



22 décembre 2016

## AVIS II/68/2016

relatif au projet de loi instituant le juge aux affaires familiales, portant réforme du divorce et de l'autorité parentale et portant modification:

1. du Nouveau Code de procédure civile ;
2. du Code civil ;
3. du Code pénal ;
4. du Code de la sécurité sociale ;
5. de la loi modifiée du 7 mars 1980 sur l'organisation judiciaire ;
6. de la loi modifiée du 26 mai 1954 réglant les pensions des fonctionnaires de l'Etat ;
7. de la loi modifiée du 11 novembre 1970 sur les cessions et saisies des rémunérations de travail ainsi que les pensions et rentes ;
8. de la loi modifiée du 10 août 1992 relative à la protection de la jeunesse ;
9. 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 ;
10. de la loi modifiée du 9 juillet 2004 relative aux effets légaux de certains partenariats ;
11. 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.

..... AVIS .....  
.....

Par lettre du 24 mai 2016, Monsieur Félix Braz, ministre de la Justice, a soumis le projet de loi instituant le Juge aux affaires familiales et portant réforme du divorce et de l'autorité parentale à l'avis de la Chambre des salariés.

La CSL limite ses remarques et commentaires aux passages de texte du projet ayant trait aux droits du couple divorcé en matière d'assurance pension.

## **Antécédents**

### **Position du Conseil économique et social**

Dans son avis de 1977, dans un souci de justice et d'équité, le Conseil économique et social estimait qu'en cas de divorce des époux, la solution ne pourra être que le partage égal de tous les droits à pension acquis au cours du mariage par les deux partenaires à titre obligatoire ou à titre volontaire ou par un seul partenaire à destination du ménage commun.

Dans son avis de 1983, le Conseil économique et social a procédé à un revirement de sa position en matière de splitting en estimant qu'il convient de trouver une solution dans le cadre du droit civil, notamment par la fixation adéquate d'une pension alimentaire éventuelle. La mise en compte par moitié à chacun des conjoints, des cotisations versées pendant le mariage risquerait de faire augmenter le nombre des personnes se situant au niveau du seuil de précarité, le niveau des pensions ainsi attribuées devenant souvent trop faibles.

Dans son avis de 1988, le Conseil économique et social estime que le rétablissement de la carrière d'assurance par un achat rétroactif des droits correspondants constitue la solution appropriée. Ainsi, au moment du divorce, la période d'assurance manquante constitue une dette, qui doit être réglée avec l'avoir des deux partenaires.

### **Attitude du Conseil d'Etat**

Dans son avis de 2010, le Conseil d'Etat se prononce également en faveur d'un rachat de périodes d'assurance co-financé par l'ex-conjoint.

## **Remarques préliminaires concernant le cercle des personnes concernées par la réforme projetée**

Le projet de loi modifie le Code civil et plus particulièrement les dispositions légales applicables au divorce et le Code de la sécurité sociale pour ce qui concerne le système d'achat rétroactif de périodes d'assurance pension.

La Chambre des salariés constate que comme la refonte s'opère par une modification de la loi luxembourgeoise, son champ d'application se limite aux seules personnes qui peuvent invoquer la législation luxembourgeoise relative au divorce, ce qui exclut du bénéfice du nouveau modèle proposé les couples soumis pour leur divorce à une loi étrangère.

Même en droit interne, le gouvernement a exclu les personnes liées par partenariat de la possibilité de rachat rétroactif de périodes d'assurances en cas de dissolution de leur partenariat.

De l'avis de la CSL dans un souci de non-discrimination, serait toutefois souhaitable la piste de réflexion consistant à faire bénéficier les personnes liées non pas par lien marital mais par partenariat dans le cas où il existe notamment entre ces personnes une convention patrimoniale, prévoyant que tout ou partie des biens deviennent communs.

## Analyse du projet et remarques de la CSL

La possibilité de rachat de périodes d'assurance pension en cas de divorce est dorénavant ancrée dans le Code de la sécurité sociale.

- En cas de divorce, le projet de loi prévoit qu'il est dorénavant possible pour un conjoint ayant abandonné ou réduit son activité pour des raisons familiales pendant une période dépassant 5 ans au cours du mariage de s'assurer rétroactivement au régime général d'assurance pension par un achat de périodes.

Concrètement le projet de loi prévoit que sur demande du JAF ou d'un conjoint et en tout état de cause avant le jugement de divorce, il est procédé au calcul d'un montant « théorique » à verser à la Caisse nationale d'assurance pension par le conjoint ayant abandonné ou réduit son activité.

La CSL constate que le projet de loi n'instaure pas de véritable droit au rachat rétroactif de périodes d'assurance, alors qu'il s'agit seulement d'une simple faculté de rachat, une renonciation par le conjoint ayant réduit ou abandonné son activité étant toujours possible.

De l'avis de la CSL un tel système de rachat de périodes d'assurance en cas de divorce par le cofinancement de l'ex-conjoint devrait être généralisé et obligatoirement instauré pour être indistinctement applicable à tous les couples. Se pose néanmoins la question de l'application dans le temps des nouvelles dispositions légales. La loi nouvelle s'appliquera en tout état de cause aux mariages nouvellement conclus après l'entrée en vigueur de la nouvelle loi. Des dispositions transitoires devraient s'appliquer aux mariages qui sont en cours à la date d'entrée en vigueur du nouveau cadre légal : Dans l'hypothèse où le divorce n'a pas encore été déposé, les nouvelles règles légales devraient au moins concerner les périodes d'inactivité ou de réduction de l'activité depuis l'entrée en vigueur du nouveau dispositif légal. Les dissolutions de mariages en cours à l'entrée en vigueur de la nouvelle loi pourraient être soumises à un régime facultatif transitoire.

La CSL estime qu'il est surtout regrettable que, pour un époux dont l'interruption ou la réduction de l'activité professionnelle pendant le mariage a duré moins de 5 ans, ledit rachat soit carrément exclu.

Par ailleurs, les périodes de cohabitation par union stable, voire par partenariat (précédant le cas échéant le mariage) ne sont nullement considérées.

Notre chambre professionnelle préconiserait à **titre principal** de faire abstraction d'une durée minimale pour l'ouverture du droit au rachat et de prévoir une possibilité de rachat de périodes de pension pour toute période de réduction ou d'abandon d'activité qui sont motivées par des raisons familiales.

Il conviendrait dans ce contexte d'explicitier et de clarifier concrètement cette notion de « raisons familiales », permettant ainsi de justifier une contribution du partenaire, respectivement du conjoint au financement dudit rachat pour tout abandon ou toute réduction d'activité ayant effectivement profité au couple.

D'après le commentaire des articles du présent projet de loi, la notion de « raisons familiales » comprend les périodes d'éducation d'un enfant mineur et les périodes de soins.

Cette interprétation est plus restrictive que celle découlant des dispositions du règlement grand-ducal du 5 mai 1999<sup>1</sup> applicable au rachat « normal » (hors divorce) de périodes de pension, en vertu desquelles le mariage en tant que tel est également suffisant pour motiver une période à couvrir rétroactivement.

---

<sup>1</sup> 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 ....*

La CSL estime que le mariage, voire le partenariat peut amplement suffire à motiver l'abandon ou la réduction de l'activité professionnelle d'un conjoint/partenaire et demande à aligner les deux systèmes de rachat de périodes d'assurance pension en faisant dans le présent projet de loi référence au règlement grand-ducal précité, tout en y incluant à côté des périodes de mariage également de manière expresse les périodes de partenariat. Cette approche aurait par ailleurs l'avantage de ne pas devoir se poser la question de savoir si un abandon ou une réduction de l'activité professionnelle est volontaire ou au contraire ne trouve sa source dans un autre type de cessation d'activités comme par exemple la perte de l'emploi par licenciement.

Si le texte devait garder sa teneur actuelle et si une période de référence (prévue actuellement de l'ordre de 5 ans durant laquelle le conjoint créancier a abandonné ou réduit son activité professionnelle au cours du mariage) devait néanmoins être maintenue, il est **à titre subsidiaire** de l'avis de la CSL indispensable de définir clairement dans le texte de la future loi le point de départ et la date de fin de ladite période.

Le début pourrait être la date du mariage, même si notre Chambre estime qu'en présence d'enfants communs nés avant la date du mariage, il serait opportun de fixer le début de la période de référence à la date de naissance desdits enfants, notamment si l'abandon ou la réduction de l'activité professionnelle est concomitant avec cet événement.

La fin de la période de référence se situe, selon le libellé actuel du texte, à la date à laquelle le jugement de divorce est coulé en force de choses jugées, ce qui emporterait néanmoins des problèmes de mise en pratique concernant plus particulièrement les opérations de calcul, notamment du « montant théorique ».

Notre chambre professionnelle est d'avis que pour le calcul du montant théorique, il y aurait lieu de se référer à la date de saisine du JAF à savoir au jour de l'acte introductif d'instance de la procédure de divorce. A cette date devrait partant s'apprécier la condition de recevabilité (durée minimale échue au titre de l'abandon ou de la réduction de l'activité). Au vu du temps nécessaire à l'aboutissement de la procédure de divorce, il conviendrait de réduire sensiblement la durée minimale exigée au titre de la période de référence, de sorte à prévoir au moment de l'introduction de la procédure de divorce à titre d'exemple comme condition de recevabilité tout au plus une période échue de réduction ou d'abandon de l'activité de 2 à 3 ans. Lors de la liquidation de la communauté ledit montant théorique serait à adapter.

- Le financement de l'assurance rétroactive et donc le versement des sommes rédues est à charge de chacun des conjoints à hauteur de 50% pour la partie supportée par les conjoints, càd 2/3, 1/3 des cotisations étant supporté par l'Etat.

De nombreuses difficultés pratiques risquent de se présenter au JAF et à la CNAP pour procéder au rassemblement des pièces justificatives relatives aux revenus respectifs des parties afin de réaliser le calcul complexe aboutissant au montant théorique constitutif du prix de rachat.

En vertu des dispositions du projet de loi, le financement du rachat est opéré sur les biens communs ou indivis des époux. Concrètement le conjoint qui a abandonné ou réduit son activité dispose d'une créance envers l'autre conjoint, à hauteur de cinquante pourcent du montant visé, considéré dans les limites de l'actif constitué des biens communs ou indivis disponible après règlement du passif.

Le conjoint ayant réduit ou cessé son activité est considéré comme un simple créancier chirographaire de son ex-époux.

La CSL regrette que le rachat de périodes d'assurance est exclu, si dans le cadre de la liquidation de la communauté, après apurement du passif, il n'y a plus d'actif disponible.

La Chambre des salariés soulève encore que le financement du rachat ne se fait que sur les biens communs ou indivis, ce qui entraîne qu'en cas de régime matrimonial de la séparation de biens, aucun rachat ne saurait se faire, les biens restent propres par définition et il n'y a en principe rien à partager.

Le projet prévoit encore que si des liquidités suffisantes sont disponibles, le montant calculé est entièrement versé, Sinon, seul le montant disponible est versé et, au cas où des liquidités additionnelles seront disponibles dans le futur, il sera procédé à des versements supplémentaires des parties correspondantes du montant calculé chaque fois que de nouvelles liquidités sont disponibles, jusqu'à ce que le montant calculé ab initio soit atteint ou jusqu'à ce que l'actif commun disponible après règlement du passif soit épuisé. Par conséquent, le montant « réel » à verser à la Caisse nationale d'assurance pension pourra être inférieur au montant « théorique ».

Le projet propose encore la possibilité pour les époux de convenir entre eux d'une autre prise en charge de l'achat de périodes de pension. Dans cette hypothèse, le rachat dépend soit des initiatives de compensation mises en œuvre par précaution pendant le mariage, soit de la bonne volonté de l'ex-époux au moment du divorce.

Le versement des montants à la Caisse nationale d'assurance pension doit s'opérer (sauf justification légitime) au plus tard dans les 2 mois qui suivent la clôture de la liquidation et du partage des biens communs ou indivis et, en tout état de cause avant que le conjoint ayant abandonné ou réduit son activité n'ait atteint l'âge de 65 ans.

Afin de garantir la réciprocité et une bonne destination des fonds, le projet prévoit un mécanisme qui permet au conjoint débiteur de demander la restitution du montant par lui versé, si ce montant n'a pas été transmis à la Caisse nationale d'assurance pension par l'autre conjoint (créancier), respectivement si l'autre conjoint (créancier) n'a pas versé le montant qui était à sa charge.

Aux yeux de la Chambre des salariés, cette limite d'âge de 65 ans comme date butoir du rachat pose problème au regard du principe d'égalité devant la loi.

Même si notre Chambre peut suivre le raisonnement soutenu d'après lequel le rachat ne saurait avoir pour but d'augmenter le montant d'une pension, mais est au contraire destiné à combler une carrière incomplète d'assurance, il s'avère que bon nombre de divorces sont susceptibles de se produire juste avant, voire aux alentours, respectivement après de l'âge de 65 ans. Dans pareille constellation, le conjoint ayant réduit ou abandonné son activité pendant son parcours professionnel est privé de toute possibilité de combler sa carrière d'assurance.

Comme le texte du projet dispose que le paiement du prix du rachat devra intervenir avant que le conjoint créancier n'ait atteint l'âge de 65 ans, cette inégalité de traitement s'accroît pour les personnes qui auront 65 ans au cours de la procédure de divorce, si la liquidation de la communauté n'a pas encore eu lieu, le conjoint débiteur ayant tout intérêt à retarder le moment du divorce, voire de retarder le versement à la CNAP de sa quote-part.

D'autant plus, notre Chambre dénonce une discrimination flagrante entre des personnes bénéficiant déjà d'une pension (p.ex anticipée) avant l'âge de 65 ans et celles qui obtiennent une pension de vieillesse à l'âge légal, alors que les premières peuvent prétendre en cas de divorce au rachat rétroactif de périodes d'assurances, tandis que celles qui ont atteint ou dépassé l'âge limite de 65 ans au moment du divorce en sont exclues.

Afin d'éviter ce genre d'inégalité de traitement, la CSL propose de modifier le texte dans le sens de prévoir pour le compte de ces personnes, dont le divorce intervient après l'âge de 65 ans, une exception leur permettant de racheter rétroactivement les périodes manquantes qu'elles ont vouées pendant le mariage au couple et/ou aux enfants. Cette exception pourrait se justifier, alors que la survenance du divorce est a priori aléatoire et indépendante de volonté de la personne concernée et peut intervenir à ses dépens à n'importe quel moment.

Finalement, concernant le changement projeté au niveau du calcul de la pension de survie, la Chambre des salariés est d'avis qu'il convient de laisser le texte en sa teneur actuelle et de supprimer dans le calcul de ladite pension l'exclusion projetée des majorations proportionnelles résultant du seul rachat en cas de divorce. La pension de survie du conjoint divorcé est calculée par réversion de la pension personnelle du défunt et est réduite en fonction de la période de mariage et de l'existence d'un nouveau conjoint ou d'autres conjoints divorcés. Ce calcul devrait se faire indépendamment d'un rachat ou non de périodes d'assurances, peu importe surtout l'origine dudit rachat ou/et son financement.

## Conclusion

La CSL accueille favorablement le principe en cas de divorce d'une obligation à la dette de l'ex-conjoint concernant le rachat de périodes de pension au profit du conjoint ayant cessé ou réduit son activité professionnelle durant le mariage. Notre Chambre souhaiterait néanmoins que le système devienne un véritable droit et non pas une simple faculté.

Notre Chambre regrette cependant que le mécanisme soit a priori facultatif et que la contribution à la dette de l'ex-conjoint est selon les cas soumise à des restrictions et limitations notamment en fonction de la situation patrimoniale du couple.

Le système proposé présente par ailleurs beaucoup de lacunes et d'incertitudes :

De l'avis de la CSL il y a surtout lieu d'inclure dans le cercle des bénéficiaires du nouveau dispositif les personnes liées par un partenariat.

Le mécanisme proposé est encore perfectible dans le sens que notre Chambre professionnelle sollicite à titre principal la suppression de la durée minimale de 5 ans pour permettre le rachat de toute période d'abandon ou de réduction de l'activité professionnelle ayant été au profit du couple.

Subsidiairement, pour le cas où une période de référence devrait être maintenue dans le texte de la future loi, la CSL propose de réduire sensiblement sa durée et de clarifier le début et la fin de ladite période.

La notion de « raisons familiales » doit en tout état de cause être précisée, voire alignée sur le concept issu du règlement grand-ducal de 1999 relatif au rachat volontaire de périodes de pensions pour englober le mariage/le partenariat lui-même comme cause d'abandon ou de réduction de l'activité du conjoint/du partenaire.

Notre Chambre sollicite encore une exception pour les personnes ayant atteint l'âge de 65 ans mais dont le divorce intervient au moment ou après cette date d'anniversaire, ce qui permettrait à ces personnes de parfaire rétroactivement leur carrière d'assurance, même si elles sont d'ores et déjà titulaires d'une pension.

Finalement, la CSL demande à laisser le texte relatif au calcul de la pension de survie dans sa teneur actuelle et de ne pas instituer un mécanisme différent de calcul de ladite pension de survie en fonction du type de rachat.

Luxembourg, le 22 décembre 2016

Pour la Chambre des salariés,



Norbert TREMUTH  
Directeur



Jean-Claude REDING  
Président

### Résultat du vote

Votes affirmatifs :	53
Abstentions :	1
Votes négatifs :	0