

N° 4756

CHAMBRE DES DEPUTES

Session ordinaire 2000-2001

PROJET DE LOI

portant approbation de la Convention entre le Grand-Duché de Luxembourg et la République fédérale d'Allemagne relative à la coopération dans le cadre de l'assurance insolvabilité des régimes complémentaires de pension, signée à Berlin, le 22 septembre 2000

* * *

(Dépôt: le 29.1.2001)

SOMMAIRE:

	<i>page</i>
1) Arrêté Grand-Ducal de dépôt (22.1.2001)	1
2) Texte du projet de loi	2
3) Exposé des motifs.....	2
4) Commentaire des articles	9
5) Convention entre le Grand-Duché de Luxembourg et la République fédérale d'Allemagne relative à la coopération dans le cadre de l'assurance insolvabilité des régimes complémentaires de pension	13

*

ARRETE GRAND-DUCAL DE DEPOT

Nous HENRI, Grand-Duc de Luxembourg, Duc de Nassau,

Sur le rapport de Notre Ministre des Affaires Etrangères et du Commerce Extérieur et après délibération du Gouvernement en Conseil;

Arrêtons:

Article unique.— Notre Ministre des Affaires Etrangères et du Commerce Extérieur est autorisée à déposer en Notre nom à la Chambre des Députés le projet de loi portant approbation de la Convention entre le Grand-Duché de Luxembourg et la République fédérale d'Allemagne relative à la coopération dans le cadre de l'assurance insolvabilité des régimes complémentaires de pension, signée à Berlin, le 22 septembre 2000.

Palais de Luxembourg, le 22 janvier 2001

*Le Ministre des Affaires Etrangères
et du Commerce Extérieur,*

Lydie POLFER

HENRI

*

TEXTE DU PROJET DE LOI

Article unique.— Est approuvée la Convention entre le Grand-Duché de Luxembourg et la République fédérale d'Allemagne relative à la coopération dans le cadre de l'assurance insolvabilité des régimes complémentaires de pension, signée à Berlin, le 22 septembre 2000.

*

EXPOSE DES MOTIFS

Le présent projet de loi a pour objet l'approbation de la convention entre le Grand-Duché de Luxembourg et la République fédérale d'Allemagne relative à la coopération dans le cadre de l'assurance insolvabilité des régimes complémentaires de pension, qui a été signée à Berlin en date du 22 septembre 2000.

Cette convention dispose notamment que l'organisme assurant le risque insolvabilité prévu par l'article 21 de la loi luxembourgeoise du 8 juin 1999 relative aux régimes complémentaires de pension, est l'organisme prévu par la loi allemande du 19 décembre 1974 relative à l'amélioration des régimes de pension professionnels, en l'occurrence le „Pensions-Sicherungs-Verein, Versicherungsverein auf Gegenseitigkeit“ (PSVaG). Cet organisme assume les droits et obligations de l'assureur insolvabilité prévu par la loi luxembourgeoise et peut opérer sous la législation luxembourgeoise dans des conditions semblables à celles imposées par la législation allemande.

Le présent exposé des motifs a pour but de rappeler la démarche du Gouvernement en matière d'assurance insolvabilité, démarche qui a abouti au projet de coopération avec l'Allemagne.

*

I) LES ORIGINES DU PROJET DE COOPERATION

Depuis 1980, le Gouvernement luxembourgeois a été confronté à une directive CEE concernant le rapprochement des législations des Etats membres relatives à la protection des travailleurs salariés en cas d'insolvabilité de l'employeur. L'article 8 de cette directive du 20 octobre 1980 dispose que: „Les Etats membres s'assurent que les mesures nécessaires sont prises pour protéger les intérêts des travailleurs salariés et des personnes ayant déjà quitté l'entreprise ou l'établissement de l'employeur à la date de la survenance de l'insolvabilité de celui-ci, en ce qui concerne leurs droits acquis, ou leurs droits en cours d'acquisition, à des prestations de vieillesse, y compris les prestations de survivants, au titre de régimes complémentaires de prévoyance professionnels ou interprofessionnels existants en dehors des régimes légaux de sécurité sociale.“

Dans sa présentation des options politiques en matière de pensions complémentaires du 20 juillet 1995, le Ministère de la Sécurité Sociale constate que la protection des droits acquis en cas d'insolvabilité est extrêmement précaire en droit luxembourgeois. En outre cette prise de position relève que „l'absence d'un système de garantie sérieux en droit interne se trouve en porte-à-faux par rapport aux dispositions du droit communautaire et de son interprétation jurisprudentielle et comporte pour l'Etat luxembourgeois le danger de se voir confronté à une action en dommages-intérêts de la part de titulaires de droits lésés“.

La première approche que le Ministère de la Sécurité Sociale envisageait à l'époque pour remédier à cette situation consistait à favoriser les régimes externes où les provisions faites au profit des salariés et des bénéficiaires de pensions échappent à la masse de la faillite et restent donc disponibles pour honorer les engagements à l'égard des ayants droit. En effet, l'obligation de transformer les régimes internes existants en régimes externes, telle qu'elle est par exemple prévue par la loi COLLA belge, mettrait les promesses de pension complémentaire à l'abri des faillites de l'entreprise. Cette abolition n'a toutefois pas été envisagée, parce qu'elle aurait sorti des sommes d'argent trop importantes des entreprises pour les drainer vers des régimes externes. Par contre il fut décidé de garantir l'égalité de traitement des deux régimes sur le plan fiscal.

La deuxième approche envisagée tendait à créer des garanties au sein des régimes internes soit par la technique de la dation en gage soit par la création d'une institution de garantie telle qu'elle existe en Allemagne.

La note sur les options politiques en matière de pension complémentaire donne une présentation très détaillée de la dation en gage qu'elle définit comme suit:

„La dation en gage, organisée dans les articles 2073 et suivants du code civil, consiste en la remise par le débiteur à son créancier d'un bien qui lui est donné en gage en vue de garantir sa créance. En cas de faillite, le créancier gagiste se fera passer sa créance avant celle des créanciers chirographaires en se faisant payer par préférence sur les biens qui constituent le gage.“

L'exposé des motifs du projet de loi précise la notion de la dation en gage dans le contexte des pensions complémentaires: „L'employeur, en sa qualité de débiteur, met en gage au profit des salariés une partie de ses actifs correspondant à la valeur actuelle des engagements qu'il a pris en matière de pension. Lorsque l'employeur a eu recours à une assurance de couverture pour ses engagements et que dès lors ses actifs comportent les réserves mathématiques de ces contrats d'assurance, ces réserves pourraient constituer des gages. L'effet attendu de cette opération est la garantie du paiement des pensions complémentaires constituées en cas de faillite.“

A l'époque, les inconvénients de la dation en gage ont été clairement soulignés: non seulement elle est d'une grande complexité, mais encore elle ne permet pas de régler le problème du rang des différents créanciers gagistes et privilégiés.

Quant à la création d'une institution de garantie nationale à l'instar de celle qui existe en Allemagne, cette solution n'a pas été retenue pour la raison que les experts consultés étaient d'avis: „qu'il n'est guère possible d'organiser un tel fonds de garantie à Luxembourg, alors que les risques seraient insuffisamment étalés“. Par ailleurs, il a été relevé que „l'institution d'un tel fonds de garantie peut difficilement être envisagée dans une période d'incertitude ou de mutation économique ou des pans entiers de l'économie risquent de s'effondrer ou de subir des restructurations“.

Comme les entreprises concernées étaient opposées tant à la sortie obligatoire de fonds de leur entreprise exigée par l'externalisation du régime qu'au blocage de certains actifs exigés par la dation en gage, la Fédération des Industriels luxembourgeois (FEDIL) a profité de ses bonnes relations avec le BDV (Bundesvereinigung der Arbeitgeberverbände) pour mettre en contact le Gouvernement luxembourgeois avec le PSVaG. Ces contacts avec le PSVaG allemand sont évoqués pour la première fois dans l'exposé des motifs du projet de loi déposé le 2 août 1997 où l'affiliation obligatoire de tous les régimes internes des entreprises luxembourgeoises au PSVaG est envisagée.

Aussi l'article 16 du projet de loi précise-t-il que dans le cadre d'un fonds de pension interne, les engagements de l'entreprise font obligatoirement l'objet d'une couverture d'assurance insolvabilité auprès de l'organisme désigné par le Gouvernement.

Ce monopole accordé par la loi à une institution a soulevé l'opposition formelle du Conseil d'Etat et le texte du projet de loi a été modifié de façon à permettre que des organismes ou entreprises autres que le PSVaG puissent offrir aux régimes complémentaires de pension internes une assurance insolvabilité. L'actuel article 21 de la loi sur les régimes complémentaires de pension, remplaçant l'article 16 du projet de loi, prévoit une assurance obligatoire des entreprises en question auprès d'un organisme ou d'une entreprise assurant le risque insolvabilité dûment agréé par le Gouvernement.

En été 1998, le Gouvernement luxembourgeois fut saisi d'une solution alternative luxembourgeoise en matière d'assurance insolvabilité inspirée de l'assurance insolvabilité suédoise, modèle sur lequel les experts ne se sont pas prononcés à l'époque. La version initiale proposée consistait dans la création d'une société mutuelle d'assurance de droit luxembourgeois regroupant les entreprises concernées et couvrant le risque insolvabilité par le biais de l'assurance crédit et par l'accès direct à la capacité mondiale de réassurance. Comme les organisations patronales concernées, à savoir la Fédération des Industriels luxembourgeois (FEDIL) et l'Association des banques et banquiers, Luxembourg (ABBL), n'ont pas renoncé à leur projet d'affilier les entreprises luxembourgeoises au PSVaG allemand, le Gouvernement luxembourgeois a décidé de poursuivre les négociations tant avec le Gouvernement allemand qu'avec le PSVaG tendant à permettre au PSVaG d'étendre l'assurance insolvabilité allemande aux entreprises luxembourgeoises ayant un régime de pension complémentaire interne.

II) PRESENTATION DU PSVaG

A) Cadre juridique et mission

Le PSVaG, société de droit privé allemand sans but lucratif, est soumis en tant qu'association mutuelle d'assurance (Versicherungsverein auf Gegenseitigkeit) à la surveillance de l'office fédéral de surveillance du secteur des assurances (Bundesaufsichtsamt für das Versicherungswesen, Berlin).

Avec l'agrément du 23 décembre 1974, conformément à la loi sur la surveillance des assurances (Versicherungsaufsichtsgesetz), le PSVaG a obtenu l'autorisation de l'office fédérale de surveillance du secteur des assurances d'assurer le risque d'insolvabilité des entreprises ayant fait une promesse de pension complémentaire à leurs salariés.

Selon ses statuts, le PSVaG a comme seul et unique but de protéger contre l'insolvabilité de l'employeur les droits acquis aux pensions complémentaires tels qu'ils découlent de la loi allemande du 22 décembre relative à l'amélioration des régimes de pension professionnels. Cette loi, outre de définir l'objet du PSVaG, investit cette société de pouvoirs de puissance publique en ce qui concerne l'obligation pour les entreprises concernées, d'adhérer au PSVaG et de payer les cotisations dues.

B) Exécution de la mission

Le PSVaG garantit à l'expiration de la période de stage les promesses résultant des régimes complémentaires de pension des entreprises devenues insolvable. Subrogé aux entreprises devenues insolvable soit au cours de l'année même, soit au cours d'une année précédente, le PSVaG prend en charge les prestations échues en cours d'année. Cette prise en charge se fait de la manière suivante: le versement de capitaux ou les paiements temporaires ou forfaitaires se font immédiatement par le PSVaG lui-même tandis que le versement des pensions viagères est confié à un consortium de quelque soixante-dix compagnies d'assurances qui s'engagent à honorer les engagements du PSVaG contre le versement d'une prime unique couvrant la valeur en capital des pensions viagères reprises par le consortium et les frais de gestion.

C) Financement

Le législateur allemand a imposé au PSVaG de prendre en charge chaque année les capitaux échus, les versements temporaires et forfaitaires, la prime unique versée au consortium, les frais de fonctionnement du PSVaG ainsi que les dotations au fonds de compensation et à la réserve pour pertes éventuelles. Pour couvrir ce coût, le PSVaG se sert des revenus de sa fortune, de sa participation au bénéfice du consortium de l'année précédente, du prélèvement éventuel au fonds de compensation, de l'excédent de la réserve pour pertes éventuelles de l'année précédente et à titre principal des cotisations à verser par les entreprises affiliées.

Comme ce système de financement prend en charge chaque année essentiellement la valeur en capital des prestations échues, on peut dire que le PSVaG pratique le système de la répartition des capitaux de couverture. L'assiette de cotisation de l'entreprise affiliée est entièrement liée au volume des promesses de pension que l'entreprise s'est engagée à garantir. En calculant le rapport entre les dépenses annuelles à charge des cotisants et la somme des assiettes de cotisation, le PSVaG établit un taux de prime unique s'appliquant à toutes les entreprises affiliées indépendamment de la bonité de celles-ci. On est donc en présence d'une prise en charge du risque d'insolvabilité par une méthode de solidarité collective. Chaque membre paie les mêmes cotisations sans être certain que ces cotisations correspondent au risque d'insolvabilité de sa propre entreprise.

III) LES AVANTAGES DE LA SOLUTION PSVaG

A) La solution PSVaG, une solution faisant résulter les droits des affiliés envers le PSVaG directement de la loi

- En Allemagne, les droits des bénéficiaires découlent en cas de sinistre directement de la loi (Gesetz zur Verbesserung der betrieblichen Altersversorgung) et non pas du contrat d'assurance.
- Au Luxembourg, les droits des bénéficiaires découlent de la loi relative aux pensions complémentaires. Le traité international assure la coordination entre ces deux législations.

La solution PSVaG fait dépendre les droits des bénéficiaires directement de la loi relative aux régimes complémentaires de pension respectivement du traité international conclu entre l'Allemagne et le Luxembourg. Ainsi le PSVaG ne peut pas refuser sa couverture au motif que l'entreprise n'a pas respecté ses obligations (notamment affiliation au PSVaG, paiement des cotisations ...). Il ne peut pas non plus s'engager contractuellement au-delà de ce qui est prévu par la loi, respectivement le traité international. Au moment du sinistre la loi crée une relation directe entre l'affilié et le PSVaG.

B) La solution PSVaG ne tient pas compte de la bonité des risques

Un autre point fort de la solution PSVaG consiste dans le fait que l'affiliation des entreprises au PSVaG se fait sans analyse de la bonité des risques de l'entreprise. En effet, si l'assurance insolvabilité avait la possibilité de refuser cette couverture, le refus de l'assurance insolvabilité n'impliquerait pas nécessairement l'abolition du régime interne de l'entreprise et la directive 80/987 CEE concernant le rapprochement des législations des Etats membres relatives à la protection des travailleurs salariés en cas d'insolvabilité de l'employeur mettrait la couverture du risque insolvabilité à charge de l'Etat. Par ailleurs, une assurance insolvabilité pratiquant l'examen de la bonité des risques avec possibilité de refus de la couverture est à déconseiller non seulement parce qu'elle conduit à un engagement implicite de l'Etat, mais aussi pour des raisons juridiques et politiques:

- 1) Du point de vue juridique, il ressort de l'article 21 de la loi du 8 juin 1999 qu'„une entreprise ayant adopté un régime interne de pension complémentaire doit s'affilier obligatoirement auprès d'un organisme ou d'une entreprise assurant le risque insolvabilité dûment agréé par le Gouvernement“. Etant donné que l'article 21 impose à tout régime complémentaire de pension de s'assurer, il attribue à l'Etat le devoir de créer un environnement juridique permettant aux entreprises de satisfaire à cette obligation.
- 2) Du point de vue politique, il est inconcevable de permettre que l'assurance insolvabilité soit refusée à une entreprise dont le régime complémentaire de pension a été fiscalement favorisé durant dix, vingt, voire trente ou quarante ans.

C) La solution PSVaG est une solution qui conduit à des taux de prime fluctuants mais intelligibles

Le taux de prime de l'assurance insolvabilité est en période longue fonction du pourcentage des entreprises assurées qui tombent en faillite ainsi que du montant moyen des engagements couverts. D'une année à l'autre, la fluctuation du taux de prime est d'autant plus forte que la communauté de risque en assurance insolvabilité est plus petite. Du fait qu'il regroupe quelque trente mille entreprises, le PSVaG non seulement évite que des faillites importantes ne conduisent à des taux de prime exorbitants, mais il est également pratiquement certain que le taux de prime ne s'annule jamais. Les entreprises luxembourgeoises affiliées au PSVaG devront payer régulièrement des cotisations au PSVaG et ceci même en l'absence de faillites au Grand-Duché. Par contre ces même entreprises profiteront du soutien d'une communauté de risque formée de quelque trente mille entreprises lorsqu'il s'agit de faire face aux conséquences d'une faillite de l'une d'entre elles.

IV) LA COMPATIBILITE DE LA SOLUTION DU PSVaG AVEC LE DROIT COMMUNAUTAIRE

La solution du PSVaG a soulevé un certain nombre de questions au niveau du droit communautaire:

- les directives communautaires en matière d’assurances s’appliquent-elles en la matière? (A)
- le PSVaG est-il une entreprise au sens des règles de concurrence du droit communautaire? (B)
- si oui, le PSVaG remplit-il une mission d’intérêt économique général justifiant ainsi une restriction de la concurrence? (C)
- le Gouvernement peut-il librement choisir l’organisme chargé de cette mission, en l’occurrence le PSVaG? (D)

A) Est-ce que le PSVaG est une assurance au sens des directives communautaires portant coordination des législations des Etats membres relatives à l’accès à l’activité d’assurance?

La directive 73/239/CEE du Conseil du 24 juillet 1973 portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives concernant l’accès à l’activité d’assurance directe autre que l’assurance sur la vie et son exercice exclut explicitement de son champ d’application les assurances comprises dans un régime légal de sécurité sociale.

La directive 88/357/CEE du Conseil du 22 juin 1988, portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives concernant l’assurance directe autre que l’assurance sur la vie, fixant les dispositions destinées à faciliter l’exercice effectif de la libre prestation de services et modifiant la directive 73/239/CEE, précise en son article 2 §2 qu’elle n’est pas applicable aux opérations, entreprises, institutions et organismes auxquels la première directive ne s’applique pas.

La question qui se pose est de savoir si les directives citées s’appliquent en la matière. Il s’agit donc de savoir si on se trouve bien dans le domaine de la protection sociale.

La protection sociale est définie comme l’ensemble des mesures par lesquelles la société entend protéger les individus contre les risques sociaux.

Le PSVaG est une association mutuelle d’assurance dont l’objet social et le financement ont été déterminés par la loi allemande modifiée du 19 décembre 1974 (Gesetz zur Verbesserung der betrieblichen Altersversorgung). La loi luxembourgeoise relative aux régimes complémentaires de pension s’inspire de la législation allemande et définit les conditions d’affiliation et l’étendue de cette assurance. Le seul but recherché par le législateur consiste à assurer la protection sociale des bénéficiaires d’une pension complémentaire. D’après ces considérations, l’organisme chargé d’assurer ce risque d’insolvabilité, en l’occurrence le PSVaG ferait partie de la législation sociale et en conséquence il serait exclu du champ d’application des directives précitées (Voir à cet égard l’arrêt Barber CJCE 17 mai 1990 Recueil 1990, p.I-1889).

Même si le PSVaG ne tombe pas sous les directives communautaires en matière d’assurance, il faut se demander si les règles du droit communautaire interdisant en principe toute restriction de la concurrence s’appliquent en la matière. Il s’agit dès lors de répondre à deux questions fondamentales qui se résument comme suit:

Est-ce que le PSV est une entreprise au sens des règles de concurrence du droit communautaire et, dans l’affirmative, est-ce que le PSV assure une mission d’intérêt économique général permettant de faire échec à ces règles?

B) Est-ce que le PSVaG est une entreprise au sens des règles du droit communautaire?

Les règles de concurrence du traité CE ne s’appliquent qu’aux entités qui sont des entreprises au sens des articles 85 et suivants (devenus art. 81 CE et suivants). Or, étant donné que cette notion d’entreprise n’est définie par aucun texte, il a fallu attendre la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes (CJCE) afin d’obtenir des précisions quant à la notion d’entreprise.

Dans un arrêt important, l’arrêt Höfner (CJCE 23 avril 1991), la Cour énonce que „la notion d’entreprise comprend toute entité exerçant une activité économique, indépendamment du statut juridique de cette entité et de son mode de financement“.

Elle précise que dès lors que l'activité considérée est susceptible d'être exercée, au moins en principe, par une entreprise dans un but lucratif, elle est considérée comme de nature économique et l'organisme qui l'exerce comme une entreprise.

La Cour a par la suite été amenée à préciser la notion d'entreprise et on peut résumer les principaux critères retenus par la Cour comme suit:

- (1) indifférence de la structure juridique
- (2) autonomie économique
- (3) indifférence à la nature publique ou privée de l'entreprise
- (4) indifférence au mode de financement
- (5) prise en compte de la nature de l'activité

Seule une entité poursuivant une activité de nature économique est une entreprise au sens du droit communautaire. Il convient dès lors d'analyser si l'assurance insolvabilité telle que prévue par la loi du 8 juin 1999 relative aux régimes complémentaires de pension constitue une activité de nature économique.

La Cour dans l'arrêt Poucet et Pistre (CJCE, 17 février 1993, Rec. I-p. 664), dit que la notion d'entreprise au sens des articles 85 et 86 du traité, ne vise pas les organismes chargés de la gestion de régimes de sécurité sociale, tels que ceux décrits dans le jugement de renvoi. En l'espèce il s'agissait de savoir si la caisse mutuelle régionale du Languedoc-Roussillon, organisme chargé de la gestion du régime d'assurance maladie et maternité des travailleurs non salariés des professions non agricoles, et son organisme conventionné, les Assurances Générales de France, ainsi que la caisse autonome nationale de compensation de l'assurance vieillesse des artisans de Clermont-Ferrand sont des entreprises au sens du droit communautaire.

La Cour précise que les caisses en cause ne sont pas des entreprises au motif qu'elles gèrent des régimes obéissant au principe de solidarité et qu'elles poursuivent, dès lors, une activité sociale plutôt qu'économique.

On remarque donc à la lecture de cet arrêt que la Cour attache beaucoup d'intérêt à la notion de solidarité.

En Allemagne, le législateur a confié la gestion de l'assurance insolvabilité au PSVaG. La solidarité entre affiliés (entreprises) constitue un élément clé du régime d'assurance insolvabilité retenu par le législateur allemand:

– l'affiliation au PSV est obligatoire

en ce qui concerne ce caractère, il y a lieu de préciser que la CJCE dans deux arrêts récents du 21 septembre 1999 (Brentjens c. Stichting Bedrijfspensioenfonds voor de handel in bouwmaterialen, affaire C-115/97 et Drijvende Bokken c. Stichting Pensioenfonds voor de vervoer-en havenbedrijven, affaire C-219/97) énonce que les articles 86 et 90 du traité CE (devenus articles 82 CE et 86 CE) ne s'opposent pas à ce que les pouvoirs publics confèrent à un fonds de pension un caractère obligatoire et le droit exclusif de gérer dans un secteur déterminé un régime de pension complémentaire.

– le financement du PSV se fait par un système de répartition

– le PSV n'a aucun but lucratif

– le mode de calcul des cotisations ne tient pas compte du risque d'insolvabilité de l'entreprise concernée

– lors du calcul des cotisations, le PSVaG applique strictement la loi et il n'a donc aucune possibilité d'influer sur le montant des cotisations.

Ces éléments permettent donc de conclure, au regard de la jurisprudence de la Cour précitée que le PSVaG n'est pas une entreprise au sens du droit communautaire et partant ne tombe pas sous les règles de concurrence du droit communautaire.

Cependant en raison d'une jurisprudence peu nombreuse en cette matière, il est plus prudent de partir de l'hypothèse que le PSV constitue une entreprise au sens du droit communautaire et de déterminer si la mission spécifique que doit remplir le PSVaG permet éventuellement de faire échec aux règles de concurrence du droit communautaire.

Il convient dès lors d'examiner si le PSVaG remplit une mission d'intérêt économique général nécessitant l'exclusion des règles de concurrence du droit communautaire afin d'accomplir la mission qui lui a été impartie.

C) Est-ce que le PSVaG assure une mission d'intérêt économique général permettant de faire échec aux règles de concurrence du droit communautaire?

Alors que l'article 90 §1 dispose que les entreprises auxquelles l'Etat accorde des droits spéciaux ou exclusifs doivent respecter les règles du traité et notamment celles prévues aux articles 6 et 85 à 94 inclus, l'article 90 §2 permet de justifier des exceptions.

En effet, cette disposition soustrait les entreprises chargées de la gestion de services d'intérêt économique général aux règles de concurrence si l'application de ces règles fait échec à l'accomplissement en droit ou en fait de la mission particulière qui leur a été impartie.

Il en est ainsi si ces entreprises sont incapables d'accomplir leur tâche de manière adéquate en l'absence de la restriction de la concurrence.

L'article 90 pose donc les bases fondamentales de l'équilibre voulu par le Traité entre service public et concurrence. Il n'édicte pas l'interdiction absolue des monopoles légaux, mais il organise un régime dérogatoire au principe de concurrence, lorsque l'exception est justifiée par l'exercice d'une mission d'intérêt économique général et que le développement des échanges n'est pas affecté dans une mesure contraire à l'intérêt de la Communauté.

La question qui se pose à ce stade est de savoir si le PSVaG assure une mission d'intérêt économique général.

Il faut tout d'abord relever que bien que la notion d'intérêt économique général ne soit pas expressément définie par le traité de Rome, les conditions d'application de l'article 90 §2 sont en revanche davantage identifiées. Il faut relever en premier lieu que toute entreprise est visée, qu'elle soit privée ou publique, dans la mesure où il s'agit d'une „entité économique“ exerçant une activité de nature commerciale. Encore faut-il que la gestion de ce service ait été confiée à l'entreprise par un acte exprès et contraignant de la puissance publique (un contrat de concession émanant d'un Etat ou d'une collectivité ou une loi instituant un monopole) et que cette gestion repose effectivement sur une entreprise clairement identifiée et ne découle pas seulement d'une autorisation ou d'un contrôle par les pouvoirs publics. La qualification d'intérêt économique général du service en cause ne suffit pas pour autant pour que l'entreprise qui en a la charge soit légitime à enfreindre les règles de concurrence. Il faut en plus que cette infraction à la concurrence soit jugée nécessaire à l'accomplissement, en droit ou en fait, de la mission ainsi exercée par l'entreprise. En effet, la concurrence doit constituer un véritable obstacle à l'exercice de la mission. Les institutions communautaires font application en la matière du test dit de proportionnalité pour mesurer combien il faut restreindre la concurrence en vue de la réalisation de l'objectif recherché, c'est-à-dire la satisfaction de l'intérêt économique général en cause.

Mais au-delà du régime juridique de l'article 90 § 2 la définition du service d'intérêt général reste la clé pour faire jouer l'exception aux règles de concurrence.

Longtemps, seule une liste énumérative de services d'intérêt économique général a pu être établie à la lecture des décisions de la Commission ou des arrêts de la Cour appelés à les qualifier, sans qu'aucun critère de définition ne s'en soit véritablement dégagé. Ainsi ont pu être qualifiés de service d'intérêt économique général: la distribution d'eau, les services de télécommunications ou encore la distribution d'électricité. D'une manière générale les missions qui sont assignées aux services d'intérêt général et les droits spéciaux qui peuvent en résulter découlent de considérations d'intérêt général telles que, notamment la sécurité d'approvisionnement, la protection de l'environnement, la solidarité économique et sociale, l'aménagement du territoire, la promotion des intérêts des consommateurs. Ces derniers attendent en particulier des services de qualité à un prix abordable. Les spécificités économiques des activités concernées entrent également en compte. Ces activités ont en outre des effets indirects importants pour l'ensemble de l'économie ou de la société, et nécessitent parfois des ressources rares ou d'importants investissements de long terme. En découlent quelques principes de fonctionnement essentiels: continuité, égalité d'accès, universalité, transparence.

En 1993, une évolution dans l'affirmation du principe de compatibilité des services d'intérêt général avec les règles du Traité a eu lieu. En effet dans l'arrêt Corbeau, qui mettait en cause le monopole légal du service courrier par la Régie royale des postes belges, la CJCE a souligné qu'en tout état de cause la

concurrence peut être restreinte si „l'équilibre économique“ de l'entreprise en charge du service public risque d'être compromis. La Cour a soulevé de plus la spécificité que doit avoir l'activité en cause.

Dans un arrêt du 27 avril 1994, relatif à une affaire „Commune d'Almelo“, la Cour affirme ces mêmes principes.

Qu'en est-il maintenant de l'exclusivité attribuée au PSVaG? Est-ce qu'elle est couverte par l'article 90 §2?

On a vu que le système de financement du régime d'assurance insolvabilité pratiqué par le PSVaG est basé sur une forte solidarité entre les entreprises affiliées. Dans le cas de plusieurs assureurs couvrant le même risque, chacun d'entre eux essaierait d'attirer vers lui les „bons“ risques moyennant des primes modestes en écartant par des primes prohibitives les „mauvais“ risques qui finalement se retrouveraient sans couverture. On comprend dès lors que la présence d'un autre assureur couvrant le même risque entraînerait une rupture de l'équilibre économique et donc de la solidarité entre entreprises, d'autant plus que l'organisme chargé par les pouvoirs publics d'assurer le risque de l'insolvabilité doit accepter toutes les entreprises auxquelles la loi impose une assurance insolvabilité. Le droit exclusif accordé au PSVaG est indispensable pour éviter que les „bons“ risques quittent le PSV et que celui-ci reste coincé avec les „mauvais“ risques qu'il se verrait obligé d'assurer à un prix non abordable.

Le fait d'accorder des droits exclusifs au PSVaG est donc compatible avec les règles de concurrence communautaire et il reste à savoir si le Gouvernement peut librement choisir le destinataire du droit exclusif de l'assurance insolvabilité.

D) Est-ce que le Gouvernement est libre dans le choix de l'assureur insolvabilité?

Le PSVaG constitue en droit allemand „ein beliehener Verein“ et la loi luxembourgeoise relative aux régimes des pensions complémentaires suit l'exemple allemand en confiant au PSVaG les missions de l'assureur insolvabilité.

La nature de cette relation constitue donc une concession d'un service public.

Par concession de service public on entend l'acte partiellement conventionnel par lequel l'administration confie à une personne choisie à raison de ses qualités la gestion à ses risques et périls d'un service public, moyennant une rémunération perçue par les usagers de ce service.

Dans un arrêt du 4 octobre 1965, le Conseil d'Etat Comité du contentieux, a précisé que le ministre compétent est libre d'accorder ou de refuser la concession, celle-ci étant faite intuitu personae (CE, 4 octobre 1965, sàrl Euralux, Pas.20,70).

*

COMMENTAIRE DES ARTICLES

Article 1

L'article 1er de la convention confie au PSVaG allemand la charge d'assurer le risque insolvabilité prévu par la loi luxembourgeoise du 8 juin 1999 relative aux régimes complémentaires de pension.

Selon l'article 21 de la loi du 8 juin 1999 relative aux régimes complémentaires de pension une entreprise ayant adopté un régime interne de pension complémentaire doit s'affilier obligatoirement auprès d'un organisme ou d'une entreprise assurant le risque insolvabilité dûment agréé par le Gouvernement. Par la présente convention, le Gouvernement luxembourgeois a agréé le Pensions-Sicherungs-Verein, Versicherungsverein auf Gegenseitigkeit „PSVaG“ organisme prévu par la loi allemande du 19 décembre 1974 relative à l'amélioration des régimes de pension professionnels. Le PSVaG allemand assume les droits et obligations de l'assureur insolvabilité et peut opérer sous la législation luxembourgeoise dans des conditions semblables à celles imposées par la législation allemande. Cette mission a pu être attribuée au PSVaG grâce à une forte similitude des législations allemande et luxembourgeoise notamment en matière de faillite et en matière de pension complémentaire. Par ailleurs, les conditions économiques étant semblables dans les deux pays, les entreprises allemandes et luxembourgeoises seront soumises à un risque insolvabilité semblable.

Article 2

Selon cet article, le PSVaG, chargé de l'assurance insolvabilité des régimes de pension luxembourgeois, va agir conformément à la loi allemande du 19 décembre 1974 relative à l'amélioration des régimes de pension professionnels, aux statuts du PSVaG et aux conditions générales d'assurance pour l'assurance insolvabilité, conditions prévues par l'autorité de contrôle allemande, à savoir le Bundesaufsichtsamt für das Versicherungswesen (BAV). Ainsi les entreprises luxembourgeoises seront-elles de ce point de vue traitées de la même façon que les entreprises allemandes.

Article 3

Cet article dispose dans son alinéa 1er que le PSVaG intervient lorsqu'un des sinistres prévus par l'article 23 de la loi luxembourgeoise relative aux régimes complémentaires de pension se produit. Ces sinistres comparables à ceux prévus par la loi allemande sont les suivants:

- ouverture de la procédure de faillite
- ouverture de la procédure du concordat préventif de la faillite
- ouverture de la liquidation judiciaire des sociétés
- ouverture de la procédure de gestion contrôlée
- ouverture de la liquidation judiciaire des entreprises d'assurances
- ouverture de la procédure de la liquidation judiciaire d'établissement du secteur financier.

L'alinéa 2 dispose qu'en cas de modification de la législation luxembourgeoise relative à la définition des sinistres, le PSVaG ne va intervenir que si les sinistres sont comparables aux sinistres définis à l'article 7, § 1 de la loi allemande relative à l'amélioration des régimes de pension professionnels.

Selon l'alinéa 3 c'est la communauté de risque commune des employeurs allemands et luxembourgeois qui fournit les fonds nécessaires à l'exécution de l'assurance insolvabilité. Ainsi la nationalité des différents employeurs n'est pas prise en compte au niveau du financement.

Article 4

Cet article permet au PSVaG de procéder à des rachats en application de l'article 13 de la loi luxembourgeoise qui définit les conditions d'un rachat, même si ces rachats sont soumis à des conditions différentes que celles prévues par la loi allemande du 19 décembre 1974 relative à l'amélioration des régimes de pension professionnels.

Article 5

Selon cet article les employeurs luxembourgeois seront soumis aux obligations de déclaration, de cotisations, de communication et de renseignement suivant les dispositions de la loi allemande relative à l'amélioration des régimes de pension professionnels. Ils sont donc soumis à ce niveau à la même législation que les employeurs allemands.

Article 6

Cet article précise dans son alinéa 1er que l'Inspection générale de la sécurité sociale est l'organisme de liaison entre le PSVaG et les employeurs luxembourgeois en ce qui concerne l'obligation de cotiser et l'obligation de déclaration.

L'article dispose dans son alinéa 2 que l'Inspection générale de la sécurité sociale organise la perception des cotisations ainsi que l'exécution des avis de paiement. Cette mission s'exerce conformément à la législation luxembourgeoise. Ceci signifie en pratique que le PSVaG établit les cotisations et communique les montants au centre commun de la sécurité sociale par l'intermédiaire de l'Inspection générale de la sécurité sociale. La perception et le recouvrement forcé des cotisations auprès des entreprises affiliées se font suivant les dispositions du Code des assurances sociales.

Article 7

Cet article attribue dans certains cas une compétence exclusive aux tribunaux de Cologne:

- 1) le tribunal administratif de Cologne est territorialement compétent pour les contestations concernant le fondement et le montant des cotisations.
- 2) le tribunal de travail de Cologne est compétent pour les contestations concernant la fixation des prestations.

3) le tribunal de commerce de Cologne (Insolvenzgericht) est compétent pour connaître des contestations relatives à l'existence d'un sinistre.

Le Gouvernement luxembourgeois a accepté cette compétence des juridictions allemandes pour les raisons suivantes:

Tout d'abord, la compétence exclusive des tribunaux allemands évite des jugements contradictoires en la matière. De plus, le Gouvernement luxembourgeois s'est rendu compte que l'attribution de la compétence aux juridictions allemandes peut en pratique être très utile aux affiliés luxembourgeois. En effet, les juridictions de Cologne ont en matière d'assurance insolvabilité une expérience de longue date que les juridictions luxembourgeoises n'ont pas. Par ailleurs, on trouve à Cologne des avocats spécialisés en la matière qui bénéficient de cette même expérience.

A l'exception de ces cas précis, tout contentieux résultant en matière de pension complémentaire de l'insolvabilité des entreprises est de la compétence du tribunal de commerce respectivement du tribunal de travail de Luxembourg. En effet, dès qu'une faillite est prononcée au Luxembourg, le PSVaG ayant droit de faire opposition contre l'ouverture de cette faillite doit le faire devant le tribunal ayant prononcé la faillite à savoir le tribunal de commerce de Luxembourg. De même en cas de contestations entre salariés, anciens salariés, et ayants droits d'une part et entreprises d'autre part, les juridictions luxembourgeoises sont compétentes, à savoir en l'espèce le tribunal de travail du lieu de travail (article 47 NCPC).

Ceci étant dit, il ne faut pas exagérer la portée des exceptions que le présent article 7 apporte à l'organisation des juridictions luxembourgeoises. En effet ce n'est que dans trois cas bien déterminés invoqués supra que les juridictions de Cologne sont compétentes. Encore ne faut-il pas négliger le fait que dans deux des trois cas visés (le premier et le troisième), les tribunaux allemands, d'après le principe de la compétence des tribunaux du domicile du défendeur, seraient de toute façon compétents. Revenant au premier cas, il y a lieu de relever que la compétence des tribunaux allemands ne pose pas de problème, car aucune disposition de notre loi luxembourgeoise interdit une compétence des juridictions allemandes en matière d'exécution d'un acte administratif allemand. En ce qui concerne le troisième cas, à savoir l'attribution de la compétence aux juridictions de Cologne pour connaître des contestations relatives à l'existence d'un sinistre, il y a lieu de relever que ce cas précis ne vise que l'article 3 §2 de la présente convention énonçant que „le PSVaG en cas de modification de la législation luxembourgeoise ayant des conséquences sur la définition des sinistres n'intervient que lorsque les sinistres sont comparables aux sinistres définis par la loi allemande“. En ce qui concerne le deuxième cas, il faut noter que c'est en fait le seul cas posant des problèmes au niveau luxembourgeois. En effet cet article attribue la compétence concernant la fixation des prestations aux tribunaux de Cologne, alors que selon la loi luxembourgeoise se serait le tribunal de travail de Luxembourg qui serait compétent. Cette attribution se justifie toutefois par le fait que les entreprises et les salariés luxembourgeois profiteront de l'expérience des tribunaux allemands en la matière et parce qu'il sera utile à ce que la jurisprudence allemande soit uniformément appliquée en la matière, ce qui évite des jugements contradictoires.

Reste encore à résoudre le problème d'une éventuelle adaptation de notre loi à la convention.

Concernant le conflit entre un traité et une loi nationale il convient de relever un principe fondamental à savoir celui de la primauté des lois internationales sur les lois nationales. En effet, un traité international, incorporé dans la législation interne par une loi approbative, est une loi d'essence supérieure ayant une origine plus haute que la volonté d'un organe interne. Il s'ensuit qu'en cas de conflit entre les dispositions d'un traité international et celles d'une loi nationale, la loi internationale doit prévaloir sur la loi nationale (CE 28 juillet 1951, Pas. 15, p.263; Cour (cass.) 8 juin 1950, Pas. 15, p.41; Cour (cass.) 14 juillet 1954, Pas.16, p.151).

D'après ce principe de la primauté du droit international sur le droit national, il n'est donc pas nécessaire d'adapter notre loi nationale.

Article 8

La langue de travail du PSVaG est l'allemand et cela même en relation avec les affiliés luxembourgeois.

Article 9

Cet article dispose que les Etats contractants sont tenus de se tenir réciproquement au courant de toute modification décisive des législations.

Article 10

L'article 10 dispose que la présente convention ne s'applique qu'aux sinistres survenus au Luxembourg après l'entrée en vigueur de la convention. Cependant elle s'applique également aux droits acquis et droits à la pension nés avant l'entrée en vigueur de la convention.

Article 11

L'article 11 contient les règles relatives à l'entrée en vigueur de la convention.

Article 12

L'article 12 contient les règles relatives à la durée et à une éventuelle dénonciation de la présente convention.

Article 13

L'article 13 dispose qu'en cas de dénonciation de la présente convention, les stipulations de la convention restent en vigueur pour les droits à pension résultant de sinistres survenus antérieurement à l'abrogation de la convention. Pour ce qui est des droits acquis et non encore échus résultant de tels sinistres, cela n'est vrai que si les Etats contractants ont convenu, d'un commun accord, de leur financement. Ceci s'explique par le fait que les cotisations des entreprises affiliées au PSVaG couvrent la prise en charge des pensions en cours au moment de la faillite sans pour autant couvrir les droits acquis sur les pensions futures.

Il convient de relever que le PSVaG ne fournit pas lui-même les prestations lui incombant du fait d'une faillite, mais qu'il a conclu un contrat avec un consortium d'assurance vie qui, moyennant le versement d'une prime unique s'est engagé à honorer les engagements de pensions complémentaires. Cette prime unique couvre la valeur totale des prestations. Les droits acquis aux prestations ne seront transférés au consortium qu'à l'échéance de celles-ci. Au moment de la faillite ces droits ne sont donc pas préfinancés.

*

**CONVENTION ENTRE LE GRAND-DUCHE DE LUXEMBOURG
ET LA REPUBLIQUE FEDERALE D'ALLEMAGNE**
**relative à la coopération dans le cadre de l'assurance insolvabilité des
régimes complémentaires de pension**

Le Grand-Duché de Luxembourg

et

la République fédérale d'Allemagne

exprimant, dans le processus de l'intégration progressive de l'Union européenne, leur désir d'intensifier la coopération également au niveau des régimes complémentaires de pension,

au vu de la comparabilité de la législation sur les régimes complémentaires de pension dans les deux Etats contractants,

considérant que la structure des risques est similaire dans les deux Etats contractants,

considérant que l'assurance insolvabilité des régimes complémentaires de pension ne peut être réalisée que par une communauté de risque suffisamment grande,

ONT CONVENU de ce qui suit:

Article 1er

L'organisme assurant le risque insolvabilité, prévu par la loi luxembourgeoise du 8 juin 1999 relative aux régimes complémentaires de pension est l'organisme prévu par la loi allemande du 19 décembre 1974 relative à l'amélioration des régimes de pension professionnels, en l'occurrence le „Pensions-Sicherungs-Verein, Versicherungsverein auf Gegenseitigkeit“ (PSVaG). Cet organisme assume les droits et obligations de l'assureur insolvabilité prévu dans la loi luxembourgeoise conformément aux dispositions de la présente convention.

Article 2

Le PSVaG se charge de l'assurance insolvabilité des régimes complémentaires de pension luxembourgeois conformément aux dispositions de la loi allemande relative à l'amélioration des régimes de pension professionnels, aux statuts du PSVaG et aux conditions générales d'assurance pour l'assurance insolvabilité des régimes de pension professionnels, pour autant qu'il n'en soit pas stipulé autrement par la suite.

Article 3

1. Le PSVaG intervient lorsqu'un des sinistres énumérés dans la loi luxembourgeoise relative aux régimes complémentaires de pension se produit.
2. En cas de modification de la législation luxembourgeoise ayant des conséquences sur la définition des sinistres, le PSVaG intervient lorsque les sinistres sont comparables aux sinistres définis à l'article 7, paragraphe 1 de la loi allemande relative à l'amélioration des régimes de pension professionnels.
3. Les fonds nécessaires à l'exécution de l'assurance insolvabilité sont fournis par une communauté de risque commune des employeurs allemands et luxembourgeois.

Article 4

Par dérogation à l'article 8, paragraphe 2 de la loi allemande relative à l'amélioration des régimes de pension professionnels, le PSVaG peut procéder à un rachat des droits acquis, dans la mesure où la loi luxembourgeoise relative aux régimes complémentaires de pension le permet.

Article 5

Les employeurs luxembourgeois sont soumis aux obligations de déclaration et de cotisation ainsi qu'aux autres obligations de communication et de justification suivant les dispositions de la loi allemande relative à l'amélioration des régimes de pension professionnels.

Article 6

1. L'Inspection générale de la sécurité sociale est l'organisme de liaison entre le PSVaG et les employeurs luxembourgeois.
2. L'organisme de liaison ordonne la perception des cotisations, la signification et l'exécution des avis de paiement conformément à la législation luxembourgeoise.

Article 7

Le Tribunal administratif de Cologne est compétent pour connaître des contestations relatives à l'assise et aux montants des cotisations. Cologne est territorialement compétent pour connaître des contestations relatives à l'existence d'un sinistre et à la fixation des prestations; la compétence matérielle est déterminée suivant les règles de compétences allemandes.

Article 8

La langue de travail du PSVaG est l'allemand.

Article 9

1. Les Etats contractants s'informent sur les modifications décisives des législations respectives.
2. Les stipulations de la présente convention s'appliquent également à de telles institutions ou dispositions du droit luxembourgeois ou allemand qui se substituent aux institutions ou dispositions désignées dans la présente convention.

Article 10

1. La présente convention ne s'applique qu'aux sinistres survenus au Luxembourg après l'entrée en vigueur de la convention.
2. En cas de sinistre survenu après l'entrée en vigueur de la présente convention, les droits acquis et les droits à pension nés avant l'entrée en vigueur de la présente convention sont également à couvrir par l'assurance insolvabilité.

Article 11

1. La présente convention est soumise à ratification; les documents de ratification seront échangés dans les meilleurs délais à Luxembourg.
2. La présente convention entre en vigueur le premier jour suivant l'expiration de l'année de calendrier au cours de laquelle l'échange des documents de ratification a eu lieu.

Article 12

1. La présente convention est conclue pour une durée indéterminée.
2. Chaque Etat contractant peut la dénoncer par écrit avec effet à la fin de l'année civile qui suit la dénonciation par la voie diplomatique.

Article 13

En cas de dénonciation de la présente convention, les stipulations de la convention restent en vigueur pour les droits à pension nés jusqu'à la date d'abrogation de la convention et résultant de sinistres survenus antérieurement à l'abrogation de la convention. Il en est de même pour les droits acquis, si les Etats contractants sont convenus, d'un commun accord, de leur financement.

FAIT à Berlin, le 22 septembre 2000, en double exemplaire, en français et allemand, les deux textes faisant également foi.

Pour le Grand-Duché de Luxembourg,

Pour la République fédérale d'Allemagne,

A handwritten signature in black ink, consisting of a stylized 'L' followed by a series of loops and a final horizontal stroke.A handwritten signature in black ink, featuring a large, stylized 'G' followed by several loops and a final horizontal stroke.

