenir avant le mariage (par exemple, abandon de l'activité à la naissance d'un enfant hors mariage, cohabitation avec le futur conjoint et mariage ultérieur). A défaut de précision dans le texte, cette situation devrait être appréciée par le juge aux affaires familiales.

La période de référence peut ensuite être interrompue dans les cas suivants :

- Reprise de l'activité professionnelle sous les mêmes conditions qu'avant la réduction ou l'abandon.
- Fin du mariage. Il faudrait, dans ce cas, définir exactement à quelle date se situe la fin du mariage (séparation de corps, introduction de la demande de divorce, jugement de divorce coulé en force de chose jugée, transcription du divorce auprès de l'administration communale). Il est important de soulever, néanmoins que de placer la fin du mariage à la date du prononcé du jugement ou à la date de la transcription du divorce auprès de l'administration communale risque d'entraîner des problèmes dans le cadre de l'analyse de l'accomplissement de la condition des 5 ans de période de référence. Il se pourrait, en effet, que la condition de la durée de 5 ans ne soit pas remplie au jour de la demande en divorce mais que la procédure de divorce se prolonge sur une période plus ou moins longue rendant ainsi possible l'accomplissement de la condition pendant la procédure. Il ne sera, alors, pas possible, au juge aux affaires familiales ou au conjoint, de savoir en cours de procédure de divorce si la condition de durée de 5 ans sera remplie au jour du prononcé ou de la transcription. Or le juge doit déjà, au cours de la procédure de divorce, faire calculer le montant de référence pour l'achat rétroactif et doit savoir, à ce stade, si le conjoint peut être admis dans le cadre des dispositions de l'article 257 du Code civil et de l'article 174 du Code de la Sécurité sociale.
- Obtention d'une pension de vieillesse, de vieillesse anticipée ou d'invalidité ou, par défaut, à l'âge légal de la retraite (65 ans). En effet, avec l'octroi d'une pension personnelle, la période de réduction ou d'abandon de l'activité professionnelle prend nécessairement fin.

La CNAP se demande, afin d'éviter les situations conflictuelles, s'il ne serait pas judicieux de définir le jour de la demande de divorce comme étant le jour où cette condition de 5 ans doit être remplie.

En tout état de cause, le juge aux affaires familiales aura donc pour mission de fixer le point de départ ainsi que la fin de cette période de référence afin de permettre le calcul du montant de référence.

- Le nouvel article 257 du Code civil prévoit **un abandon ou une réduction de l'activité professionnelle.**

Ne sont, par conséquent, concernés que les couples où l'un des conjoints, respectivement les deux conjoints ont abandonné ou réduit leur activité professionnelle.

L'abandon de l'activité professionnelle ne pose en principe aucune difficulté même s'il reste à définir si la définition d'abandon ne concerne qu'un abandon volontaire ou s'il y a lieu d'y intégrer d'autres types de cessations d'activité telle que perte de l'emploi pour faute grave, perte de l'emploi pour raisons économiques, emprisonnement, etc....

La problématique se poserait plutôt quant à la constatation de la réduction de l'activité professionnelle et surtout pour les non-salariés. A partir de quel moment existe-t-il une réduction d'activité chez les non-salariés alors que pour ces activités on ne dispose pas d'une durée de travail comme c'est le cas pour les salariés ? En outre, les revenus des non-salariés peuvent être soumis à d'importantes fluctuations de sorte qu'une réduction de revenu n'est pas forcément synonyme de réduction de l'activité.

Aussi le texte de loi ne précise pas qui constate l'abandon ou la réduction de l'activité professionnelle, notamment le juge aux affaires familiales ou la CNAP. Comme il s'agit d'une situation conflictuelle entre les deux conjoints, la CNAP estime que cette question devrait être tranchée par le juge aux affaires familiales afin d'éviter des recours auprès des juridictions sociales. D'ailleurs pour éviter tout litige inutile, il serait judicieux de définir comment la CNAP obtiendra du juge aux affaires familiales la communication de la période de référence, du montant des revenus annuels des deux conjoints et du montant de l'actif disponible.

Même si les cas devraient être rares, il se peut que chacun des deux conjoints ait réduit son activité professionnelle, soit simultanément soit successivement. D'après le texte, la période de réduction doit dépasser cinq ans pour chaque conjoint. Cependant pour le calcul du montant de référence il faut prendre en compte le total des deux périodes d'au moins cinq ans pour pouvoir déterminer un conjoint créancier unique.

- L'abandon ou la réduction de l'activité professionnelle doit être intervenue **pour des raisons familiales.**

Suivant les commentaires des articles³, la notion de « *raisons familiales* » comprend les périodes d'éducation d'un enfant mineur et les périodes de soins.

En application de l'article 10 du règlement du 5 mai 1999⁴, il s'avère néanmoins que le mariage en lui-même est également une condition suffisante pour justifier l'existence de « *raisons familiales* ». Dans le cadre de la présente réforme se pose donc le problème de la définition de cette notion de « *raisons familiales* » et deux hypothèses peuvent être soulevées :

³ Pages 148 et 149 du projet de réforme n°6996

⁴ L'article 10 du règlement Grand-Ducal du 5 mai 1999 dispose que « *La période à couvrir rétroactivement ne peut ni se situer avant l'âge de dix-huit ans ni excéder :*

1) les périodes de mariage,

2) les périodes d'éducation d'un enfant âgé de moins de quinze ans accomplis,

3) les périodes d'aides et de soins assurés à une personne reconnue dépendante conformément aux articles 348 et suivants du code des assurances sociales ou bénéficiant d'une allocation de soins prévue par la loi du 22 mai 1989, d'une allocation spéciale pour personnes gravement handicapées au titre de la loi modifiée du 16 avril 1979, d'une majoration de la rente d'accident en vertu de l'article 97, alinéa 9 du code des assurances sociales ou d'une majoration du complément du revenu minimum garanti prévu par l'article 3, alinéa 4 de la loi modifiée du 26 juillet 1986 »

- Dans le cas où le nouvel article 257 paragraphe 1 du Code civil aurait pour but de se référer à la notion de « raisons familiales » préexistantes en matière de sécurité sociale (définition reprise à l'article 10 du règlement du 5 mai 1999), il y aurait lieu de retirer les termes de « raisons familiales » du texte proposé. En effet, le mariage étant une condition suffisante pour pouvoir bénéficier de l'achat rétroactif et comme on se trouve en matière de divorce (qui présuppose toujours le mariage), la condition serait toujours remplie. Dès lors, à partir du moment qu'une demande en divorce est introduite et dès qu'il y a eu abandon ou réduction de l'activité professionnelle (peu importe les raisons) pendant le mariage, le conjoint créancier peut demander l'achat rétroactif de la période de référence.
- Dans l'hypothèse, cependant, que le nouvel article 257 paragraphe 1 du Code civil ne souhaite pas inclure le mariage comme condition suffisante pour pouvoir demander l'achat rétroactif, il faudrait alors remplacer les termes de « raisons familiales » en citant les cas spécifiques ouvrant le droit à un achat rétroactif de la période de référence. En tout état de cause, il faudrait donner une définition propre à l'article 257 paragraphe 1 du Code civil des termes « raisons familiales ». Au final, il reviendra au juge aux affaires familiales de constater si les raisons données par les conjoints suffisent pour demander l'achat rétroactif de la période de référence.
- Le conjoint créancier de l'achat rétroactif doit avoir moins de 65 ans au moment du paiement de sa quote-part du montant de référence retenu.

A l'instar de l'article 174, al. 1er du CSS, le conjoint créancier doit avoir moins de 65 ans.

Cette condition risque, néanmoins, de créer une inégalité de traitement alors qu'une personne âgée de plus de 65 ans qui divorce et qui, pendant le mariage, a abandonné ou réduit son activité professionnelle, ne pourra plus demander un achat rétroactif de la période de référence et l'adaptation de la pension qu'elle touche.

Au-delà de 65 ans, si le bénéficiaire de l'achat rétroactif est trop faible par rapport au coût, le conjoint créancier peut renoncer à l'achat rétroactif.

- Cet achat rétroactif concerne également les personnes qui ont passé toute leur activité professionnelle dans le **régime spécial transitoire**. En vertu du règlement grand-ducal du 1er juin 2001 fixant les modalités d'exécution des dispositions de l'article 9.I.a)7 de la loi modifiée du 26 mai 1954 réglant les pensions des fonctionnaires de l'Etat et remplacée par la loi du 25 mars 2015 instituant un régime de pension spécial transitoire (art. 4.I.a) 4.) les périodes d'achat rétroactif ne peuvent plus être validées dans le régime spécial transitoire. Les prestations résultant de cet achat feront donc l'objet d'une pension partielle et seront calculées conformément à l'article 12 de la loi de coordination.
- Lorsqu'une personne a passé toute son activité en **régime spécial**, l'achat est effectué dans le régime général et sera calculé conformément à l'article 19 de la loi de coordination.
- Lorsque le conjoint créancier n'a jamais été affilié à un régime de pension luxembourgeois, l'achat rétroactif lui permettra d'obtenir soit une pension partielle

luxembourgeoise d'après le Règlement (CE) 883/2004, soit un remboursement des cotisations si le stage de 10 ans n'est pas rempli à l'âge de 65 ans.

3.2.2 Fourniture des justificatifs relatifs aux revenus

Le nouvel article 174 paragraphe 2 alinéa 2 dispose que « *Les deux conjoints ont l'obligation de fournir leurs revenus professionnels et revenus de remplacement à la base du calcul du montant de référence ...* ».

a) Compétence pour collecter les revenus

Comme les revenus peuvent concerner des périodes plus ou moins longues se situant dans le passé, et comme il s'agit d'une multitude de revenus qui ne sont pas nécessairement à la disposition du centre commun de la sécurité sociale, la collecte de ces revenus par les deux conjoints et la présentation des justificatifs pourrait poser problème. Comme la détermination de ces revenus influence le montant de l'achat rétroactif, il appartient nécessairement au juge des affaires familiales d'arrêter ces revenus dans le cadre de la procédure de divorce.

Toutefois, il faut s'interroger sur la capacité des deux conjoints à produire des justificatifs pour des revenus remontant loin dans le passé. En outre, comment le juge aux affaires familiales peut-il contrôler l'exhaustivité des revenus communiqués ?

b) Les revenus concernés

Il faut calculer pour la période de référence ou les deux périodes de référence de chacun des conjoints le montant des revenus professionnels, y compris les revenus de remplacement augmentés des intérêts composés au taux de 4%. Les intérêts courent par année pleine à partir de l'année qui suit celle à couvrir rétroactivement jusqu'à la fin de l'année précédant celle de la détermination du montant de référence.

Le texte de l'article 174 paragraphe 2 se réfère « *aux revenus professionnels nominaux annuels cumulés, y inclus les revenus de remplacement [...] dans les limites des plafonds fixés par règlement grand-ducal* ».

A première vue, ces revenus professionnels y compris les revenus de remplacement ne se réfèrent pas aux revenus cotisables figurant dans la carrière d'assurance. Il s'agit donc de revenus professionnels (salaires du secteur privé, traitements des fonctionnaires, les revenus nets au sens de l'article 10 numéros 1 à 3 de la LIR pour les indépendants).

A remarquer que pour les assurés agricoles, ces revenus diffèrent des revenus forfaitaires déterminés conformément à l'article 241, al. 11 du Code de la Sécurité sociale.

La notion de revenus de remplacement ne dispose pas d'une définition légale explicite. Toutefois comme le divorce s'applique également à des bénéficiaires d'une pension (du moins concernant le conjoint débiteur), il faut certainement inclure les pensions et les rentes parmi les revenus de remplacement. On pourrait se référer à la pratique du Fonds national de solidarité qui prévoit à l'article 19, al. 2 de la loi du 29 avril 1999 portant création d'un droit à un revenu minimum garanti : « *Sont compris dans les revenus, les revenus de remplacement dus au titre de la législation luxembourgeoise ou étrangère.* » et il faudrait prévoir l'énumération des revenus de remplacement luxembourgeois dans un règlement grand-ducal, puisque la prise en compte ou la non prise en compte de tels revenus peut avoir une importance déterminante pour le montant de l'achat rétroactif. Pour les revenus de remplacement étranger, il faudrait procéder par analogie aux revenus de remplacement luxembourgeois.

A remarquer toutefois que l'allocation complémentaire du RMG ne peut pas être considérée comme « revenu de remplacement » puisque cette allocation complémentaire n'est pas individualisée mais est attribuée à la communauté domestique.

Ne sont pas non plus inclus dans les revenus professionnels ou revenus de remplacement le baby-year prévu à l'article 171, al. 1^{er} point 7, ni la cotisation forfaitaire à charge de l'assurance dépendance prévue à l'article 171, al. 1^{er} point 13, ni des cotisations perçues dans le cadre d'un achat rétroactif d'années en application de l'article 174 paragraphe 1 du Code de la Sécurité sociale ou d'une assurance continuée puisqu'il ne s'agit ni de revenus professionnels, ni de revenus de remplacement.

Par ailleurs, les revenus professionnels étrangers sont également à prendre en compte. Comme ces revenus étrangers peuvent s'étaler sur des périodes assez longues, le problème de la conversion en euros doit être réglé par des dispositions réglementaires (conversion annuelle de la devise étrangère en francs luxembourgeois et ensuite conversion en euros par l'application du facteur de 40,3399)

c) Revenus pris en compte uniquement pour la période de résidence au Luxembourg

Il est encore à noter que l'alinéa 2 du paragraphe 2 du nouvel article 174 prévoit la prise en compte des revenus que s'ils couvrent une **période de résidence au Luxembourg**. Cette disposition n'est pas cohérente dans la mesure où elle annulerait les revenus professionnels même luxembourgeois de l'un des conjoints lorsque celui-ci aurait établi sa résidence à l'étranger (par exemple en cas de séparation de corps). Cette annulation jouerait évidemment en défaveur de l'autre conjoint. En tout état de cause il faut garder la symétrie entre les revenus pris en compte et l'exclusion des revenus de l'un des conjoints doit entraîner l'exclusion des revenus de l'autre conjoint.

Par ailleurs, cette disposition risque de créer des traitements inégaux contraires à l'article 10 bis de la Constitution luxembourgeoise⁵.

A titre d'exemple, un couple marié de luxembourgeois qui travaille au Luxembourg mais qui habite en Allemagne ne pourra pas entrer dans le champ d'application des dispositions du nouvel article 257 du Code civil alors qu'un couple marié qui habite au Luxembourg pourra en bénéficier. Ce système serait contraire au principe suivant lequel tous les luxembourgeois sont égaux devant la loi.

Finalement, la condition de résidence au Luxembourg peut être levée en application de l'article 14 paragraphe 4 du règlement (CE) 883/2004 qui dispose que si la législation d'un État membre subordonne le droit à l'assurance volontaire (achat rétroactif) à la résidence du bénéficiaire dans cet État membre, le principe de l'assimilation de la résidence⁶ s'applique dans la mesure où la personne a été soumise, par le passé, à un moment quelconque, à la législation de cet État membre sur la base de l'exercice d'une activité salariée ou non salariée. Ainsi, la condition de résidence n'est pas opposable à une personne qui réside dans un autre pays de l'Union européenne et qui a été soumise au régime d'assurance pension luxembourgeois.

⁵ L'article 10 bis de la Constitution luxembourgeoise dispose que « Les luxembourgeois sont égaux devant la loi »

⁶ Article 5, point b) du règlement (CE) 883/2004

d) Plafond

Ces revenus doivent encore être soumis à des plafonds fixés par règlement grand-ducal. Sans qu'il ne le soit précisé, on peut admettre qu'il s'agit pour chaque année du plafond cotisable prévu à l'article 241, al. 3 du Code de la Sécurité sociale.

3.2.3 Détermination du montant de référence

a) Remarques générales

Si la somme des revenus revalorisés du conjoint ayant abandonné ou réduit son activité professionnelle est inférieure à celle de l'autre conjoint, il devient conjoint créditeur. Cependant, il se peut que le conjoint ayant réduit son activité professionnelle dispose quand-même d'une somme des revenus revalorisés supérieure à celle de son conjoint, de sorte qu'il n'y aura pas de conjoint créditeur.

La moitié de la différence entre les deux sommes constitue le montant revalorisé de l'assiette cotisable pour l'achat rétroactif.

Le montant de référence est donc égal à la moitié de cette différence multipliée par deux tiers du taux de cotisation global visé à l'article 238 applicable au moment de la détermination du montant de référence. Ce montant de référence est le montant des cotisations à verser à la CNAP pour l'achat rétroactif.

Le montant de référence est réparti pour moitié à charge de chacun des conjoints.

Le deuxième alinéa du paragraphe 4 de l'article 257 dispose que les époux peuvent convenir entre eux d'une autre prise en charge de l'achat rétroactif que celle dont disposent les paragraphes 2 et 3. Il reviendra également au juge aux affaires familiales d'acter cette autre répartition et de la transmettre à la CNAP afin qu'elle soit prise en compte.

La CNAP tient encore à préciser que le texte de loi, tel que proposé actuellement, ne précise pas qui sera en charge pour déterminer le montant de référence alors que cela s'écartera très probablement du champ de compétence du juge. Ce dernier fera-t-il appel à une tierce personne (p.ex. un expert) pour effectuer le calcul ?

En tout état de cause, la CNAP souhaite encore soulever le problème de compétence qui risque de se poser si cette dernière devait être chargée du calcul du montant de référence. En effet, si des contestations naissent quant au montant calculé en application de l'article 174 paragraphe 2 du Code de la Sécurité sociale, les juridictions normalement compétentes sont les juridictions sociales (Conseil Arbitral de la Sécurité Sociale et Conseil Supérieur de la Sécurité Sociale). Cela signifie qu'en cas de contestations, la procédure devant le juge aux affaires familiales devrait être gardée en suspens jusqu'à ce que les juridictions sociales aient tranché la question. Cette solution ne semble pas envisageable.

b) Détermination de la carrière d'assurance du conjoint créditeur

Le calcul des pensions de la CNAP ne se base pas sur des cotisations, mais sur des assiettes cotisables à inscrire année par année (jusqu'en 1987) ou mois par mois (à partir de 1988) dans la

carrière d'assurance. Pour transposer l'assiette cotisable revalorisée totale dans la carrière d'assurance, il faudrait en principe inscrire la différence annuelle ou mensuelle entre les revenus professionnels et de remplacement des deux conjoints. En effet, ce n'est que cette différence revalorisée avec le taux d'intérêt de 4% qui fournira le même montant de l'assiette cotisable revalorisée totale. Cependant en inscrivant la différence entre les revenus professionnels, il se peut que pour certaines années ou certains mois cette différence soit négative. On serait donc en présence d'un montant négatif dans la carrière d'assurance, situation qui ne fait pas de sens.

Pour résoudre ce problème, il faut inscrire dans la carrière d'assurance des revenus fictifs qui, revalorisés avec le taux d'intérêt de 4%, fournissent le même montant que l'assiette cotisable revalorisée totale. A cet effet, il y a lieu de compléter en une première phase les assiettes mensuelles jusqu'à concurrence du minimum cotisable en tenant compte des revenus cotisables existants. Si l'assiette cotisable revalorisée totale ne permet pas de couvrir toute la période de référence jusqu'à concurrence du minimum cotisable, il y a lieu de réduire la durée de la période en conséquence.

Si, après cette première phase, il reste des revenus fictifs à distribuer, on peut les étaler uniformément sur la période concernée en respectant le plafond annuel cotisable. A la fin de l'opération, il faudra vérifier que le montant des revenus fictifs revalorisés avec le taux d'intérêt de 4% fournit exactement le montant de l'assiette cotisable revalorisée totale.

A signaler cependant que la distribution des revenus fictifs pourrait se faire de multiples manières pour la même assiette cotisable revalorisée totale, ce qui produirait des montants de pension différents. Il n'est pas envisageable pour les gestionnaires de pension de devoir optimiser le montant de la pension. A cet effet, il y aurait lieu de formaliser la méthode décrite ci-avant au niveau d'un règlement grand-ducal.

3.2.4 Possibilité de renonciation de la part du conjoint créancier

En vertu du nouvel article 257 paragraphe 4, « *Le conjoint qui a abandonné ou réduit son activité peut renoncer à l'assurance rétroactive visée au paragraphe 1^{er}. Cette renonciation peut intervenir jusqu'au jugement de divorce* ».

Le conjoint créancier peut partant encore renoncer à l'achat rétroactif de la période de référence avant que n'intervienne le jugement de divorce.

Il est à noter cependant, qu'à ce moment de la procédure, le conjoint créancier n'est pas encore en mesure de savoir si l'actif liquidé permettra de couvrir le montant de référence.

3.2.5 Liquidation des biens communs ou indivis

Sur ce point, il y a lieu de noter qu'il est difficile de savoir exactement quel est l'actif liquidé et notamment s'il n'y a aucun bien immobilier qui entre en considération et qu'aucun acte authentique n'est dressé par un notaire.

De plus la question se pose de savoir qui va déterminer et contrôler le montant de l'actif s'il n'y a pas de biens immobiliers dès lors que le juge aux affaires familiales n'est plus saisi après avoir rendu son jugement de divorce.

A titre d'exemple, en cas de divorce par consentement mutuel, les conjoints se mettent d'accord sur l'actif à répartir dans le cadre de la convention sans pour autant acter le montant de l'actif.

La CNAP est d'avis qu'il faudrait régler cette problématique de détermination et de contrôle du montant de l'actif dans le cadre de la présente réforme alors que l'actif influence directement le montant de référence (il peut, en effet, confirmer le montant de référence calculé ou le réduire proportionnellement à l'actif existant).

Par ailleurs, il se pose encore la problématique du régime matrimoniale adopté par les conjoints.

Il semble curieux qu'un bien indivis, dans le cadre d'un régime de séparation de bien, puisse être assimilé à un bien commun de la communauté (notamment afin de faire une analyse globale de l'actif du couple) tel que le laisse sous-entendre les commentaires des articles.

3.2.6 Détermination si l'actif de la communauté suffit à couvrir le montant de référence

Le montant de référence ne peut excéder l'actif constitué des biens communs ou indivis disponible après règlement du passif de l'ancienne communauté.

A priori, il reviendrait au juge aux affaires familiales de constater le montant de l'actif disponible puisqu'il constitue une condition essentielle à l'achat rétroactif.

Néanmoins, la liquidation se faisant après le prononcé du jugement, le juge aux affaires familiales n'est plus saisi de l'affaire.

Il y a partant lieu de prévoir qui sera en charge de cette constatation.

Si la condition que le montant de référence soit inférieur à l'actif de la communauté n'est pas remplie, que se passe-t-il avec l'achat rétroactif ? Si l'actif de la communauté est nul, aucun achat rétroactif ne pourra être financé par les deux conjoints. Si l'actif est insuffisant pour couvrir le montant de référence, est-ce qu'il faut procéder à un achat rétroactif partiel ? A ce moment il faut également réduire de manière proportionnelle le montant de l'assiette cotisable revalorisée totale.

3.2.7 Paiement des quotes-parts du montant retenu

Dans le cas où l'actif disponible permet le paiement du montant de référence fixé sinon adapté, les conjoints respectifs doivent procéder au paiement repris dans les paragraphes 2 et 3 du nouvel article 257 du Code civil, à hauteur de 50% chacun, entre les mains de la CNAP avant que « *le conjoint qui a abandonné ou réduit son activité n'atteint l'âge de soixante-cinq ans et, sauf justification légitime, au plus tard dans les deux mois qui suivent la clôture de la liquidation et du partage des biens communs ou indivis* ». Le conjoint débiteur se libère de sa dette en payant sa part au conjoint créancier ou à la CNAP.

La logique de l'achat rétroactif exige que les cotisations versées sur base des revenus cotisables inscrites dans la carrière d'assurance soient revalorisées d'intérêts composés de 4% jusqu'à un moment proche du versement des cotisations. Le présent projet limite le calcul des intérêts à la date de la détermination du montant de référence, alors que le versement des montants à charge des deux conjoints peut s'étendre au plus tard jusqu'à deux mois après la clôture de la liquidation

et du partage des biens communs ou indivis. S'il y a des immeubles faisant partie de l'actif, ce délai peut facilement s'étendre sur plus d'une année.

En outre, le versement des sommes n'est pas synchrone puisque les deux conjoints sont débiteurs envers la CNAP.

Et finalement l'alinéa 3 du paragraphe 2 de l'article 174 prévoit que chaque versement doit correspondre à deux tiers du minimum cotisable mensuel.

Ce minimum n'a aucune signification pratique puisque le versement correspond à un rappel de cotisations de 16% avec intérêts composés. Le seuil de deux tiers du minimum cotisable (actuellement 1280,68 euros) est totalement arbitraire et n'a aucun lien avec les mois à valider au niveau de la carrière d'assurance. De l'avis de la CNAP, et en vue d'une simplification administrative, le montant à verser par les deux conjoints devrait devenir exigible en une fois au plus tard deux mois après la clôture de la liquidation.

Par ailleurs, la CNAP souhaite encore soulever les problèmes liés au paiement de la part du conjoint débiteur de sa quote-part entre les mains du conjoint créancier. Le nouvel article 257 paragraphe 6 prévoit l'émission d'un certificat par la CNAP dès réception d'un paiement. Ce certificat pourra également servir pour un abattement des impôts. Cela laisse supposer que chaque conjoint devrait recevoir un certificat. Or il ressort des dispositions de cet article (notamment au paragraphe 7) que si le conjoint débiteur paye entre les mains du conjoint créancier et que ce dernier paye la totalité à la CNAP, seul ce dernier disposera d'un certificat.

Afin d'éviter cette situation ainsi que des recours superflus, il y aurait lieu de contraindre les deux conjoints à payer leur quote-part entre les mains de la CNAP. Ainsi chacun des conjoints obtiendrait son certificat avec une copie adressée à l'autre.

Il s'agirait partant de procéder, pour chacun des conjoints, par voie d'un paiement unique à la CNAP.

D'autre part, l'article 257 paragraphe 5 dispose que le paiement devra intervenir avant que le conjoint créancier n'ait atteint l'âge de 65 ans. Cette limite d'âge n'est pas si évidente lorsqu'il y a naissance d'une créance pour le conjoint débiteur, mais que cette créance est annulée à l'atteinte de l'âge de 65 ans. Si le divorce devait se produire à proximité de l'âge de 65 ans du conjoint créancier, le conjoint débiteur aura tout intérêt à retarder le moment du divorce, voire de retarder le versement à la CNAP de sa quote-part. Un droit à pension en faveur d'un conjoint ne peut raisonnablement dépendre de la date de versement effectué par l'autre conjoint.

3.2.8 Recours du conjoint débiteur contre le conjoint créancier

Le conjoint créancier dispose d'un délai de 15 jours après paiement tel que fixé dans le cadre de l'article 257 paragraphe 5 du Code civil pour fournir au conjoint débiteur le certificat susmentionné, émis par la CNAP.

A défaut de ce faire et après mise en demeure, le conjoint débiteur peut introduire une requête par devant le juge aux affaires familiales afin de demander la restitution du montant que ce dernier aurait versé soit auprès de la CNAP soit auprès du créancier.

Le recours en restitution pourra partant être exercé, soit contre le conjoint créancier, soit contre la CNAP suivant entre les mains de qui ce dernier a procédé au paiement.

Le projet de loi prévoit la situation où le conjoint créancier ne procède pas au versement de sa part en prévoyant une demande en restitution de la somme versée par le conjoint débiteur. Toutefois, le projet de loi ne se prononce pas sur la situation où le conjoint débiteur ne verse pas le montant à sa charge.

En tout état de cause, la CNAP ne va inscrire dans la carrière d'assurance les revenus fictifs correspondant à l'achat rétroactif et ne va facturer à l'Etat la part des cotisations à sa charge qu'en cas de paiement intégral des deux parts par les deux conjoints.

La CNAP souhaite, finalement, soulever un problème au niveau du délai de quinze jours prévu dans le nouvel article 257 paragraphe 7 pour fournir son certificat de paiement au conjoint débiteur.

La CNAP dispose ainsi d'un délai extrêmement bref à partir de la date de paiement de la part du conjoint créancier pour émettre un certificat de paiement (moins de 15 jours). Au vu du grand nombre de paiements que la CNAP doit traiter, ce délai ne semble pas raisonnablement applicable.

4. Le calcul de la pension de survie suivant le nouvel article 197 alinéa 3

La législation luxembourgeoise prévoit l'attribution sous certaines conditions d'une pension de survie au conjoint divorcé. Cette pension de survie est calculée par réversion de la pension personnelle à laquelle avait ou aurait eu droit le défunt et elle est réduite en fonction de la période de mariage et en fonction de la présence d'un conjoint ou d'autres conjoints divorcés.

En fonction de ces principes de base, la CNAP ne voit aucune raison pertinente pour modifier le calcul de la pension de survie pour le seul conjoint divorcé en cas d'achat rétroactif au sens de l'article 174 paragraphe 2, alors qu'aucune modification n'est prévue pour l'achat rétroactif au sens de l'article 174, paragraphe 1. Cette proposition est d'autant plus incompréhensible alors que l'achat au sens du paragraphe 1 est intégralement à charge du conjoint (qui peut être le conjoint créancier) alors que l'achat au sens du paragraphe 2 est par définition à charge des deux conjoints.

Si les cotisations pour l'achat rétroactif au sens de l'article 174, paragraphe 2 ouvrent moins de droits que pour l'article 174 paragraphe 1, est-il justifié d'appliquer le même taux de cotisation ?

En outre, ce serait la première fois qu'il faudrait différencier dans la carrière d'assurance les périodes d'assurance et les revenus cotisables en fonction du bénéficiaire final. Et pourquoi exclure seulement les majorations proportionnelles et non les majorations forfaitaires ? Or l'exclusion des majorations proportionnelles se répercute directement sur le calcul de la base de référence pour le calcul des majorations proportionnelles spéciales.

Comme les pensions de survie sont toujours déterminées pour un groupe de survivants (conjoint survivant, un ou plusieurs conjoints divorcés, les orphelins), où une même pension de survie est répartie en fonction de critères suffisamment compliqués sur les différents bénéficiaires, le changement de la carrière d'assurance en fonction du survivant ferait écrouler toute la savante mécanique construite au niveau de l'article 197. En effet, les répartitions y prévues (alinéas 3 et 4)

sont toutes basées sur le prorata temporis des périodes d'assurance et des périodes de mariage et ne concernent jamais les revenus cotisables affectés à ces périodes.

En conclusion, **il est proposé de supprimer la modification de l'article 197 alinéa 3** et de laisser le texte dans sa teneur actuelle.

Sur base d'un raisonnement par analogie, il y a également lieu de supprimer les dispositions du projet de loi qui produisent les mêmes effets sur les régimes de pension spéciaux. Il s'agit de :

- l'article 9 du projet de loi, modifiant l'article 21 de la loi modifiée du 26 mai 1954 réglant les pensions des fonctionnaires de l'Etat,
- l'article 12 du projet de loi, modifiant l'article 20 de 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,
- l'article 14 du projet de loi, modifiant l'article 26 de la loi du 25 mars 2015 instituant un régime de pension spécial transitoire pour les fonctionnaires de l'Etat et des communes ainsi que pour les agents de la Société nationale des Chemins de Fer luxembourgeois.

5. Observations finales

A) Concernant la structure proposée

Avant tout autre progrès en cause, la CNAP tient à attirer l'attention sur une problématique liée à la structure du nouveau texte de l'article 174 tel que proposé.

En effet, dans les commentaires des articles du projet de réforme n° 6996 il est prévu que « A l'article 174, les alinéas deviennent des paragraphes et un nouveau paragraphe 2 est inséré... ».

Il y a, néanmoins, lieu de noter que cette forme de structure proposée est en contradiction avec les dispositions préexistantes du livre III du Code de la Sécurité sociale qui sont structurées en articles et alinéas en absence de paragraphes.

Cela pourrait partant donner naissance à des complications d'ordre pratique pour toutes les références.

Néanmoins, dans le cadre de la présente analyse et afin d'éviter des problèmes d'interprétation, la structure du nouveau texte proposant la division de la disposition en paragraphes a été suivie.

B) Concernant la terminologie proposée

La CNAP souhaite encore attirer l'attention sur la terminologie utilisée dans le cadre de cette réforme. L'accent doit, effectivement, être mis sur le fait qu'il s'agit d'un « achat rétroactif » des périodes de réduction ou d'abandon de l'activité professionnelle et non d'« assurance rétroactive » alors que ce terme est d'ores-et-déjà consacré en matière de sécurité sociale au passage d'un régime spécial transitoire vers le régime général de pension.

Les termes utilisés dans le cadre du nouvel article 257 du Code civil seraient partant à adapter en conséquence.

6. Conclusions

Au vu des développements repris ci-dessus, il s'avère que la réforme telle que proposée actuellement, risque, en pratique, de poser certains problèmes et risque de faire naître des situations conflictuelles.

Par ailleurs, le texte n'est pas suffisamment précis en ce qui concerne la répartition des tâches telles que le rassemblement des justificatifs concernant les revenus, la détermination du montant de référence, le contrôle et le chiffrage de l'actif des conjoints, Ce flou juridique pourrait créer des problèmes d'application pratique par la suite et notamment concernant les juridictions compétentes pour vérifier le montant de référence en cas de contestations.

Par ailleurs, il n'est pas suffisamment précisé par quels moyens tous les éléments nécessaires seront communiqués à la CNAP afin de traiter l'achat rétroactif. Il en est ainsi, par exemple, en ce qui concerne la communication des justificatifs liés aux revenus, du montant de référence, le montant de l'actif des conjoints après liquidation et l'éventuelle modification du partage des quotes-parts entre les conjoints pour procéder au paiement du montant retenu en vue de l'achat rétroactif. Autant de questions qui risquent de provoquer des problèmes lors de la mise en pratique par la suite.

20 octobre 2016

* * *

Plan :

1. Introduction	page 1
2. Remarques préliminaires	page 1
A) Concernant les différences avec le modèle de « splitting »	page 1
B) Concernant l'application du texte proposé dans le cadre de la réforme par des juridictions étrangères	page 2
3. Analyse du modèle proposé	page 2
3.1 Les diverses étapes du système d'achat rétroactif proposé dans la réforme	page 2
3.2 Remarques et problématiques observées à l'analyse des nouvelles dispositions	page 3
3.2.1 Le cercle des personnes concernées	page 3
3.2.2 Fourniture des justificatifs relatifs aux revenus	page 7
3.2.3 Détermination du montant de référence	page 9
3.2.4 Possibilité de renonciation de la part du conjoint créancier	page 10
3.2.5 Liquidation des biens communs ou indivis	page 10
3.2.6 Détermination si l'actif de la communauté suffit à couvrir le montant de référence	page 11
3.2.7 Paiement des quotes-parts du montant retenu	page 11
3.2.8 Recours du conjoint débiteur contre le conjoint créancier	page 12
4. Le calcul de la pension de survie suivant le nouvel article 197alinéa	page 13
5. Observations finales	page 14
A) Concernant la structure proposée	page 14
B) Concernant la terminologie proposée	page 14
6. Conclusions	page 14