



CHAMBRE DES DÉPUTÉS
GRAND-DUCHÉ DE LUXEMBOURG

Dossier consolidé

Projet de loi 5155

Projet de loi portant réforme du divorce

Date de dépôt : 20-05-2003

Date de l'avis du Conseil d'État : 16-07-2010

Auteur(s) : Monsieur Luc Frieden, Ministre de la Justice

Liste des documents

Date	Description	Nom du document	Page
20-05-2003	Déposé	5155/00	<u>4</u>
19-11-2003	Avis du Conseil de l'Ordre des Avocats du Barreau de Luxembourg (19.11.2003)	5155/01	<u>31</u>
04-12-2003	Avis de l'Ombuds-Comité fir d'Rechter vum Kand (4.12.2003)	5155/06	<u>48</u>
16-03-2004	Avis du Conseil d'Etat (16.3.2004)	5155/02	<u>56</u>
06-05-2004	1) Dépêche du Procureur Général d'Etat au Ministre de la Justice (19.4.2004) 2) Avis du Tribunal d'arrondissement de Luxembourg (8.3.2004)	5155/03	<u>73</u>
23-10-2006	Avis du Conseil National des Femmes du Luxembourg (23.10.2006)	5155/04	<u>86</u>
21-12-2006	1) Avis du Comité du Travail Féminin sur le projet de loi (21.12.2006) 2) Avis du Comité du Travail Féminin sur le modèle de partage fonctionnel/Individualisation des droits (21.12.2006)	5155/05	<u>94</u>
13-05-2009	Amendements adoptés par la/les commission(s) : Commission juridique	5155/07	<u>102</u>
16-07-2010	Avis complémentaire du Conseil d'Etat (16.7.2010)	5155/08	<u>127</u>
05-07-2011	Avis du Conseil d'Etat (5.7.2011)	6272/05, 4969/03, 5155/09	<u>144</u>
07-06-2016	Arrêté Grand-Ducal de retrait du rôle des affaires (1.6.2016)	5155/10	<u>156</u>
14-03-2012	Commission juridique Procès verbal (27) de la reunion du 14 mars 2012	27	<u>159</u>
07-03-2012	Commission juridique Procès verbal (24) de la reunion du 7 mars 2012	24	<u>172</u>
29-02-2012	Commission juridique Procès verbal (23) de la reunion du 29 février 2012	23	<u>184</u>
29-02-2012	Commission juridique Procès verbal (22) de la reunion du 29 février 2012	22	<u>191</u>
15-02-2012	Commission juridique Procès verbal (21) de la reunion du 15 février 2012	21	<u>200</u>
14-02-2012	Commission juridique Procès verbal (20) de la reunion du 14 février 2012	20	<u>208</u>
13-02-2012	Commission juridique Procès verbal (19) de la reunion du 13 février 2012	19	<u>220</u>
08-02-2012	Commission juridique Procès verbal (18) de la reunion du 8 février 2012	18	<u>239</u>
08-02-2012	Commission juridique Procès verbal (17) de la reunion du 8 février 2012	17	<u>243</u>
01-02-2012	Commission juridique Procès verbal (16) de la reunion du 1 février 2012	16	<u>251</u>
25-01-2012	Commission juridique Procès verbal (15) de la reunion du 25 janvier 2012	15	<u>262</u>
18-01-2012	Commission juridique Procès verbal (14) de la	14	<u>271</u>

Date	Description	Nom du document	Page
	reunion du 18 janvier 2012		
11-01-2012	Commission juridique Procès verbal (13) de la reunion du 11 janvier 2012	13	<u>281</u>
14-06-2011	Commission juridique Procès verbal (36) de la reunion du 14 juin 2011	36	<u>292</u>
09-06-2011	Commission juridique Procès verbal (35) de la reunion du 9 juin 2011	35	<u>307</u>
07-06-2011	Commission juridique Procès verbal (33) de la reunion du 7 juin 2011	33	<u>316</u>
25-05-2011	Commission juridique Procès verbal (32) de la reunion du 25 mai 2011	32	<u>322</u>
04-05-2011	Commission juridique Procès verbal (29) de la reunion du 4 mai 2011	29	<u>337</u>
06-04-2011	Commission juridique Procès verbal (27) de la reunion du 6 avril 2011	27	<u>345</u>
30-03-2011	Commission juridique Procès verbal (25) de la reunion du 30 mars 2011	25	<u>352</u>

5155/00

N° 5155

CHAMBRE DES DEPUTES

Session ordinaire 2002-2003

PROJET DE LOI

portant réforme du divorce

* * *

*(Dépôt: le 20.5.2003)***SOMMAIRE:**

	<i>page</i>
1) Arrêté Grand-Ducal de dépôt (15.5.2003)	1
2) Texte du projet de loi	2
3) Exposé des motifs.....	11
4) Commentaire des articles	14

*

ARRETE GRAND-DUCAL DE DEPOT

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

Sur le rapport de Notre Ministre de la Justice et après délibération du Gouvernement en Conseil;

Arrêtons:

Article unique.— Notre Ministre de la Justice est autorisé à déposer en Notre nom à la Chambre des Députés le projet de loi portant réforme du divorce.

Palais de Luxembourg, le 15 mai 2003

Le Ministre de la Justice,
Luc FRIEDEN

HENRI

*

TEXTE DU PROJET DE LOI

Art. I.– Au Titre VI du Livre Ier du Code Civil intitulé „Du Divorce“ les Chapitres Ier, II, III et IV sont abrogés et remplacés par les dispositions suivantes:

„Chapitre Ier. – Des cas du divorce

- Art. 229.**– Le divorce peut être prononcé en cas:
- soit de consentement mutuel;
 - soit de rupture irrémédiable des relations conjugales des époux.

Section I. – Du divorce par consentement mutuel

Art. 230.– Lorsque les époux demandent ensemble le divorce, ils n’ont pas à en faire connaître la cause; ils doivent seulement soumettre à l’approbation du tribunal un projet de convention qui en règle les conséquences durant le temps de la procédure et après le divorce:

- 1° la résidence de chacun des époux pendant le temps des épreuves;
- 2° l’administration de la personne et des biens des enfants mineurs, non mariés, ni émancipés, issus de leur union ou adoptés par eux et le droit de visite sur ces enfants tant pendant le temps des épreuves qu’après le divorce, conformément aux règles définies aux Titres IX et X du Livre Ier;
- 3° la contribution de chacun des époux à l’entretien et à l’éducation desdits enfants, sans préjudice des obligations découlant du chapitre V du Titre V du Livre Ier;
- 4° la pension alimentaire éventuelle à payer par l’un des époux à l’autre, pendant le temps de la procédure et après le divorce.

Les époux sont tenus de faire préalablement par notaire inventaire et estimation de tous leurs biens meubles et immeubles, et de régler leurs droits respectifs, sur lesquels il leur sera néanmoins libre de transiger. L’estimation des biens se fera en cas d’accord, d’après les déclarations des époux, sinon par prisée. Lorsqu’il n’existe pas de biens à partager entre époux, ils en feront la déclaration dans le projet de convention visée à l’alinéa 1er et il ne sera dressé aucun acte notarié.

Le divorce par consentement mutuel ne peut être demandé au cours de la première année de mariage.

Art. 231.– Le tribunal prononce le divorce s’il a acquis la conviction que la volonté de chacun des époux est réelle et que chacun d’eux a donné un consentement libre et éclairé et s’il approuve la convention visée à l’alinéa 1er de l’article 230.

Le tribunal peut refuser l’homologation de la convention et il ne prononce pas le divorce s’il constate que la convention préserve insuffisamment les intérêts des enfants ou de l’un des époux.

Section II. – Du divorce pour rupture irrémédiable des relations conjugales des époux

Art. 232.– Le divorce peut être demandé par l’un des époux ou les deux, pour rupture irrémédiable des relations conjugales des époux.

Le divorce pour rupture irrémédiable des relations conjugales des époux ne peut être prononcé au cours de la première année de mariage.

Art. 233.– Les époux peuvent, à tout moment de la procédure, demander au juge ou au tribunal de constater leur accord pour voir prononcer leur divorce par consentement mutuel en lui présentant une convention réglant les conséquences de celui-ci.

Chapitre II. – De la procédure du divorce

Section I. – Dispositions générales

Art. 234.– Le tribunal de l’arrondissement dans lequel les époux ont leur domicile commun, ou à défaut, dans lequel la partie défenderesse a son domicile, est compétent pour se prononcer sur le

divorce et ses conséquences, sans préjudice des règles de compétence judiciaire déterminées par les dispositions communautaires ou internationales applicables.

Section II. – De la procédure de divorce par consentement mutuel

Art. 235.– La demande est introduite par voie de requête conjointe des époux. Les époux peuvent se faire assister par un avocat à la cour.

Les époux se présentent ensemble et en personne devant le président du tribunal civil d'arrondissement compétent en vertu de l'article 234 ou devant le juge qui le remplace.

Les époux sont tenus de produire, à l'instant, outre les actes mentionnés à l'article 230,

- les actes de leur naissance et celui de leur mariage,
- les actes de naissance et de décès de tous les enfants de leur union ainsi que des enfants qu'ils ont adoptés.

Le juge examine la demande avec chacun des époux, puis les réunit. Le juge les autorise à résider séparément pendant le temps de la procédure.

Le greffier dresse procès-verbal de ce qui a été dit; les pièces produites demeurent annexées au procès-verbal. Le procès-verbal est signé tant par le juge et le greffier que les parties. Le juge met au bas de ce procès-verbal son ordonnance portant que, dans les trois jours, il sera par lui référé au tribunal, en la chambre du conseil.

Art. 236.– Le tribunal prononce le divorce lorsque les conditions prévues à l'article 231 sont réunies et il homologue la convention, qui fait partie intégrante de la décision définitive de divorce.

Art. 237.– En cas de refus d'homologation de la convention, le tribunal indique aux époux qu'une nouvelle convention doit lui être présentée dans un délai maximum de six mois. Dans ce cas, il peut proposer une médiation.

Il peut aussi homologuer les mesures provisoires que les parties s'accordent, le cas échéant, à prendre jusqu'à la date à laquelle le jugement de divorce prend force de chose jugée, sous réserve qu'elles soient conformes à l'intérêt des enfants.

A défaut de présentation d'une nouvelle convention dans le délai fixé, la demande de divorce est caduque.

Art. 238.– L'appel du jugement qui aurait déclaré ne pas y avoir lieu à prononcer le divorce, n'est recevable qu'autant qu'il est interjeté par les deux parties dans le délai de quarante jours, qui commence à courir à partir du jour où le jugement leur est notifié sous pli recommandé par le greffe.

Art. 239.– L'appel est interjeté par une requête, qui doit être signée d'un avocat à la cour et contresignée par les parties. La date du dépôt est constatée par le greffier de la cour supérieure de justice par une mention portée sur l'original de la requête. La cour instruit l'affaire en la chambre du conseil. L'arrêt est prononcé en audience publique.

Art. 240.– Le recours en cassation n'est recevable que contre l'arrêt qui refuse de prononcer le divorce et dans le cas seulement où il est formé par les époux agissant conjointement. Les formes et délais prescrits par la loi modifiée du 18 février 1885 sur les pourvois et la procédure en cassation sont observés sans toutefois qu'il y ait lieu à signification du mémoire.

Section III. – De la procédure de divorce pour rupture irrémédiable des relations conjugales des époux

Paragraphe 1. – De la procédure préalable à l'assignation

Art. 241.– Le président du tribunal civil d'arrondissement compétent en vertu de l'article 234 ou le juge qui le remplace est saisi par requête initiale signée par l'un des époux ou les deux. La requête contient des informations sur la situation familiale et patrimoniale des époux, sur leur régime matrimonial, sur les enfants de leur union ou adoptés par eux.

Les parties sont convoquées par le greffe selon les formes prévues à l'article 170 du nouveau code de procédure civile. Les convocations contiendront, à peine de nullité, les mentions prescrites à l'article 80 du nouveau code de procédure civile.

Chacun des époux peut se faire assister par un avocat à la cour.

Art. 242.– Le juge entend les parties avant l'instance judiciaire tant sur le principe du divorce que sur ses conséquences et cherche à les concilier sur les mesures à prendre. Le juge s'entretient personnellement avec chacun des époux séparément avant de les réunir en sa présence. Les avocats, s'il y a lieu, sont ensuite appelés à assister et à participer à l'entretien.

En cas de requête initiale signée par un des époux seulement et si l'époux défendeur ne comparait pas, les dispositions des articles 243 et suivants s'appliquent aussi.

Art. 243.– Lorsque l'époux défendeur conteste le caractère de rupture irrémédiable des relations conjugales des époux, le juge, afin de donner aux époux l'occasion de se concilier, renvoie la cause à une nouvelle audience fixée dans un délai maximum de trois mois. En cas de nécessité, à la demande de l'un des époux ou d'office, le juge peut renouveler ce délai une fois pour une durée qui ne peut être supérieure à trois mois.

D'office ou à la demande des époux ou de l'un d'eux, le juge peut prendre les mesures prévues au point 1° de l'article 246.

Art. 244.– Lorsque les époux ou l'un d'eux persistent dans l'intention de divorcer à l'issue de l'audience prévue à l'article 241 ou, le cas échéant, de celle organisée sur le fondement de l'article 243, le juge s'efforce de les amener à régler les conséquences du divorce à l'amiable par des accords, dont le tribunal pourra tenir compte dans le jugement de divorce, sous réserve qu'ils soient conformes à l'intérêt des enfants et de chacun des époux.

Paragraphe 2. – Des mesures provisoires

Art. 245.– Lors de l'audience prévue à l'article 241, le juge peut prescrire les mesures nécessaires pour assurer l'existence des époux ainsi que celle des enfants jusqu'à la date à laquelle le jugement prend force de chose jugée. A cet effet il prend en considération les accords éventuels des époux.

S'il y a des enfants, les époux peuvent soumettre à l'homologation du juge les accords par lesquels ils déterminent les modalités d'exercice de l'autorité parentale à l'égard des enfants mineurs, leur résidence, ainsi que la contribution à l'entretien et l'éducation des enfants. A défaut d'accord des parents ou si cet accord ne lui paraît pas conforme à l'intérêt des enfants, le juge statue selon les règles définies au Titre IX et au Titre X du Livre Ier. Dans l'intérêt des enfants mineurs le juge peut tenir compte des sentiments exprimés par eux dans les conditions de l'article 388-1.

Art. 246.– Le juge peut notamment:

- 1° proposer aux époux une mesure de médiation;
- 2° organiser les modalités de la résidence séparée des époux, s'il y a lieu avec les enfants mineurs du couple;
- 3° attribuer à l'un des époux la jouissance du logement et du mobilier du ménage ou partager entre eux cette jouissance, en précisant son caractère gratuit ou non et, le cas échéant, en constatant l'accord des époux sur le montant d'une indemnité d'occupation;
- 4° ordonner la remise de vêtements ou d'objets personnels;
- 5° fixer la pension alimentaire que l'un des époux devra verser à son conjoint;
- 6° accorder à l'un des époux des provisions sur sa part de communauté si la situation le rend nécessaire;
- 7° à la demande de l'un des époux, statuer sur la répartition provisoire de tout ou partie du passif et sur l'attribution de la jouissance des biens communs, ou de leur gestion, sous réserve des droits de chacun dans la liquidation du régime matrimonial;
- 8° désigner un notaire en vue de dresser un inventaire, d'élaborer un projet de liquidation et de partage du régime matrimonial ainsi que de faire des propositions quant aux conséquences pécuniaires de la séparation.

Art. 247.– Sans préjudice des articles 1008 à 1017 du nouveau code de procédure civile, le juge peut prendre dès la requête initiale, des mesures d’urgence.

A ce titre, il peut prendre toute mesure conservatoire pour garantir les droits d’un époux.

Art. 248.– L’ordonnance prise en vertu des articles 245, 246 et 247 est notifiée par la voie du greffe conformément à l’article 170 du nouveau code de procédure civile.

Art. 249.– L’ordonnance peut être frappée d’appel dans un délai de quinze jours à partir de la notification. L’appel est porté devant la Cour d’appel. Il est jugé d’urgence et selon la même procédure qu’en première instance.

En cas de défaut, l’ordonnance est susceptible d’opposition dans un délai de huit jours à partir de la notification, lequel court simultanément avec le délai d’appel. L’opposition consiste dans une déclaration à faire au greffe du tribunal.

Paragraphe 3. – De l’assignation en divorce

Art. 250.– Le demandeur qui persiste dans son intention de divorcer, introduit une assignation en divorce pour rupture irrémédiable des relations conjugales des époux, dans la forme ordinaire devant le tribunal d’arrondissement siégeant en matière civile.

L’assignation contient, à peine de nullité, outre les formalités ordinaires, la mention de l’identité des enfants mineurs, non mariés, ni émancipés. Le demandeur joint au rôle les pièces suivantes:

1. un extrait de l’acte de mariage,
2. un extrait de l’acte de naissance des enfants,
3. s’il y a lieu un projet de règlement des effets du divorce tel que visé par l’article 244.

Art. 251.– L’action en divorce s’éteint par le décès de l’un des époux survenu avant que le jugement ou l’arrêt prononçant le divorce ne soit devenu définitif.

Paragraphe 4. – Du prononcé du divorce

Art. 252.– Le tribunal constate le caractère irrémédiable de la rupture des relations conjugales des époux, il prononce le divorce et statue sur les conséquences.

Il homologue, s’il y a lieu, la convention que les époux peuvent lui soumettre à tout moment de l’instance réglant tout ou partie des effets du divorce.

Le dispositif du jugement ou de l’arrêt qui prononce le divorce doit énoncer la date de l’assignation. Cette date figure dans la mention marginale et dans la transcription faite en application des articles 258 et 259.

Art. 253.– En prononçant le divorce pour rupture irrémédiable des relations conjugales des époux, le tribunal homologue la convention relative à la liquidation et au partage de leurs intérêts patrimoniaux et à la détermination des obligations alimentaires que les époux lui soumettent le cas échéant, sous réserve que cette convention préserve suffisamment les intérêts de chacun d’eux ainsi que ceux des enfants.

A défaut d’homologation, le tribunal ordonne la liquidation et le partage des intérêts patrimoniaux des époux.

Il statue, s’il y a lieu, sur les demandes de maintien dans l’indivision ou d’attribution préférentielle.

Il peut aussi accorder à l’un des époux ou aux deux une avance sur part de communauté ou de biens indivis.

Art. 254.– Si les opérations de liquidation et de partage ne sont pas achevées dans le délai d’un an après que le divorce est devenu définitif, le notaire liquidateur en informe sans tarder le tribunal.

Lorsque les parties peuvent encore s’accorder sur la liquidation et le partage de leurs intérêts patrimoniaux, le notaire établit un rapport sur l’état d’avancement des opérations. Au vu de ce rapport, le tribunal peut accorder un délai supplémentaire d’une durée maximale de six mois.

A défaut, le notaire dresse un procès-verbal des difficultés et des déclarations respectives des parties. Le tribunal statue alors sur les contestations subsistant entre elles.

Dans tous les cas, le tribunal renvoie les parties devant le notaire afin d'établir l'état liquidatif.

Paragraphe 5. – Des voies de recours

Art. 255.– La décision qui prononce le divorce par défaut est signifiée par huissier de justice. Si cette signification n'a pas été faite à personne, le président ordonne, sur simple requête, la publication de la décision par extrait dans les journaux qu'il désigne.

La décision qui prononce le divorce est susceptible d'acquiescement, sauf lorsqu'elle a été rendue contre un majeur protégé. Dans ce même cas le désistement de l'appel est nul.

En cas d'appel d'une décision rendue par le tribunal d'arrondissement en matière de divorce, la cause est instruite et jugée par la cour d'appel, comme affaire urgente.

Art. 256.– L'appel n'est recevable qu'autant qu'il a été interjeté dans les quarante jours à compter du jour de la signification de la décision rendue contradictoirement.

S'il s'agit d'une décision rendue par défaut, le délai ne commence à courir qu'à partir du jour où l'opposition n'est plus recevable.

Le délai pour faire opposition à la décision par défaut est de quinze jours à partir de la signification à personne, ou si une publication a été ordonnée, à partir du dernier acte de publication.

Le délai de se pourvoir à la cour de cassation contre une décision en dernier ressort est de deux mois à compter de la signification. Le pourvoi est suspensif.

Chapitre III. – Des conséquences du divorce

Section I. – De la date à laquelle se produisent les effets du divorce

Art. 257.– La décision qui prononce le divorce dissout le mariage à la date à laquelle elle acquiert force de chose jugée.

Chacun des époux divorcés peut se remarier aussitôt après cette date.

Art. 258.– La décision de divorce est opposable aux tiers, en ce qui concerne les biens des époux, à partir du jour où les formalités de mention en marge prescrites par les règles de l'état civil ont été accomplies.

Le dispositif de la décision qui prononce le divorce est mentionné en marge de l'acte de mariage et des actes de naissance de chacun des époux, conformément à l'article 49. Si le mariage a été célébré à l'étranger, le dispositif de la décision est transcrit sur les registres de l'état civil de la commune où l'acte de mariage a été transcrit, sinon sur ceux de la Ville de Luxembourg et mentionné en outre en marge des actes de naissance de chacun des époux.

La mention ou la transcription est faite par les soins de l'officier d'état civil, dans les trois jours de la réquisition, non compris les jours fériés, sous peine d'une amende de 75 euros à 250 euros.

Art. 259.– La mention ou la transcription est faite:

- à la diligence des époux ou de l'un d'eux en cas de divorce prévu à l'article 231,
- au nom de l'époux qui a demandé le divorce ou des époux à la diligence de l'avocat à la cour en cas de divorce prévu à l'article 232,

le tout sous peine d'une amende de 75 euros à 250 euros. A cet effet la décision est signifiée ou remise contre accusé de réception dans le délai d'un mois à compter de la date à laquelle elle a force de chose jugée, à l'officier de l'état civil compétent.

Cette signification ou remise doit être accompagnée des certificats énoncés à l'article 687 du nouveau code de procédure civile, et, s'il y a eu arrêt, d'un certificat de non pourvoi.

En cas de rejet d'un pourvoi contre un arrêt prononçant le divorce, le greffier en chef de la cour doit dans le mois du prononcé de l'arrêt, adresser un extrait dudit arrêt à l'avocat à la cour de la partie

qui a demandé la décision définitive prononçant le divorce. Le délai prévu pour la réquisition de la mention ou de la transcription ne court, dans ce cas, qu'à partir de la réception par l'avocat à la cour de l'extrait de l'arrêt de rejet.

A défaut par l'avocat à la cour de la partie qui a demandé le divorce de faire la signification ou la remise dans le délai d'un mois, l'autre partie a le droit de faire cette signification ou remise et de requérir l'apposition de la mention ou de la transcription.

Art. 260.– La décision de divorce prend effet dans les rapports entre époux, en ce qui concerne leurs biens:

- lorsque le divorce est prononcé en application de l'article 231, à la date de l'homologation de la convention, à moins que celle-ci n'en dispose autrement;
- lorsque le divorce est prononcé en application de l'article 232, à la date de l'ordonnance, s'il y a lieu, prévue à l'article 245 organisant les modalités de la résidence séparée des époux, sinon à la date de l'assignation en divorce.

Les époux peuvent, l'un ou l'autre, saisir le tribunal afin qu'il statue sur le report des effets du jugement à la date où ils ont cessé de cohabiter et de collaborer.

Art. 261.– Toute obligation contractée par l'un des époux à la charge de la communauté, toute aliénation de biens communs faite par l'un d'eux dans la limite de ses pouvoirs, postérieurement à la requête initiale, sera déclarée nulle, s'il est prouvé qu'il y a eu fraude aux droits de l'autre conjoint.

Section II. – Des conséquences du divorce pour les époux

Art. 262.– Si les époux divorcés veulent contracter entre eux une autre union, une nouvelle célébration de mariage est nécessaire.

Dans l'acte de mariage, on énoncera le lieu et la date de leur première union, la date et le lieu de célébration de la seconde union sont mentionnés en marge de l'acte de mariage de la première union et de l'acte de prononciation du divorce.

Les articles 1496 (abrogé par la loi du 4 février 1974) et 1527 ne sont applicables que s'il existe des enfants issus d'un mariage autre que le mariage précédent entre les mêmes époux.

Art. 263.– Quand le divorce est prononcé pour rupture irrémédiable des relations conjugales des époux, les donations de biens à venir et tous les avantages matrimoniaux accordés par l'un des époux au profit de l'autre, soit par contrat de mariage, soit pendant la durée de l'union, ne sont pas maintenus, sauf volonté contraire des époux exprimée dans l'accord amiable visé à l'article 244.

Les droits que des conventions passées avec des tiers attribuent au conjoint divorcé sont perdus de plein droit par l'effet du divorce.

Art. 264.– Quand le divorce est prononcé par consentement mutuel, les époux décident eux-mêmes du sort des donations de biens à venir et avantages qu'ils s'étaient consentis; s'ils n'ont rien décidé à cet égard, ils sont censés les avoir maintenus.

Les droits que des conventions passées avec des tiers attribuent au conjoint divorcé sont perdus de plein droit par l'effet du divorce.

Paragraphe 1. – Des pensions alimentaires

Art. 265.– Le divorce met fin au devoir de secours prévu par l'article 212.

Toutefois l'un des époux peut être tenu de verser à l'autre une pension alimentaire, destinée à subvenir à son entretien et à compenser, autant que possible, la disparité que la rupture du mariage crée dans les conditions de vie respectives.

La pension alimentaire est fixée selon les besoins de l'époux à qui elle est versée et les ressources de l'autre. Le tribunal peut décider que la pension peut être versée en capital dont il fixe le montant et les modalités.

Art. 266.– Dans la détermination des besoins et des ressources, le tribunal doit prendre en considération notamment:

- l’âge et l’état de santé des époux;
- la durée du mariage;
- le temps déjà consacré ou qu’il leur faudra consacrer à l’éducation des enfants;
- leur qualification et leur situation professionnelles au regard du marché du travail;
- leur disponibilité pour de nouveaux emplois;
- leurs droits existants et prévisibles;
- leur situation respective en matière de pensions de retraite s’il y a lieu;
- leur patrimoine, tant en capital qu’en revenu, après la liquidation du régime matrimonial.

Art. 267.– La pension est toujours révisable et révocable. Elle est révoquée dans le cas où elle cesse d’être nécessaire. La pension n’est plus due sur demande en cas de remariage, de partenariat ou de toute autre communauté de vie du créancier avec un tiers. Sont présumées vivre en communauté de vie les personnes qui vivent dans le cadre d’un foyer commun. La pension alimentaire peut être modifiée sur demande en cas de détérioration de la situation du créancier ou du débiteur de la pension, à condition toutefois que cette détérioration soit indépendante de la volonté de celui dans le chef duquel elle a lieu.

Dans le cadre de la fixation d’une pension alimentaire par le tribunal ou par les parties dans la convention visée aux articles 230 et 252 ou à l’occasion d’une demande de révision, les parties fournissent au tribunal une déclaration certifiant l’exactitude de leurs ressources, revenus et patrimoine.

Lorsqu’il y a allocation d’une pension alimentaire, le tribunal peut autoriser le bénéficiaire à percevoir, à l’exclusion de son ex-conjoint et sans préjudice des droits des tiers, les revenus de celui-ci, les produits de son travail comme les pensions et rentes lui revenant et toutes autres sommes qui lui seraient dues par des tiers dans les proportions qu’il indique et dans les conditions qu’il fixe. Cette décision est sujette à révision en cas de changement de circonstances.

Paragraphe 2. – Du logement

Art. 268.– Si le logement familial appartient en propre à l’un des époux, le tribunal peut le concéder à bail à l’autre conjoint, lorsque l’autorité parentale est exercé par celui-ci sur un ou plusieurs enfants, ou en cas d’exercice en commun de l’autorité parentale, lorsqu’un ou plusieurs enfants ont leur résidence habituelle dans ce logement.

Art. 269.– Le tribunal fixe la durée du bail et peut le renouveler jusqu’à la majorité du plus jeune des enfants. Le tribunal peut résilier le bail si des circonstances nouvelles le justifient.

Section III. – Des conséquences du divorce pour les enfants

Art. 270.– Le divorce laisse subsister les droits et les devoirs des père et mère à l’égard de leurs enfants, sous réserve des règles qui suivent.

Art. 271.– A défaut d’accord amiable des parents sur les modalités d’exercice de l’autorité parentale commune à l’égard des enfants mineurs communs ou adoptés par eux, leur résidence ainsi que la contribution à l’entretien et l’éducation des enfants, ou si cet accord lui apparaît contraire à l’intérêt de l’enfant, le tribunal prononçant le divorce confiera l’autorité parentale, soit à l’un ou à l’autre des époux, soit à une tierce personne, parente ou non, l’autorité parentale étant exercée conformément aux articles 378 et 389. Le tribunal statue sur les modalités de l’exercice de l’autorité parentale.

Le tribunal tient compte des sentiments exprimés par les enfants mineurs dans les conditions prévues à l’article 388-1.

Art. 272.– Le parent qui n’a pas l’exercice de l’autorité parentale conserve le droit de surveiller l’entretien et l’éducation de l’enfant et doit être informé en conséquence, des choix importants relatifs à la vie de ce dernier. Il y contribue à proportion de ses ressources et de celles de l’autre parent.

Un droit de visite et d'hébergement ne peut lui être refusé que pour des motifs graves. Il peut être chargé d'administrer sous contrôle judiciaire tout ou partie du patrimoine de l'enfant, par dérogation à l'article 389, si l'intérêt d'une bonne administration de ce patrimoine l'exige.

Art. 273.– Le tribunal de la jeunesse pourra toujours dans la suite déterminer, modifier ou compléter les modalités d'exercice de l'autorité parentale pour le plus grand avantage de l'enfant.

Le tribunal tient compte des sentiments exprimés par les enfants mineurs dans les conditions prévues à l'article 388-1.

Art. 274.– La contribution à l'entretien et à l'éducation des enfants prévue à l'article 271 prend la forme d'une pension alimentaire versée, selon le cas, au parent chez lequel l'enfant a sa résidence habituelle ou qui exerce l'autorité parentale, ou à la personne à laquelle l'enfant a été confié.

Les modalités et les garanties de cette pension alimentaire sont fixées par le jugement de divorce, pouvant tenir compte des accords passés entre époux, ou en cas de divorce par consentement mutuel par la convention des époux homologuée par le tribunal.

Art. 275.– Quelle que soit la personne à laquelle les enfants seront confiés, les père et mère conserveront respectivement le droit de surveiller l'entretien et l'éducation de leurs enfants et seront tenus d'y contribuer à proportion de leurs facultés.

Art. 276.– L'époux auprès duquel les enfants majeurs continuent de vivre pourra demander que lui soit versée une contribution de son ex-conjoint à leur entretien et à leur éducation, s'ils se trouvent encore, soit en cours d'études justifiées, soit à la charge des parents pour infirmité ou autre motif.

Art. 277.– La dissolution du mariage par le divorce prononcé en justice ne privera les enfants nés de ce mariage d'aucuns des avantages qui leur étaient assurés par les lois, ou par les conventions matrimoniales de leurs père et mère; mais il n'y aura d'ouverture aux droits des enfants que de la même manière et dans les mêmes circonstances où ils se seraient ouverts s'il n'y avait pas eu de divorce.

Section IV. – Conflits de lois

Art. 278.– Le divorce est régi:

1. par la loi nationale des époux lorsqu'elle leur est commune;
2. par la loi de leur domicile effectif commun lorsqu'ils sont de nationalité différente;
3. par la loi du for lorsque les époux de nationalité différente n'ont pas de domicile effectif commun.“

Art. II. – Dispositions modificatives

I.– Les dispositions suivantes du code civil sont modifiées comme suit:

„**Art. 227.**– Le mariage se dissout:

- 1° par la mort de l'un des époux;
- 2° par le divorce ayant force de chose jugée.

Art. 228.– La femme ne peut contracter un nouveau mariage qu'après 300 jours révolus depuis la dissolution du mariage précédent par le décès du mari.

Ce délai prend fin en cas d'accouchement survenu depuis le décès du mari ou si la femme produit un certificat médical attestant qu'elle n'est pas en état de grossesse.

Art. 306.– Dans les cas où il y a lieu à la demande en divorce prévue à l'article 232, il sera libre aux époux de former une demande en séparation de corps.

Art. 308.– L'article 255 du présent code est applicable à la séparation de corps.“

Le dernier alinéa de l'article 311 est modifié comme suit:

„Les articles 258, 259 et 260 sont applicables à la séparation de corps.“

„**Art. 313.**– En cas de jugement, soit de divorce, soit de séparation de corps, la présomption de paternité ne s’applique pas à l’enfant né après la décision de divorce ou de séparation de corps ayant force de chose jugée.

Art. 315.– La présomption de paternité n’est pas applicable à l’enfant né plus de trois cents jours après le décès du mari de la mère.

Elle ne s’applique pas, en cas d’absence déclarée du mari, à l’enfant qui est né plus de trois cent jours après la disparition.

Art. 378.– Si les père et mère sont divorcés ou séparés de corps et à défaut d’accord amiable des parents homologué par le tribunal prévoyant l’autorité parentale commune, celle-ci est exercée par celui des parents à qui le tribunal a confié l’autorité parentale, sauf le droit de visite et de surveillance de l’autre.

Lorsque la garde a été confiée à un tiers, les autres attributs de l’autorité parentale continuent d’être exercés par les père et mère. Mais le tribunal, en désignant un tiers comme gardien provisoire, peut décider qu’il devra requérir l’ouverture d’une tutelle.“

A l’article 378-1.– alinéa 1 les mots in fine „jugement prononcé contre lui“ sont remplacés par „jugement de divorce ou de séparation de corps“.

Le 3ième alinéa de l’article 389 est modifié comme suit:

„En cas de divorce ou de séparation de corps, l’administration légale appartient aux père et mère quand l’autorité parentale s’exerce conjointement; sinon l’administration légale appartient à celui des deux époux auquel a été confiée l’autorité parentale, s’il n’en a été autrement ordonné.“

Le 2ième alinéa de l’article 1442 est modifié comme suit:

„Si toute cohabitation et collaboration avaient pris fin entre eux avant que la communauté ne fut réputée dissoute selon les règles qui régissent les différentes causes prévues à l’article précédent, le juge pourra décider, à la demande de l’un ou de l’autre conjoint, que dans leurs rapports mutuels, l’effet de la dissolution sera reporté à la date où ils avaient cessé de cohabiter ou de collaborer.“

„**Art. 1518.**– Lorsque la communauté se dissout du vivant des époux, il n’y a pas lieu à la délivrance du préciput mais l’époux au profit duquel il a été stipulé perd ses droits pour le cas de survie, sauf volonté contraire des époux exprimée lors du divorce.“

II.– Les dispositions suivantes du Nouveau code de procédure civile sont modifiées comme suit:

A l’article 183 le début du 2ième point est libellé comme suit:

„2) celles qui concernent l’état des personnes, à l’exception des causes de divorce et de séparation de corps et ...“

La dernière phrase du dernier alinéa est libellée comme suit:

„Si la cause est susceptible de communication, le procureur d’Etat fait connaître son avis soit oralement à l’audience, soit par écrit au tribunal, l’avis écrit étant communiqué aux parties.“

Le 2ième alinéa de l’article 405 est libellé comme suit:

„Les personnes qui ne peuvent témoigner peuvent cependant être entendues dans les mêmes conditions, mais sans prestation de serment. Toutefois, les descendants ne peuvent jamais être entendus dans le cadre d’une demande en divorce ou en séparation de corps de leurs père et mère, sous réserve de l’article 388-1 du code civil.“

Le 1er alinéa de l’article 1029 est libellé comme suit:

„La cause est introduite, instruite et jugée dans la forme ordinaire. L’assignation contient, à peine de nullité, outre les formes ordinaires, la mention de l’identité des enfants mineurs, non mariés ni émancipés.“

Art. III.– Dispositions transitoires

1. Les dispositions introduites par l’Article I.– et l’Article II.– de la présente loi s’appliquent aux procédures de divorce ou de séparation de corps introduites en justice après l’entrée en vigueur de la nouvelle loi.

2. Les procédures de divorce ou de séparation de corps ainsi que les procédures en référé y liées introduites en justice avant l'entrée en vigueur de la présente loi, restent régies par les dispositions en vigueur au moment où ces procédures ont été introduites. Il en va de même des voies de recours exercées. L'appel et le pourvoi en cassation sont formés, instruits et jugés selon les règles applicables lors du prononcé de la décision de première instance.

3. Par exception aux alinéas précédents les articles 270 à 277, 378, 378-1, 389 nouveaux du code civil sont d'application immédiate dans le cadre des procédures de divorce ou de séparation de corps en cours, ainsi qu'aux divorces et séparation de corps ayant acquis autorité de chose jugée, avant l'entrée en vigueur de la présente loi.

Art. IV.– Entrée en vigueur

La présente loi entre en vigueur le premier jour du deuxième mois qui suit sa publication au Mémorial.

*

EXPOSE DES MOTIFS

A. OBJECTIF DE LA REFORME DU DIVORCE

Le présent projet de loi a pour objet de réformer le régime actuel du divorce avec l'objectif de pacifier les relations entre les conjoints durant et après la procédure de divorce, plus particulièrement dans l'intérêt des enfants issus du couple divorcé.

Dans la déclaration du Gouvernement sur la situation économique, sociale et financière du pays en date du 3 mai 2001, le Premier Ministre, au nom du Gouvernement, avait déclaré dans ce contexte ce qui suit:

„Eist Recht kennt eng Scheedungsform déi besonnesch grouesse Schued bei de Kanner hannerléisst. Et ass dat d'Scheidung wéinst Feelverhalten, de sougenannten „divorce pour faute“. An där Scheedungsvariant ginn d'Kanner nach méi déif an den Trennungsmarasmus vun den Elteren eragezunn wéi bei anere Scheedungen. Dacks muss si nämlech Partei fir deen een oder deen aneren Elterendeel ergräifen. Während der Scheedungsprozedur an och no der Scheedung kann ee bei de betroffene Kanner – iwwegens och bei den Elteren – ganz grave psyschech a sentimental Stéierungen observéieren. Dofir bréngt de Justizminister e Gesetzesprojet hei am Haus an mat deem den „divorce pour faute“ ofgeschaaft gëtt. Hie wäert selbstverständlech eng Alimenteregelung matproposéieren, déi d'Besoinen vun wirtschaftlech méi schwachen Ex-Partner vollop berücksichtegt.“

Plus récemment, le Président de la République française, en s'adressant à la Cour de Cassation de son pays le 10 janvier 2003 s'exprimait comme suit:

„La rupture d'un foyer est toujours un traumatisme. Il ne faut pas que la procédure ajoute du conflit au conflit, ou fasse naître des sujets de contentieux lorsqu'il n'en existe pas. Il convient de réduire le champ du divorce pour faute ...“

Aussi le Gouvernement propose-t-il de remplacer le divorce pour cause déterminée ou pour faute par une nouvelle forme de divorce, le divorce pour rupture irrémédiable des relations conjugales des époux. Le Gouvernement s'inspire ainsi des législations adoptées pour les mêmes motifs au cours des dernières années par d'autres pays européens comme l'Allemagne, les Pays-Bas, la Grèce ou l'Espagne.

Le but de la réforme proposée n'est pas de faciliter ou banaliser le divorce: le divorce restera toujours une épreuve difficile pour les époux et leurs enfants. Il s'agit d'éviter les aspects particulièrement destructeurs pour les époux et leurs enfants de la procédure de divorce devant les tribunaux. Souvent, de véritables guerres sont livrées devant les tribunaux qui laissent des fossés infranchissables dans les relations humaines entre les époux, leurs familles et amis. Les enfants sont régulièrement contraints de choisir leur camp, tandis que l'entourage sollicité pour des attestations et des témoignages se trouve divisé en deux, souvent pour toujours.

*

B. LE CONSTAT DE LA SITUATION ACTUELLE

Le nombre de divorces a quasiment doublé au cours des vingt dernières années, alors que le nombre de mariages sur la même période est resté stable, comme en témoignent les chiffres du STATEC:

1980: 2.149 mariages, 582 divorces;

1990: 2.312 mariages, 759 divorces;

2000: 2.148 mariages, 1.030 divorces.

Le droit luxembourgeois connaît trois formes de divorce à savoir, le divorce pour cause déterminée ou divorce pour faute, le divorce pour séparation de fait et le divorce par consentement mutuel.

La loi ajoute encore la possibilité pour les époux d'obtenir la séparation de corps pour cause déterminée.

Sur les 1.017 divorces prononcés en 1998, 670 étaient des divorces par consentement mutuel, 294 des divorces pour faute et 53 des divorces pour séparation de fait.

Parallèlement à l'augmentation du nombre de divorces en chiffres absolus, la proportion des divorces par consentement mutuel par rapport aux divorces prononcés pour faute a augmenté au cours des dernières années.

*

C. LES CRITIQUES PRINCIPALES DU DIVORCE POUR FAUTE

Le divorce pour faute peut être demandé „pour cause d'excès, de sévices ou d'injures graves“ d'un des conjoints envers l'autre, lorsque ces faits constituent une violation grave ou renouvelée des devoirs ou obligations résultant du mariage et rendent intolérable le maintien de la vie conjugale.

Cette forme de divorce pousse les époux à se livrer à un combat judiciaire destructeur et à étaler au grand jour la vie privée du couple. Ainsi, l'époux demandeur énonce dans son assignation, en les grossissant, les griefs qu'il invoque contre son conjoint qu'il blâme comme étant l'unique coupable de l'échec du mariage. L'époux défendeur, humilié et blessé par les imputations des fautes contenues dans l'assignation, cherchera à son tour à accabler son conjoint. Très souvent, le tribunal prononcera alors le divorce aux torts partagés.

Les conjoints qui divorcent entraînent dans leur combat famille et amis; le divorce amène une détérioration des relations avec les belles-familles et amis.

Le combat auquel se livrent les époux compromet les chances de parvenir à des solutions raisonnables sur les effets du divorce, notamment au sujet des enfants et des effets pécuniaires. Les ressentiments engendrés incitent les époux divorcés à continuer la bataille judiciaire au moment de la liquidation et du partage de la communauté de biens.

Inutile de relever l'effet néfaste de cette lutte sur les enfants. Dans le meilleur des cas, ils sont les spectateurs d'un combat qui vise à désigner comme coupable l'un de leurs parents voire les deux. Dans le pire des cas, les enfants sont entraînés, obligés de prendre parti pour un des parents contre l'autre. Ainsi, le divorce pour faute, plus que d'autres formes de divorce, est source de traumatismes et de graves déséquilibres pour les enfants.

Le divorce pour faute place également les juges dans une situation impossible. Il est demandé au juge dans la procédure du divorce pour faute de juger la vie privée du couple, de dire la morale conjugale et de constater les torts sur base des éléments de preuve produits par les parties, éléments qui forcément ne portent que sur certains moments de la vie conjugale.

L'abolition du divorce pour faute réduira les dégâts psychologiques et familiaux. L'abandon du combat judiciaire servira particulièrement les intérêts des enfants; dispensés d'assister ou de participer à la lutte que se livrent les parents pour faire endosser à l'autre la responsabilité du divorce, ils sortiront moins traumatisés du conflit et pourront garder des relations normales avec les deux parents.

Les anciens époux, que la procédure de divorce n'aura pas transformés en ennemis, seront mieux disposés à trouver des accords sur les conséquences du divorce, notamment sur l'exercice de l'autorité parentale, sur la résidence des enfants et le droit de visite ainsi que sur les contributions aux frais d'entretien et d'éducation des enfants. Ces accords, qui seront mieux adaptés à la situation particulière des parties que les décisions imposées, n'en auront que plus de chance d'être respectés.

L'abandon du divorce pour faute aura également des effets bénéfiques sur la durée des procédures.

Ainsi constate-t-on que des procédures de divorce pour faute sont bloquées pendant des années suite à une plainte pour faux témoignage avec constitution de partie civile entre les mains du juge d'instruction contre les témoins de l'adversaire.

*

D. LES EFFETS PECUNIAIRES DU DIVORCE ENTRE EPOUX

La pension alimentaire personnelle pendant la procédure de divorce est fondée sur l'obligation de secours et d'assistance des époux (articles 212 et 214 du code civil). Le juge tient compte des dépenses incompressibles de chacun des époux et des frais d'entretien des enfants pour en fixer le quantum en fonction du niveau de vie au cours du mariage.

Par contre, le secours pécuniaire de l'article 300 du code civil a aujourd'hui un caractère purement alimentaire. Son seul but est d'assurer la subsistance du conjoint divorcé ayant justifié d'être incapable de s'adonner à un travail rémunéré ou se trouver dépourvu de ressources en fortune et en revenus suffisants pour subvenir personnellement à son entretien. Le principe établi par les tribunaux est qu'après le divorce chaque époux devra pourvoir lui-même à ses besoins et prendre une part active dans l'élaboration de son propre avenir économique (Cour d'appel 2.7.1997, No 18353). Ce secours ne doit donc, selon la jurisprudence, en rien réparer une situation de disparité économique causée par le divorce. En pratique, la pension alimentaire personnelle après divorce n'est allouée par les juridictions que dans l'hypothèse dans laquelle la partie économiquement faible se trouve dans une situation telle qu'elle n'arrivera plus à pourvoir à ses propres besoins.

Le Gouvernement, en abolissant le divorce pour faute, estime nécessaire de modifier également le système actuel des pensions alimentaires en le rendant plus équitable. En effet, le système actuel crée des disparités importantes entre les deux époux dont souffrent principalement les femmes. Le Gouvernement estime que le secours pécuniaire ne doit pas simplement avoir un caractère alimentaire, mais qu'il doit également indemniser dans une certaine mesure la disparité que la rupture du mariage crée dans de nombreuses situations en tenant compte plus particulièrement de la durée du mariage et du temps déjà consacré ou qu'il faudra encore consacrer à l'éducation des enfants.

Finalement, il importe au Gouvernement de rappeler que la présente réforme maintient pour chacun des époux le droit de saisir à tout moment le tribunal d'une demande en dommages et intérêts, sur base des principes généraux de la responsabilité civile visés aux articles 1382 et 1383 du code civil, si des fautes ont été commises durant le mariage. Ces fautes peuvent être notamment des violences physiques commises par un époux durant le mariage à l'égard de l'autre et qu'il s'agit de sanctionner par une réparation sur le plan civil.

*

COMMENTAIRE DES ARTICLES

Article I.–

Au Titre VI du Livre Ier du Code Civil les Chapitres Ier, II, III et IV sont remplacés comme suit:

Chapitre Ier. – Des cas du divorce

Article 229.–

Deux cas de divorce seront dorénavant prévus par la loi:

- le divorce par consentement mutuel, déjà connu dans notre législation et
- le nouveau cas de divorce introduit par la présente réforme, à savoir le divorce pour rupture irrémédiable des relations conjugales des époux.

Le divorce pour cause déterminée et en particulier celui pour excès, sévices ou injures graves, couramment appelé le divorce pour faute, est abrogé. Le divorce pour séparation de fait continue et effective depuis au moins 3 ans respectivement 5 ans, selon les cas, n'est pas maintenu en tant que tel. Car ce cas de divorce devient un des cas d'ouverture de divorce pour rupture irrémédiable des relations conjugales des époux.

Les cas de divorce prévus à l'article 229 nouveau ne peuvent être invoqués que par voie de demande principale. Une passerelle est possible entre les deux cas de divorces. Une demande en divorce pour rupture irrémédiable des relations conjugales des époux peut, à tout moment de la procédure, être transformée en une demande en divorce par consentement mutuel, lorsque les conditions à cet effet prévues par la loi pour le divorce par consentement mutuel sont remplies.

Section I. – Du divorce par consentement mutuel

Article 230.–

Pour l'essentiel les principes du divorce par consentement mutuel sont maintenus, sauf que les procédures sont simplifiées et les délais abrégés.

La condition d'âge minimum pour demander un divorce par consentement mutuel est supprimée. Une telle condition ne semble plus appropriée de nos jours. Si on considère que les époux sont suffisamment matures pour donner leur consentement à un mariage, il faut également leur concéder le droit de donner leur accord pour divorcer.

La condition de durée du mariage avant de pouvoir introduire une demande de divorce par consentement mutuel est maintenue, pour éviter tout abus, mais cette durée est réduite à un an. L'espoir d'une réconciliation, considération du législateur de 1975, qui était à la base de l'exigence de la durée du mariage de deux ans, est en effet le plus souvent illusoire. Obligés de régler toutes les conséquences patrimoniales et extrapatrimoniales du divorce avant l'introduction de la demande, il est improbable que les époux agissent sur un coup de tête.

La procédure actuelle prévoit deux comparutions personnelles des époux devant le président du tribunal. Il a été constaté que les époux sont parfaitement informés, avant d'entamer leur procédure de divorce par consentement mutuel, des conséquences de leur action et une rétractation de leur accord intervient très rarement. La pratique montre ainsi l'inutilité de la deuxième comparution, qu'il est proposé de supprimer par la présente réforme.

La convention de divorce préalablement établie, qui règle les conséquences de celui-ci durant le temps des épreuves et après le divorce, doit être soumise pour homologation au tribunal.

Cette homologation aura le grand mérite de permettre aux mesures accessoires au divorce contenues dans cette convention de divorce de faire partie intégrante de la décision de divorce. La convention constitue donc un titre permettant le cas échéant l'exécution forcée des mesures y contenues.

Ceci facilitera la reconnaissance et l'exécution tant à l'intérieur du pays qu'à l'étranger non seulement de la décision ayant prononcé le divorce, mais également des mesures contenues dans la convention des parties telle qu'homologuée par le tribunal et notamment celles sur l'autorité parentale et le droit de visite des enfants. Ainsi, cette convention de divorce sera considérée comme „décision“ au sens des textes internationaux, tels la convention européenne sur la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière de garde des enfants du 20 mai 1980, ou encore le règlement CE 1347/2000 du Conseil

du 29 mai 2000, relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale des enfants communs, entré en vigueur le 1er mars 2001.

Article 231.–

Le divorce par consentement mutuel est prononcé si deux conditions sont remplies, l'une ayant trait à la volonté réelle et au consentement libre et éclairé des époux et l'autre ayant trait à l'approbation par le tribunal de la convention de divorce sur les conséquences.

En ce qui concerne l'approbation par le tribunal de la convention, il y a lieu de se reporter au commentaire de l'article 230 précédent.

Le tribunal peut refuser l'approbation de la convention de divorce et ne pas prononcer le divorce s'il constate que la convention préserve insuffisamment les intérêts des enfants ou de l'un des époux. L'homologation permet surtout de mieux préserver les intérêts des enfants et en vertu des principes de la convention internationale relative aux droits des enfants des Nations Unies, le juge peut même estimer approprié d'entendre les enfants en faisant application de l'article 388-1 du code civil.

Les pouvoirs des juges en ce qui concerne la convention des époux dans le cadre du divorce par consentement mutuel sont renforcés.

Section II. – Du divorce pour rupture irrémédiable des relations conjugales des époux

Article 232.–

La rupture irrémédiable des relations conjugales des époux constitue la cause de la nouvelle forme de divorce.

Il s'agit d'un divorce contentieux, par opposition au divorce par consentement mutuel. Mais cette nouvelle forme de divorce remplace la cause subjective de la faute, par une cause plus objective correspondant à une situation dans laquelle le rétablissement des relations conjugales, de la vie commune, n'est plus à escompter.

La preuve de la rupture irrémédiable des liens conjugaux entre époux sera rapportée soit par l'accord conjoint des deux époux, soit par l'accord de l'époux défendeur en cas de demande unilatérale. Elle sera encore rapportée par la séparation de fait des époux depuis un certain temps. Ce qui importe n'est pas tant la durée d'une séparation, mais le fait que la séparation témoigne de la rupture irrémédiable des relations conjugales des époux.

Une durée minimale d'un an de mariage est nécessaire avant de pouvoir prononcer le divorce pour rupture irrémédiable des relations conjugales des époux. Ceci semble nécessaire afin d'éviter tout abus. Mais d'autre part il devra être permis à un époux d'introduire au besoin une demande en divorce endéans la première année de mariage, si par exemple des faits particuliers, pouvant apparaître comme une rupture irrémédiable des liens entre époux, se seraient déjà produits dans ce laps de temps. Il importe d'indiquer que les articles 241 et suivants prévoient des délais de conciliation ou de médiation.

Article 233.–

Une passerelle entre les deux cas de divorce est prévue, mais elle ne peut être empruntée que dans un sens.

Les époux peuvent, à tout moment de la procédure de divorce pour rupture irrémédiable des relations conjugales, demander à voir transformer leur demande en demande de divorce par consentement mutuel. Ce changement peut être fait tant durant la procédure préalable, qu'après l'assignation en divorce. Les conditions d'un divorce par consentement mutuel doivent bien entendu être remplies.

On peut envisager le cas dans lequel les époux ont introduit une requête conjointe au président du tribunal pour la nouvelle forme de divorce. Tout en étant d'accord sur le principe d'un divorce entre eux, ils ne sont pas encore d'accord sur les conséquences de ce divorce pour eux et pour leurs enfants, raison pour laquelle ils n'ont pas encore réussi à élaborer entre eux une convention de divorce telle que prescrite par les dispositions applicables au divorce par consentement mutuel. Mais au cours de la procédure préalable, le cas échéant ensemble avec le juge ou d'autres professionnels tels qu'avocats, notaires, ils réussissent à se mettre d'accord sur toutes les conséquences de leur divorce. La nouvelle procédure leur fournit cette opportunité. Dans ce cas, il leur sera possible d'emprunter la passerelle vers le divorce par consentement mutuel, s'ils le souhaitent.

Si une telle demande de passerelle est faite, le renvoi de l'affaire devant l'autorité compétente en matière de divorce par consentement mutuel, devrait être ordonné par simple mesure d'administration interne.

Chapitre II. – De la procédure du divorce

Section I. – Dispositions générales

Article 234.–

La compétence judiciaire est déterminée par cette disposition. Les règles y prévues tiennent compte des dispositions communautaires et internationales applicables, en l'occurrence, le règlement CE 1347/2000 du 29 mai 2000 appelé couramment règlement Bruxelles II, tel qu'entré en vigueur le 1er mars 2001.

Section II. – De la procédure de divorce par consentement mutuel

Article 235.–

Il n'y a pas de changement notable par rapport à la procédure telle qu'elle est déjà prévue à l'heure actuelle dans le code civil, ni dans le mode introductif de la demande par requête conjointe, ni dans les pièces et documents à produire.

La seule différence réelle est celle de l'homologation de la convention de divorce par le tribunal, suivant les principes prévus à l'article 243 ci-après.

Article 236.–

La convention du divorce qui règle les conséquences de celui-ci fera à l'avenir partie intégrante de la décision de divorce. Ceci est une innovation importante facilitant l'obtention d'un titre exécutoire au cas où des mesures d'exécution concernant les mesures accessoires du divorce doivent être prises tant au Luxembourg qu'à l'étranger.

Article 237.–

Le tribunal peut refuser d'homologuer la convention de divorce s'il constate qu'elle préserve insuffisamment les intérêts des enfants ou de l'un des époux.

Mais avant de refuser de prononcer le divorce, le tribunal indique aux époux qu'une nouvelle convention doit lui être présentée. A cet effet il fixe un délai aux époux qui ne peut dépasser six mois. Il peut aussi proposer une médiation.

En attendant il peut homologuer les mesures provisoires que les parties s'accordent à prendre, le cas échéant, sous réserve qu'elles soient conformes à l'intérêt des enfants.

Si les époux ne présentent pas une nouvelle convention dans le délai fixé par le tribunal, la demande de divorce est caduque.

Ceci n'empêche pas qu'une nouvelle demande puisse être introduite ultérieurement.

Articles 238 à 240.–

Ces dispositions sont reprises des anciens articles 288 à 291. Les procédures et voies de recours contre le jugement de première instance ayant déclaré ne pas y avoir lieu à prononcer le divorce, restent maintenues pour l'essentiel, sauf que l'intervention du ministère public n'est plus obligatoire.

Le ministère d'avocat à la cour est exigé en appel.

Section III. – De la procédure de divorce pour rupture irrémédiable des relations conjugales des époux

Paragraphe 1. – De la procédure préalable à l'assignation

Article 241.–

Une des caractéristiques de cette nouvelle forme de divorce est qu'elle peut être introduite ensemble par les deux époux ou par un seul époux; soit la démarche est faite et acceptée par les deux époux, soit elle est faite par un époux seul et elle peut être acceptée par l'autre ou non.

Une procédure préalable est prévue par requête. La requête contient des informations sur la situation familiale et patrimoniale des époux. Des renseignements sur les époux eux-mêmes, leur régime matrimonial, leur situation professionnelle, l'existence d'enfants communs ou adoptés par eux sont indispensables au juge dans le cadre de la procédure préalable à l'assignation. Le juge peut évidemment leur demander tout renseignement complémentaire qu'il jugerait utile.

Le ministère d'avocat à la cour n'est pas obligatoire à ce stade.

Article 242.–

La procédure préalable sert un but particulier, primordial, dans la pacification des relations conjugales des époux et à l'égard des enfants, qui est celui de la recherche du consensus.

La partie ou les parties s'adressent au président du tribunal d'arrondissement territorialement compétent. Cette démarche n'est pas à confondre avec une tentative de réconciliation. Mais le juge entend les parties sur le principe du divorce, sur ses conséquences et il cherche à concilier les parties sur les mesures à prendre.

L'époux défendeur peut ne pas comparaître devant le juge, en cas de requête unilatérale de l'autre époux. Dans cette hypothèse la procédure ne s'arrête pas.

Le juge accordera un délai aux époux.

Article 243.–

Tant dans l'hypothèse de la non-comparution, que de la comparution du défendeur mais contestant le caractère irrémédiable de la rupture des relations conjugales des époux, le juge accorde un délai maximum de trois mois, renouvelable une fois pour trois mois supplémentaires.

Ce délai doit donner l'occasion aux époux de se concilier. La conciliation peut porter aussi bien sur le principe du divorce envisagé que sur les conséquences du divorce. Car nombreux sont les cas dans lesquels les époux sont d'accord sur le fait qu'il y a rupture irrémédiable des relations entre eux, mais ils sont loin d'être d'accord sur les conséquences que ce constat de désunion implique.

Pour favoriser toute possibilité de conciliation, le juge peut même proposer aux époux une médiation. Il ne peut pas l'imposer, contre la volonté d'un ou des époux. Car il peut exister des circonstances particulières et graves, p. ex. des violences familiales, qui rendent toute conciliation ou médiation impossibles.

Mais on peut s'imaginer à côté de la médiation familiale, que dans les cas où la pierre d'achoppement se situe au niveau des conséquences patrimoniales du projet de divorce, que des praticiens du droit, en particulier des notaires, puissent également tenter une médiation, afin de favoriser un accord des époux sur les conséquences patrimoniales du divorce. Force est de constater dans la pratique que ceci ne sera pas toujours le cas et que parfois les relations entre les époux se seront déjà trop envenimées.

Article 244.–

Le rôle du juge est d'amener les époux à régler les conséquences du divorce à l'amiable autant que faire se peut. A cet effet les époux peuvent déjà à ce stade de la procédure soumettre des accords convenus entre eux. Ultérieurement le tribunal, dans le cadre de la procédure d'assignation, pourra en tenir compte pour autant que ces accords soient conformes à l'intérêt des enfants et de chacun des époux. Cette façon consensuelle de faire progresser le divorce est importante. Rappelons que la pacification des procédures de divorce est recherchée par cette réforme.

Paragraphe 2. – Des mesures provisoires

Article 245.–

Dans le cadre de la procédure préalable à l'assignation en divorce, le juge peut prescrire les mesures provisoires nécessaires pour assurer l'existence des époux ainsi que celle des enfants jusqu'à la date à laquelle le jugement prend force de chose jugée. Le juge ne peut pas s'abstenir de statuer sur ce point lorsqu'il lui est soumis. Il peut le soulever aussi d'office.

Les époux ont bien entendu la possibilité de soumettre au juge leur propre accord sur les mesures à prendre. Celui-ci peut homologuer les mesures s'il estime qu'elles sont conformes aux intérêts des enfants voire des époux. Là aussi la démarche consensuelle est à favoriser autant que possible. En cas de changement de situation, ces mesures sont susceptibles d'être modifiées.

Dans tous les cas de divorce, il ne sera cependant guère possible d'aboutir à un accord amiable des parties sur les mesures provisoires. Le juge sera donc appelé à intervenir pour fixer les mesures provisoires.

Le juge peut tenir compte des sentiments exprimés par les enfants conformément à l'article 388-1.

Article 246.–

Les nouvelles dispositions prévoient, à titre exemplatif non exhaustif, des mesures que le juge peut prendre parmi les mesures provisoires à prescrire.

Il déterminera notamment lequel des époux pourra rester au domicile conjugal. Il statuera le cas échéant sur les modalités d'exercice de l'autorité parentale, les droits de visite et d'hébergement concernant les enfants, à défaut d'accord des parents.

Il déterminera les pensions alimentaires entre époux et à l'égard des enfants durant le temps de la procédure.

Il peut désigner un notaire en vue de dresser un inventaire, d'élaborer un projet de liquidation et de partage du régime matrimonial, ainsi que de faire des propositions sur les conséquences pécuniaires de la séparation définitive ensemble avec les époux.

Le but est d'amener les époux autant que possible à rechercher entre eux un accord sur toutes les conséquences patrimoniales et extrapatrimoniales du divorce.

Article 247.–

Sans préjudice des articles 1008 et suivants du nouveau code de procédure civile, le juge peut prendre dès la requête initiale des mesures d'urgence. A ce titre il peut prendre toutes mesures conservatoires pour garantir les droits d'un époux. Ces mesures conservatoires sont celles généralement prescrites en droit commun.

Article 248.–

Les différentes ordonnances qui peuvent être prises à ce stade de la procédure dans le cadre des articles 245, 246 et 247 sont notifiées par la voie du greffe. L'article 170 du nouveau code de procédure civile s'applique.

Article 249.–

Les voies de recours ordinaires sont possibles contre les ordonnances visées aux articles précédents. L'appel est porté devant la Cour d'appel et jugé d'urgence.

L'ordonnance rendue par défaut est susceptible d'opposition. Tous les délais courent à partir de la notification. La procédure s'inspire de celle de l'article 946 du nouveau code de procédure civile en matière de référé travail.

Paragraphe 3. – De l'assignation en divorce

Article 250.–

Lorsque les procédures préalables prévus aux articles 248, 249 et 250 sont réalisées et que l'un au moins des époux persiste dans l'intention de divorcer, il introduit une assignation en divorce devant le tribunal d'arrondissement siégeant en matière civile, territorialement compétent en vertu de l'article 234.

La cause est introduite, instruite et jugée dans la forme ordinaire.

Les mesures provisoires et conservatoires prononcées dans le cadre de la procédure préalable à l'assignation en divorce, restent applicables durant la procédure sur le fond, sauf changements demandés et dûment justifiés, auquel cas le président du tribunal ou le juge qui en fait fonction en déciderait dans les mêmes formes que pour les mesures initiales.

Il y a lieu de signaler que toutes les conditions sont données par la nouvelle procédure pour que les époux eux-mêmes fournissent au tribunal un projet de règlement des effets du divorce.

De cette façon, le demandeur peut indiquer dans l'acte introductif d'instance que la rupture des relations conjugales est irrémédiable, il n'a pas à expliquer les raisons de cette rupture, qu'il sollicite le

divorce et qu'il fournit le cas échéant les données nécessaires à la solution des mesures accessoires avec des propositions concrètes quant à ces mesures (renseignements concernant les enfants du couple, le régime matrimonial des époux etc.).

Article 251.–

L'action en divorce s'éteint par le décès d'un époux survenu avant que la décision prononçant le divorce ne soit devenue définitive.

Paragraphe 4. – Du prononcé du divorce

Article 252.–

Le tribunal constate le caractère irrémédiable de la rupture des relations conjugales des époux, il prononce le divorce et statue sur les conséquences.

En cas d'accord du défendeur avec le principe du divorce, mais de désaccord sur les mesures accessoires concernant les enfants et les biens et le partage des biens, le divorce est prononcé et les contestations sur les conséquences du divorce sont toisées par le tribunal.

En cas d'opposition au divorce de la part du défendeur, le demandeur devrait indiquer, s'il ne l'a pas déjà fait dans l'acte introductif d'instance, les faits établissant, selon lui, la réalité de la rupture irrémédiable des relations conjugales des époux. Dans ce cas, il appartient au tribunal de toiser la demande et de statuer sur les conséquences du divorce.

Est-il besoin de rappeler que la pacification et la recherche de l'accord des époux est à favoriser non seulement dans les procédures de divorce proprement dites mais aussi dans les aspects accessoires du divorce? Priorité devra toujours être donnée à l'accord des parties, sauf si des considérations impératives, notamment d'ordre public, comme l'intérêt des enfants, s'y opposent ou que cet accord semble inéquitable pour l'un des époux et ne pas suffisamment préserver ses intérêts. L'accord des parties peut intervenir à tout moment de la procédure et le tribunal homologue le projet de règlement des époux s'il n'y a pas d'obstacle majeur, tel que décrit ci-avant.

Le dispositif de la décision qui prononce le divorce doit mentionner également la date d'assignation. Cette mention doit figurer dans la transcription des actes d'état civil afin de régler les effets à l'égard des époux et des tiers.

Article 253.–

Les effets patrimoniaux en cas de divorce pour rupture irrémédiable des relations conjugales des époux sont réglés par cette disposition. Comme cela a été précédemment expliqué, même en cas de divorce contentieux, le règlement des effets patrimoniaux, basé sur l'accord des époux entre eux, doit être favorisé.

Il est donc prévu que le tribunal homologue la convention qui lui est soumise, sous réserve des conditions prévues à l'alinéa 1er.

A défaut d'homologation, le tribunal toise les conséquences du divorce et ordonne la liquidation et le partage des intérêts patrimoniaux. Il peut notamment accorder aux époux une avance sur part de communauté ou de biens indivis.

Article 254.–

En principe les époux disposent d'un an pour achever les opérations de liquidation et de partage du régime matrimonial. A défaut le notaire liquidateur en informe le tribunal sans tarder. Si des problèmes subsistent, même après délai additionnel accordé par le tribunal, le notaire dresse procès-verbal des difficultés. Ces dispositions ne divergent pas essentiellement des principes actuels.

Paragraphe 5. – Des voies de recours

Articles 255 et 256.–

Ces articles sont repris des précédentes dispositions des anciens articles 261-1 à 263 du code civil sur les voies de recours contre une décision de divorce.

Une adaptation des textes est à signaler: pour l'introduction d'un recours en cassation le délai de trois mois est réduit à deux mois, qui équivaut au délai de droit commun en matière de cassation, au lieu de trois mois dans l'ancien article 263.

En outre, l'article 255 prévoit le principe de l'acquiescement au jugement qui prononce le divorce. L'acquiescement peut être limité au principe de la rupture irrémédiable des relations conjugales des époux et ne pas interdire l'appel sur des mesures accessoires au jugement de divorce. Les transcriptions des jugements de divorce se font souvent sur base de l'acquiescement d'une des parties, c'est-à-dire à un moment où un appel incident sur le divorce, ou même un appel principal, par application du principe que „nul ne se forçot lui-même“ est en principe toujours possible.

Chapitre III. – Des conséquences du divorce

Section I. – De la date à laquelle se produisent les effets du divorce

Article 257.–

Le mariage est dissout de plein droit à la date à laquelle la décision qui prononce le divorce a force de chose jugée.

Pour des raisons de sécurité juridique il est important de prendre en considération, la date à laquelle la décision de divorce acquiert force de chose jugée.

C'est aussi à partir de cette date que chacun des époux peut se remarier.

Le délai de viduité, applicable en cas de divorce prononcé pour cause déterminée, est ainsi abrogé.

Cette conséquence s'impose à la suite de la suppression du divorce pour faute. Car déjà à l'heure actuelle dans les cas de divorce par consentement mutuel et de séparation de fait, la femme divorcée peut se remarier aussitôt après la prononciation du divorce. Seul le divorce pour cause déterminée obligeait la femme de respecter le délai de viduité prévu par l'article 296 ancien.

Article 258.–

Il n'y a pas de changement fondamental par rapport aux principes actuellement applicables en matière d'opposabilité aux tiers de la décision prononçant le divorce en ce qui concerne les biens des époux. Cette disposition règle à la fois les effets du divorce par consentement mutuel et celui pour rupture irrémédiable des relations conjugales des époux.

Article 259.–

Les mesures de transcription et de mention des décisions de divorce en marge des actes d'état civil émanant de la diligence des parties elles-mêmes respectivement de leur avocat, suivant les cas. L'officier de l'état civil compétent effectue les mentions et transcriptions dans les registres d'état civil.

Article 260.–

Les effets du divorce entre les époux sont réglés par cette disposition. Deux dates différentes sont prévues selon le cas de divorce en cause.

Il n'y a pas de changement pour le divorce par consentement mutuel par rapport aux textes précédents.

Pour le cas de divorce nouveau, les effets à l'égard des époux remontent à la date de l'ordonnance prévue à l'article 245, s'il y a lieu, sinon à la date de l'assignation en divorce.

Comme par le passé, le texte prévoit que l'un ou l'autre des époux peut demander au tribunal de faire remonter dans le temps les effets du divorce à la date à laquelle ils avaient cessé de cohabiter et de collaborer.

Article 261.–

L'ancien article 271 du code civil est repris par cette disposition. En cas de fraude aux droits d'un époux, une obligation contractée par l'autre à la charge de la communauté ou une aliénation de biens communs faite par l'autre époux, postérieurement à la date de l'assignation en divorce, est déclarée nulle.

Section II. – Des conséquences du divorce pour les époux

Article 262.–

Pour l'essentiel, cette disposition s'inspire de l'ancien article 295 du code civil et fixe les conditions en cas de remariage entre les époux après leur propre divorce, situation rare il est vrai, mais qui n'est pas totalement à exclure.

Article 263.–

Dans l'hypothèse d'un divorce prononcé pour cause de rupture irrémédiable des relations conjugales des époux, la perte des avantages matrimoniaux est de principe. On peut admettre généralement que ces avantages consentis dans un contrat de mariage ou dans une donation, sont faits dans l'esprit de faire bénéficier l'un ou l'autre des époux d'un avantage durant la vie commune, respectivement au-delà pour autant que le mariage se dissout par le décès d'un des époux et non pas par un divorce. D'ailleurs, ce type de contrat donnant avantages matrimoniaux contient souvent une clause prévoyant la perte des avantages matrimoniaux accordés en cas de divorce des époux.

Mais les époux peuvent décider du contraire, soit déjà dans les contrats accordant avantages matrimoniaux, soit ultérieurement dans le cadre du divorce. Cette volonté s'exprimera dans l'accord amiable visé à l'article 244.

Article 264.–

Les époux décident eux-mêmes du sort des avantages matrimoniaux dans le cadre du divorce par consentement mutuel; s'ils n'ont rien décidé ils sont censés les avoir maintenus. Le principe reste inchangé par rapport à la situation actuelle.

Paragraphe 1. – Des pensions alimentaires

Article 265.–

La pension alimentaire entre époux prévue par l'article 265 n'a pas seulement un caractère purement alimentaire, comme l'avait essentiellement par le passé la pension alimentaire.

Elle doit servir aussi à compenser la disparité grave que la rupture du mariage peut créer dans les conditions de vie respectives.

Il s'agit d'un nouveau concept, même si le terme utilisé de pension alimentaire reste le même.

Il sera évidemment tenu compte des besoins de l'un et des moyens de l'autre conjoint.

Sous la législation actuelle, les juridictions n'allouent une pension alimentaire que dans les cas où la partie économiquement faible se trouve dans une situation ne lui permettant plus à pourvoir à ses propres besoins, le principe jurisprudentiel étant qu'après le divorce chaque époux devra pourvoir lui-même à ses besoins. Cette jurisprudence a eu notamment pour effet que de nombreuses femmes qui ont abandonné leur travail rémunéré pendant le mariage, pour se consacrer exclusivement à leur famille, ont de graves difficultés à retrouver un travail, ou si elles en retrouvent un, il est rare que ce travail leur procure une rémunération leur permettant de continuer à vivre de la même façon que durant leur vie conjugale.

Le Gouvernement propose dès lors d'inscrire dans la loi que la pension alimentaire, au delà du caractère purement alimentaire, doit également indemniser dans une certaine mesure la disparité que la rupture du mariage peut créer dans de nombreuses situations, en tenant compte plus particulièrement, parmi d'autres éléments, de la durée du mariage et du temps déjà consacré ou qu'il faudra encore consacrer à l'éducation des enfants.

Article 266.–

Dans la détermination de la pension alimentaire, des besoins et des ressources respectives, le tribunal doit prendre en considération notamment plusieurs éléments qui sont énumérés dans cette disposition.

Ces éléments font état non seulement des besoins vitaux de chacun, mais également des besoins sociaux. Ils reposent pour partie sur des éléments déjà dégagés par la jurisprudence.

Ainsi, le patrimoine, tant en capital qu'en revenu, de chacun des époux doit être pris en considération. Leurs droits existants et prévisibles sont également à prendre en considération, pour autant qu'ils puissent être connus et susceptibles d'évaluation.

L'énumération des éléments de l'article 266 n'est pas limitative.

Article 267.–

Comme par le passé, la pension alimentaire est révisable et révocable en cas de changement de situation du créancier ou du débiteur respectivement en cas de remariage, de partenariat ou autre forme de communauté de vie du créancier avec un tiers.

Les parties sont tenues de mettre le tribunal en mesure de vérifier le bien-fondé des demandes respectives ou de leur accord sur le point de la pension alimentaire, vu qu'il doit pouvoir approuver un accord ou trancher la question en connaissance de cause.

Les parties lui soumettent des déclarations concernant leur ressources, revenus et patrimoine. Il n'y a pas de sanction propre prévue pour un refus de coopérer de la part d'une partie. Libre au tribunal de tirer les conclusions d'un refus catégorique d'une partie de fournir des déclarations concernant les éléments indiqués ci-avant.

Paragraphe 2. – Du logement

Articles 268 et 269.–

Si le logement familial appartient en propre à l'un des époux, le tribunal peut le concéder à bail à l'autre conjoint, lorsque les enfants, sur lesquels ce conjoint exerce l'autorité parentale, résident dans ce logement avec lui. Cette condition de résidence effective est appréciée souverainement par le tribunal au moment du prononcé de la décision.

Une fois de plus il s'agit d'une mesure devant servir à pacifier les relations familiales des époux et des enfants, tant pendant le temps des épreuves qu'après le prononcé du divorce. Les enfants devraient le moins possible être perturbés par les conséquences du divorce de leurs parents, même si cela n'est malheureusement pas toujours le cas.

Le tribunal, dans le cadre du divorce, fixe la durée du bail concernant le logement familial et peut le renouveler. Il s'agit d'une nouvelle compétence du tribunal, en dehors de la compétence du juge de paix.

Section III. – Des conséquences du divorce pour les enfants

Article 270.–

L'intérêt de l'enfant devant être le critère principal de l'organisation de la famille dissociée, il importe de maintenir autant que possible les liens de l'enfant avec ses deux parents, après le divorce de ceux-ci, par une autorité parentale commune.

Mais, il est vrai, que dans la réalité ceci ne peut pas toujours être le cas; raison pour laquelle les dispositions des articles 271 et suivants tentent de trouver des solutions aussi équilibrées que possible en matière de dévolution de l'exercice de l'autorité parentale.

Article 271.–

La possibilité est donnée aux parents de trouver un accord amiable entre eux concernant les principes et modalités d'exercice de l'autorité parentale et ceci tant dans le cadre du divorce par consentement mutuel que dans le cadre du divorce par rupture irrémédiable des relations entre les époux.

Une autorité parentale conjointe, pour autant qu'elle ne serait pas contraire aux intérêts de l'enfant ou sans que le juge y voie une atteinte à l'ordre public, peut donc être envisagée de l'accord des deux parents séparés ou divorcés. Les modalités d'exercice de l'autorité parentale commune doivent être déterminées, en tenant compte de l'intérêt supérieur des enfants. Ces modalités ne sont pas laissées à la discrétion des parents. Ceux-ci ne pourraient donc pas, contre tout bon sens, prendre des décisions telles que la résidence des enfants serait établie trois jours par semaine chez le père et quatre jours auprès de la mère, ou encore que leur résidence serait une semaine sur l'autre auprès de l'un ou l'autre des parents. Ce type de décisions serait difficilement justifiable au regard de l'intérêt des enfants.

A défaut d'accord des parents et malgré des possibilités de conciliation ou de médiation prévues par les nouveaux textes, il appartiendra au tribunal de trancher les conflits qui opposent les parents, eu égard à l'intérêt des enfants. Il en sera de même, si un accord proposé par les parents sur une autorité parentale commune lui apparaît comme contraire à l'intérêt de l'enfant. Dans ces cas, l'autorité parentale sera alors attribuée à l'un des deux parents séparés ou divorcés et elle sera exercée conformément aux articles 378 et 389 du code civil. Le tribunal doit relever en quoi l'intérêt de l'enfant commande l'attribution de l'autorité parentale à un seul des deux parents.

Le tribunal peut tenir compte des sentiments exprimés par les enfants dans les conditions prévues par l'article 388-1.

Article 272.–

Le parent divorcé qui n'a pas l'exercice de l'autorité parentale se voit accorder un droit de visite et d'hébergement, qui ne peut lui être refusé que pour des motifs graves. Ce même parent conserve le droit de surveiller l'entretien et l'éducation de l'enfant et doit être informé en conséquence des choix importants relatifs à la vie de l'enfant. Le droit de visite et d'hébergement s'analyse aussi comme un devoir pour le parent à qui il a été reconnu et son non-exercice est constitutif d'une faute sur le fondement de l'article 1382 du code civil.

Article 273.–

Comme par le passé, il est prévu qu'une décision sur l'attribution du droit de garde et de visite est toujours révisable pour le plus grand avantage de l'enfant. Après divorce, le tribunal de la jeunesse est compétent.

Article 274.–

La contribution à l'entretien et l'éducation des enfants se fait sous la forme d'une pension alimentaire. Les modalités et garanties de cette pension alimentaire sont soit fixées par les parents dans la convention homologuée visée à l'article 231, soit par le tribunal, à défaut par les parents de parvenir à un accord raisonnable.

La contribution est fixée en fonction des besoins des enfants et des facultés contributives des parents. Les contributions et la répartition des allocations familiales et d'éducation devront être adaptées aux modalités d'exercice de l'autorité parentale.

Article 275.–

S'il est de l'intérêt de l'enfant de ne pas être confié à ses parents ou à l'un deux, mais plutôt à un tiers, les pères et mères conservent le droit de surveiller l'entretien et l'éducation de l'enfant et doivent y contribuer financièrement.

Article 276.–

L'obligation de contribuer à l'entretien et à l'éducation des enfants ne s'arrête pas obligatoirement à l'âge de la majorité atteint par l'enfant. Au contraire, l'époux auprès duquel l'enfant continue de vivre pourra demander une contribution de l'autre parent. Il s'agit de l'ancien article 303-1.

Article 277.–

Cette disposition reprend la règle de l'ancien article 304 selon laquelle le divorce ne doit pas avoir de conséquences sur les avantages qui étaient assurés aux enfants par la loi ou par les conventions matrimoniales de leurs parents.

*Section IV. – Conflits de lois**Article 278.–*

Il s'agit de la reprise de l'ancien article 305 du code civil déterminant les règles de conflits de lois en matière de divorce.

Article II.– Dispositions modificatives

I.– Plusieurs dispositions du code civil sont adaptées en fonction des modifications introduites par la présente loi.

- L'article 227 du code civil est adapté au principe que le mariage se dissout par le divorce ayant force de chose jugée. Ce n'est donc plus la date du prononcé de la décision de divorce qui est prise en considération, mais la date à laquelle cette décision acquiert force de chose jugée.
- En raison de la suppression du délai de viduité en cas de divorce, les articles 228, 313 et 315 du code civil doivent être modifiés. Chacun des époux divorcés pourra se remarier dès que la décision de divorce aura force de chose jugée. La présomption de paternité du précédent mari de la mère n'est plus applicable dans le cas de remariage de la femme après divorce. Le délai de viduité est maintenu en cas de décès du mari, afin de protéger les droits des enfants à naître et surtout leurs droits successoraux.

- Les modifications des articles 306, 308 et 311 ont trait aux adaptations nécessaires à la législation de la séparation de corps entre époux. En effet jusqu'ici les causes de la séparation de corps sont identiques à celles du divorce pour faute et la procédure à peine différente. Or la suppression de cette forme de divorce et le consensus recherché par la présente réforme dans les relations conjugales des époux, font qu'à l'avenir la séparation de corps ne pourra être demandée que pour la même cause que celle du divorce pour rupture irrémédiable des relations conjugales des époux.
- Les articles 378, 378-1 et 389 sont à adapter au nouveau principe de l'autorité parentale commune des parents en cas de séparation ou de divorce des époux. Par accord entre époux, homologué par le tribunal dans la décision de divorce pour rupture irrémédiable des relations conjugales des époux, les parents peuvent prévoir l'autorité parentale commune sur les enfants. Cette possibilité existe déjà pour le divorce par consentement mutuel.
- La possibilité d'avancer la date des effets de la dissolution de la communauté entre époux doit être prévue peu importe le cas de divorce. L'article 1442, 2^{ème} alinéa est à adapter en conséquence.
- L'avantage matrimonial accordé par préciput sur la communauté entre époux est en principe à supprimer, sauf volonté contraire des époux, exprimée dans les accords visés par l'article 244 nouveau. Ainsi, l'article 1518 est modifié.

II.– Quelques dispositions du Nouveau code de procédure civile sont à adapter.

- L'article 183 est adapté au fait que les causes de divorce et de séparation de corps ne seront plus obligatoirement communiquées au procureur d'Etat. Il appartient aux magistrats du siège de vérifier que les conditions de la loi sont remplies. En cas de nécessité, les dispositions du dernier alinéa de l'article 183, qui sont également adaptées, permettent au procureur d'Etat de prendre communication d'une cause de divorce ou de séparation, notamment pour la question de l'autorité parentale. Pour les causes qui sont susceptibles de communication, le représentant du ministère public ne devra plus obligatoirement assister à l'ensemble des audiences. Le parquet peut faire connaître son avis soit oralement à l'audience, soit par écrit, cet avis écrit est alors communiqué aux parties. Ce qui importe, n'est pas tant la présence d'un représentant du ministère public durant toutes les audiences, mais l'instruction véritable des dossiers, ou du moins la possibilité matérielle d'une telle instruction, même en dehors des audiences.
- La terminologie de l'article 405, 2^{ème} alinéa doit être adaptée en fonction du fait qu'un descendant des époux n'est plus entendu sur les griefs invoqués par les époux à l'appui de leur demande en divorce. Il n'y a plus de griefs formulés à l'appui d'une telle demande.
- En fonction des modifications introduites aux articles 306, 308 et 311, une adaptation de l'article 1029 du nouveau code de procédure civile devient également nécessaire. L'assignation en séparation de corps ne contient plus une description détaillée des faits reprochés, car la séparation de corps aura une cause plus objective, qui est celle de la rupture irrémédiable des relations conjugales des époux. La mention à l'alinéa 1^{er} de l'article 1029 „le ministère public entendu“ est également supprimée, car les règles de la communication des affaires d'état des personnes se règlent en fonction de la nouvelle formulation de l'article 183 du Nouveau code de procédure civile.

Article III.– Dispositions transitoires

Toute nouvelle procédure en divorce ou en séparation de corps introduite après la date d'entrée en vigueur de la nouvelle loi, est soumise aux nouvelles dispositions des Articles I. et II.

Toutes les procédures de divorce ou de séparation de corps introduites avant l'entrée en vigueur des nouvelles dispositions restent régies par les anciennes dispositions, que ce soit au stade d'une procédure préliminaire ou au stade d'une assignation en justice, en référé ou sur le fond, soit au stade d'une requête. Il en va de même en cas de voies de recours exercées, après l'entrée en vigueur des nouvelles dispositions, contre une décision de première instance voire une décision d'appel prononcée sous l'ancienne législation.

Les divorces qui ont été définitivement prononcés et qui ont acquis autorité de chose jugée sous l'empire des anciennes dispositions et procédures de divorce, avant l'entrée en vigueur de la nouvelle loi, ne peuvent pas être remis en question par les nouvelles dispositions, surtout en ce qui concerne les mesures accessoires aux divorces, en particulier les mesures concernant les pensions alimentaires, hormis une exception importante.

L'exception aux principes ci-avant libellés concerne les articles 270 à 277, 378, 378-1 et 389 nouveaux du code civil, qui traitent des conséquences du divorce pour les enfants et de l'autorité parentale. Ces nouvelles dispositions peuvent être invoquées dans le cadre d'une procédure de divorce ou de séparation de corps en cours et commencées sous l'ancienne législation, et aux divorces et séparation de corps ayant acquis autorité de chose jugée avant l'entrée en vigueur de la nouvelle loi. Ces nouvelles dispositions pourront être invoquées d'un commun accord par les parents, à l'appui d'une demande devant le tribunal compétent, pour demander l'autorité parentale commune à l'égard des enfants mineurs communs ou adoptés par eux, si les conditions prévues aux articles 270 à 277 sont données. Cette exception se justifie au regard du principe fondamental de l'intérêt supérieur des enfants.

Article IV.—

La loi entre en vigueur le 1er jour du deuxième mois qui suit sa publication au Mémorial.

Service Central des Imprimés de l'Etat

5155/01

N° 5155¹**CHAMBRE DES DEPUTES**

Session ordinaire 2003-2004

PROJET DE LOI**portant réforme du divorce**

* * *

**AVIS DU CONSEIL DE L'ORDRE DES AVOCATS DU BARREAU
DE LUXEMBOURG**

(19.11.2003)

Le Conseil de l'Ordre des avocats du barreau de Luxembourg a pris connaissance du projet de loi sur la réforme du divorce. Le Conseil de l'Ordre a créé une commission composée de plusieurs avocats à la Cour, praticiens du droit de la famille, chargée d'étudier ce projet. Le Conseil de l'Ordre tient à faire part de ses commentaires et recommandations basés sur le travail de réflexion de cette commission.

*

A. – CONSIDERATIONS GENERALES

Après étude de ce projet de loi, il est apparu primordial aux yeux de ces praticiens d'attirer l'attention du législateur sur divers points.

(1)

En premier lieu, le Conseil de l'Ordre n'approuve pas l'introduction ou plutôt la réintroduction d'une procédure préliminaire avec convocation des parties par le greffe.

Cette procédure ne constitue pas un progrès, mais plutôt un retour en arrière à plusieurs titres.

Le Conseil de l'Ordre rappelle que la procédure préliminaire avait été abolie en 1998, époque depuis laquelle le divorce peut être introduit par simple assignation, comme toute autre procédure civile ordinaire. Il est à noter que ce système fonctionne sans problèmes majeurs et que ce n'est pas ce système qui est à l'origine des conséquences néfastes de la procédure de divorce actuelle pour les personnes impliquées (notamment pour les époux et les enfants).

A cela s'ajoute que l'évolution de la procédure civile va plutôt dans la direction opposée.

Le Conseil de l'Ordre signale dans ce contexte à titre d'exemple la possibilité introduite par la combinaison de l'article 15 du nouveau Code de procédure civile et l'article 26 de la loi sur les baux à loyer (depuis la loi du 9 août 1993) de choisir entre la requête et la citation par voie d'huissier en cas d'urgence en matière de bail à loyer, qui a toujours été une matière dans laquelle l'introduction des demandes se faisait par requête suivie d'une convocation par voie de greffe.

En introduisant la possibilité du choix, le législateur a tenu compte du fait que le mode traditionnel d'introduction par requête avait le désavantage de la lenteur en cas d'urgence.

Or, en matière de divorce les praticiens savent que très souvent au début d'une procédure de divorce des cas d'extrême urgence se présentent, pour lesquels la procédure de la requête suivie d'une convocation par le greffe est totalement inadaptée.

(2)

En second lieu, l'introduction d'une nouvelle forme de divorce – dénommé divorce constat d'échec – est une direction rendue nécessaire par l'évolution du divorce qui n'est actuellement plus une procédure d'exception.

De nombreux couples se séparent et souhaiteraient pouvoir le faire dignement par le biais d'un consentement mutuel, cependant ne parvenant pas à un accord sur tous les points, ils ne peuvent utiliser d'autres voix que celle du divorce contentieux.

L'initiative d'introduire une forme de divorce de laquelle la notion de faute est absente est donc parfaitement louable.

Néanmoins, le Conseil de l'Ordre estime que ce n'est pas pour autant qu'il faille impérativement supprimer complètement **le divorce pour faute** qui peut dans certains cas d'exception être une nécessité pour le demandeur (notamment en cas de graves violences conjugales ou en cas de condamnation criminelle d'un des époux).

Le Conseil de l'Ordre donne à penser que le mariage est non seulement une institution, mais également un contrat dans lequel chacun des époux contracte des obligations. Or, qui dit obligations, dit également sanctions en cas de violation de ces obligations.

Le Conseil de l'Ordre pose la question de la raison d'être d'obligations à charge des époux si la violation de ces obligations n'est pas sanctionnée. En effet il est probable que beaucoup de justiciables ressentiront comme une injustice le fait qu'une partie puisse violer l'article 212 du Code civil, qui impose aux époux fidélité, communauté de vie et assistance, puisse se précipiter devant le juge qui en quelque sorte le récompensera en lui accordant sa liberté.

Si des sanctions dans le cadre du divorce ne sont plus prévues, il est d'ailleurs fort à craindre que le débat ne se porte sur un autre terrain alors que les époux qui se sentent gravement atteints dans leur intégrité physique et/ou morale risquent de demander des dommages-intérêts sur la base de l'article 1382 du Code civil, comme c'est le cas actuellement et comme cela reste le cas dans le cadre du projet de loi.

Il semble dès lors préférable de donner une base légale à un des époux victime d'une violation grave des obligations du mariage, dans le cadre de la procédure de divorce, plutôt que de provoquer une vague incontrôlée de procès sur la base de la responsabilité de droit commun.

Il pourrait ainsi être envisagé de ne permettre le prononcé du divorce pour faute que dans des cas limités (comme en Allemagne par exemple, où existe la notion de „unzumutbare Härte“).

Nous aurions ainsi trois causes de divorce, sans que les conséquences du divorce pour faute ne soient différentes de celle du divorce constat d'échec, sauf en ce qui concerne l'allocation de dommages et intérêts.

(3)

En troisième lieu le Conseil de l'Ordre se demande si dans le cadre de la procédure de divorce par consentement mutuel il est utile de supprimer les deux comparutions devant le juge telles qu'elles sont actuellement prévues.

Le délai de six mois entre les deux comparutions n'a jamais été vécu par les justiciables comme gênant ou trop long.

Au contraire les praticiens ont remarqué que ce laps de temps est utile pour les époux et leur permet de commencer à s'habituer à la séparation et de mettre à l'épreuve de la pratique les accords formalisés dans la convention de divorce par consentement mutuel. La pratique a d'ailleurs montré que souvent les époux profitent de ces six mois pour modifier et adapter la convention signée peu de temps après leur séparation.

Il ne faut pas oublier que même dans un divorce par consentement mutuel il y a presque toujours un des époux qui prend l'initiative alors que l'autre époux est plus passif.

Le „divorce à grande vitesse“ tel que proposé par le projet de loi apparaît dangereux au yeux des praticiens alors qu'il risque de générer des consentements qui n'en sont pas vraiment alors qu'ils sont donnés dans la précipitation et le premier étourdissement ayant suivi la séparation.

(4)

En quatrième lieu, le Conseil de l'Ordre trouve regrettable que les auteurs du projet aient prévu la possibilité pour les parents d'opter pour l'autorité parentale conjointe dans le cadre du divorce par consentement mutuel et que cette possibilité ait été exclue dans le cadre du divorce pour rupture irrémédiable de la vie commune.

Cette hétérogénéité de régime dans un domaine aussi sensible que l'autorité parentale ne se justifie nullement.

Il y a d'ailleurs lieu de remarquer que dans un souci d'harmonisation de notre législation avec celle de nos pays limitrophes (France, Belgique), il aurait été préférable de prévoir l'autorité parentale conjointe.

Il faut tenir compte du fait que nous vivons dans un pays où de nombreuses nationalités se mélangent et où nos voisins appliquent déjà largement cette notion.

(5)

En cinquième lieu, le Conseil de l'Ordre est surpris de constater que d'un côté les auteurs du projet de loi tentent d'enlever toute notion de faute du divorce mais réintroduisent cette notion dans un domaine très sensible, à savoir celui de la pension alimentaire.

Le Conseil de l'ordre craint que par ces dispositions le législateur n'aille à l'encontre du but déclaré de son projet de loi qui est la pacification des procédures de divorce.

Par le maintien de la notion de faute au niveau de la pension alimentaire, les débats risquent de s'envenimer considérablement.

Le Conseil de l'Ordre pose dès lors la question s'il ne serait pas préférable de laisser à la pension alimentaire son caractère purement alimentaire.

(6)

En sixième lieu le Conseil de l'Ordre estime que plusieurs dispositions du projet de loi sont contraires aux principes élémentaires des droits de la défense.

Ainsi est-il pour le moins surprenant de constater que dans le cadre de la procédure de divorce par consentement mutuel le juge ait la possibilité de refuser l'homologation de la convention de divorce par consentement mutuel, élaborée en toute liberté par les parties, **sans qu'une quelconque voie de recours ne soit prévue contre cette décision.**

A cela s'ajoute que dans le cadre de la procédure préliminaire, le projet de loi prévoit la comparution des époux en personne, sans que la présence de leur avocat ne soit autorisée.

Cette disposition est extrêmement dangereuse pour les parties alors qu'à un moment crucial de la procédure elles n'ont aucune possibilité de se faire assister par un conseil professionnel.

(7)

En septième lieu le Conseil de l'Ordre est préoccupé par une autre nouveauté du projet de loi, qui est la possibilité pour le juge de donner à bail le logement familial à celui des époux ayant obtenu la garde des enfants jusqu'à la majorité du plus jeune des enfants.

Outre les problèmes fondamentaux liés à l'atteinte au droit de la propriété soulevés par cette disposition, le Conseil de l'Ordre tient à rendre attentif aux conséquences qu'aura cette disposition pour les enfants.

En effet contrairement au but déclaré des auteurs du projet, l'obtention de la garde des enfants deviendra un enjeu primordial pour les époux alors que la garde conditionnera le droit de vivre dans le domicile conjugal.

La garde des enfants risque ainsi de dégénérer en bataille encore plus disputée qu'elle ne l'est déjà actuellement.

*

B. – COMMENTAIRE DES ARTICLES

Chapitre Ier. – *Des cas du divorce*

Article 229

Comme il a été exposé ci-avant le Conseil de l'Ordre suggère le maintien d'un divorce pour faute dans des cas très graves.

Section 1 – Du divorce par consentement mutuel

Le divorce par consentement mutuel tel qu'il est réglé par les articles 275 et suivants du Code civil actuel luxembourgeois fonctionne d'une manière satisfaisante, de sorte que nous ne voyons pas l'utilité d'un changement de la procédure.

Article 230

Le nouveau texte proposé ne diffère guère, dans son article 230, des articles 275, 276 et 277 actuels.

Il rajoute surtout un renvoi aux Titres IX et X du Livre 1er, qui traitent de l'autorité parentale, et de la minorité, de la tutelle et de l'émancipation (qui ne prévoient pas d'autorité parentale conjointe en cas de divorce des parents). La possibilité, qui existe actuellement, d'adopter l'autorité parentale conjointe n'est toujours pas expressément prévue, alors que justement dans le cadre de ces divorces à l'amiable, cette option est souvent exercée par les époux.

Le nouvel article 270 proposé parle certes d'un accord amiable possible entre les époux sur une telle autorité parentale conjointe, mais à défaut de renvoi exprès dans le cadre du nouvel article 230, il pourrait y avoir des discussions, surtout si les actuels articles 371 et svts ne sont pas modifiés dans ce sens (introduction de la possibilité d'une autorité parentale conjointe).

Il reste à souligner que le nouvel article proposé prévoit la réduction de la durée nécessaire du mariage à un an, au lieu des deux ans qui existent actuellement, ainsi que l'obligation d'âge.

L'article 1397 du Code civil actuel prévoit cependant qu'un changement de régime matrimonial n'est possible qu'après 2 années de mariage.

Si l'on veut maintenir la possibilité du divorce par consentement mutuel après une année de mariage, il faut adapter également l'article 1397, alors que le divorce entraîne séparation de biens, et donc changement de régime matrimonial dans une majorité des cas.

Est supprimé encore l'alinéa concernant la suppression ou la modification de la pension alimentaire en cas de communauté de vie du créancier d'aliments ou en cas de modification de la situation financière des parties. Un renvoi au nouvel article 267 serait néanmoins utile.

Article 231

L'article 231 proposé introduit la possibilité pour le juge chargé du divorce de **refuser** l'homologation de la convention de divorce.

S'il est utile que la convention de divorce soit homologuée, afin qu'elle ait enfin une valeur juridique, il est néanmoins difficile de comprendre que le juge puisse s'immiscer davantage dans cette convention.

Section 2 – Du divorce pour rupture irrémédiable des relations conjugales des époux

Article 232

Le Conseil de l'Ordre approuve l'introduction du divorce pour rupture irrémédiable des relations conjugales.

Article 233

Cet article n'appelle pas de commentaire particulier.

Chapitre II. – De la procédure du divorce

Section I – Dispositions générales

Article 234

L'article 234 dispose que „le tribunal d'arrondissement dans lequel les époux ont leur domicile commun ou à défaut, dans lequel la partie défenderesse a son domicile est compétent pour se prononcer sur le divorce ...“

Cet article ne distingue pas entre le divorce par consentement mutuel et le divorce pour rupture irrémédiable des relations conjugales des époux.

En matière de divorce par consentement mutuel, la compétence ne donne pas lieu à discussion si les époux habitent dans le même arrondissement. Cependant, en matière de divorce par consentement mutuel, il n'y a ni partie demanderesse ni partie défenderesse mais uniquement des époux qui demandent conjointement le divorce.

Il y a donc lieu de prévoir en matière de divorce par consentement mutuel, le tribunal d'arrondissement dans lequel les époux ont leur domicile commun, ou, à défaut, dans lequel une des parties a son domicile est compétent.

Section II – De la procédure de divorce par consentement mutuel

Article 235

Il n'y a pas de changement notable par rapport à la procédure actuelle.

Il est à noter que l'actuel article 283 dispose que „les époux se présenteront une deuxième fois devant le Président du tribunal dans le mois du jour où seront révolus six mois à compter de la première déclaration“.

Dans le projet actuel, le divorce par consentement mutuel sera prononcé après une seule comparution.

On peut s'interroger sur l'opportunité de la suppression de la deuxième comparution. Il arrive en effet souvent que le délai de réflexion de six mois aboutisse à une réconciliation des époux respectivement permette aux époux désireux de divorcer de réexaminer leur convention à la lumière de l'application pratique et de la modifier avec un avenant. Ceci ne sera plus possible si le divorce est prononcé après une seule comparution.

Cet article prévoit encore l'homologation de la convention qui fait partie intégrante de la décision définitive de divorce. La commission ne peut que se rallier à sa nouvelle disposition importante et utile. En effet, le jugement de divorce par consentement mutuel sera désormais un titre parfaitement exécutoire par rapport à toutes les dispositions convenues.

Il serait peut-être utile de prévoir que le règlement transactionnel ne sortira ses effets qu'au jour du jugement prononçant le divorce mais avec effet rétroactif au jour de la signature respectivement au jour que les parties ont fixé comme départ de leur accord.

Articles 236 et 237

Cet article qui renvoie à l'article 231 introduit la possibilité pour le tribunal de refuser l'homologation de la convention.

Le Conseil de l'Ordre rappelle qu'il est radicalement opposé à cette disposition qui introduit le contrôle du juge par rapport aux dispositions concernant tant l'un des époux que des enfants pour les motifs exposés à l'article 231.

Cet article, concernant la procédure du divorce par consentement mutuel, prévoit que le juge analyse la convention avec chacun des époux seul, avant de les réunir, ce qui semble inutile.

En effet, les époux ont signé d'un commun accord la convention de divorce, et le juge ne connaît pas forcément, sur base de cette convention, tous les éléments ayant conduit à la convention de divorce.

Il n'est pas sûr que les parties voudront divulguer toutes les raisons ayant mené à la signature de la convention, de sorte qu'elle peut paraître déséquilibrée, sans l'être en réalité.

Les parties négocient la convention de divorce comme un ensemble, sans que chaque point ne soit forcément équilibré (p. ex. un époux peut être d'accord à payer une pension alimentaire assez élevée

pour des raisons morales; un conjoint peut renoncer à la part exacte lui revenant dans le partage de l'immeuble commun en considération des enfants, etc.).

Les époux disposent de la liberté contractuelle, dans les limites bien sûr de l'ordre public, de sorte qu'il semble inutile qu'un autre contrôle s'exerce.

Le nouvel article 235 supprime encore la deuxième comparution des parties. La pratique a cependant montré que les parties, en mettant à l'épreuve la convention de divorce entre les deux rendez-vous prévus actuellement, la modifient encore souvent, et le délai semble donc tout à fait nécessaire.

Le nouvel article 237 prévoit qu'en cas de refus de l'homologation par le juge, celui-ci peut proposer une médiation.

Sans vouloir mettre en doute le principe de la médiation, il faut néanmoins souligner que dans le cadre d'une convention de divorce en vue d'un divorce par consentement mutuel, les conjoints ont déjà négocié leur accord.

Une médiation est donc inutile.

Il est d'ailleurs critiquable que le juge puisse refuser l'homologation de la convention pour des raisons autres que l'ordre public, et qu'il puisse encore négocier des mesures provisoires et renvoyer les parties sans qu'il n'y ait l'intervention des conseils respectifs des parties.

L'article 237 omet encore toute possibilité de recours contre la décision de refus, ce qui est inadmissible.

Articles 238 à 240

Ces articles ne donnent pas lieu à observations particulières.

Section III – De la procédure de divorce pour rupture irrémédiable des relations conjugales des époux

Paragraphe 1. – De la procédure préalable à l'assignation

Articles 241 à 244

Les articles introduisent de nouveau une procédure préalable à l'assignation.

Il est rappelé qu'avant la loi du 3 août 1998, la procédure de divorce se déroulait dans deux phases.

Dans un premier temps, le demandeur en divorce avait l'obligation de présenter sa demande en divorce à l'occasion d'une comparution personnelle devant le Président du tribunal d'arrondissement et avait ensuite l'obligation d'assigner son époux en conciliation. Cette phase préliminaire était lourde et sans aucun effet pratique.

Aux termes de l'article 236 actuellement en vigueur introduit par la loi du 3 août 1998, le divorce est introduit par une assignation qui peut contenir également les demandes relatives aux mesures provisoires concernant la personne, les aliments et les biens tant des parties que de leurs enfants.

En pratique, l'assignation contient pratiquement toujours tant les dispositions quant au fond que l'assignation devant le juge des référés. Il s'agit d'une procédure qui a fait largement ses preuves et qui fonctionne à l'entière satisfaction des justiciables, magistrats, avocats et huissiers.

Le projet actuel introduit de nouveau un système de deux phases, d'un côté la procédure préalable à l'assignation introduite par requête et ensuite la procédure de divorce introduite par assignation.

Le Conseil de l'Ordre est radicalement opposé à ce changement, transformant un système rapide et simple en un système lent et compliqué.

Article 241

Le Président du tribunal est donc saisi par requête initiale signée par l'un des époux ou les deux. Les parties sont convoquées par le greffe.

Le justiciable n'est plus maître de son affaire.

Alors qu'il est possible d'introduire sans autre perte de temps une affaire de divorce avec assignation à la prochaine audience (actuellement les audiences sont tenues chaque lundi matin pour les affaires nouvelles) le justiciable peut agir rapidement et sans autre perte de temps.

La procédure de la requête est autrement plus lourde et plus longue. C'est le greffe qui fixe les délais de convocation qui sont souvent très longs comme on peut le constater dans toutes les matières qui sont introduites par convocation (bail à loyer, juridiction du travail, tribunal de la jeunesse, tribunal des tutelles, saisies sur salaire et autres).

La procédure prévue par l'article 170 du nouveau code de procédure civile prévoyant les notifications et convocations par le greffe est donc autrement plus longue que la procédure de l'assignation prévue par les articles 153 et suivants du nouveau code de procédure civile.

De plus cette procédure a montré ses limites et graves inconvénients en cas de problème de changement d'adresse ou tout simplement de défaut d'indication de nom sur la boîte aux lettres.

Et ce sont justement ces problèmes qui apparaissent très souvent dans les procédures de divorce où il arrive fréquemment qu'un des époux ait quitté le domicile conjugal sans laisser d'adresse ou sans effectuer de changement d'adresse officiellement déclaré.

Les problèmes de notification des convocations par le greffe sont donc programmés d'avance.

Article 242

L'article institue une sorte de comparution personnelle des parties dont le but serait la pacification des relations conjugales des époux.

Il échet de rappeler que l'écrasante majorité des affaires sont actuellement évacuées au niveau du référé sans que la nécessité d'une comparution personnelle des parties soit ressentie par les juges, les avocats ou le justiciable. A l'heure actuelle, si le juge estime devoir entendre les parties, il ordonne spécialement leur comparution à ces fins. C'est une pratique qui a fait ses preuves. D'ailleurs, pratiquement parlant, si le juge devra obligatoirement entendre les parties en début d'instance de divorce, le tribunal sera totalement surchargé et il ne sera pratiquement plus possible d'évacuer les affaires au niveau de la procédure préalable respectivement des mesures accessoires dans un délai raisonnable.

Le but ne sera donc pas une pacification des relations entre époux mais bien au contraire le maintien d'une cohabitation forcée en attendant une décision plus lointaine. Il s'agit de la phase la plus cruciale, cette phase de divorce doit être la plus brève possible mais elle est maintenant étendue d'une façon importante.

Ensuite, on doit s'interroger sur le rôle du juge qui reçoit donc les parties avant d'avoir entendu les avocats et qui ignore absolument tout des tenants et aboutissants du dossier. Son intervention n'a donc strictement aucune utilité.

En prévoyant que le juge s'entretient personnellement avec chacun des époux séparément, le caractère contradictoire de l'instance est bafoué. Peut-on imaginer le juge, sans aucune connaissance du dossier, s'entretenir séparément avec les parties?

En disposant que les avocats, s'il y a lieu, sont ensuite appelés à assister à participer à l'entretien, le texte exclut implicitement mais nécessairement l'avocat de la première phase du divorce à savoir l'entretien du juge avec chacun des époux séparément et ensuite avec les deux époux ensemble.

Cette disposition heurte les droits élémentaires de la défense. L'avocat n'est pas un empêcheur de tourner en rond mais la personne de confiance du justiciable dont il désire être assisté à tous les niveaux de la procédure.

Cette disposition est contraire au droit à un procès équitable qui fait que toute personne a le droit de se faire assister à tous les stades de la procédure d'un avocat de son choix.

Article 243

En cas de contestation d'un époux de la rupture irrémédiable des relations conjugales, la cause est renvoyée à une nouvelle audience fixée dans un délai maximum de 3 mois avec possibilité de voir renouveler ce délai une nouvelle fois pour une durée qui ne peut être supérieure à 3 mois.

Le renvoi de la cause à une nouvelle audience en cas de contestation avec possibilité de renouveler le délai ne fait qu'alourdir inutilement la procédure et le tribunal qui ne pourra plus matériellement évacuer les affaires.

Article 244

L'article impose au juge de s'efforcer d'amener les parties à régler les conséquences du divorce à l'amiable par des accords dont le tribunal pourra tenir compte sous réserve que les accords soient conformes à l'intérêt des enfants et de chacun des époux.

Deux possibilités:

- ou bien les époux trouvent un accord et il suffit que le tribunal l'entérine;
- ou bien les parties persistent dans leur désaccord et il appartient au tribunal de prendre une décision.

Comment peut-on en effet imaginer que le tribunal qui n'est pas dans l'intimité des parties puisse apprécier que les accords soient dans „l'intérêt des enfants et de chacun des époux“?

Il ne peut pas l'apprécier parce qu'il n'a par la force des choses qu'une vision tout à fait incomplète du dossier.

Le Conseil de l'Ordre souligne que dans sa version actuelle du projet de loi la présence des avocats lors de cette comparution est exclue.

Ceci constitue une entrave au droit de la défense et notamment au droit du justiciable de se faire assister par un conseil de son choix à un moment crucial de la procédure.

Il est d'ailleurs incompréhensible pourquoi le législateur entend écarter l'avocat à ce stade de la procédure alors qu'en pratique c'est l'avocat qui, en amont de la comparution des parties devant le juge, a déjà effectué un travail non négligeable de sélection et de synthèse des demandes d'un époux de même qu'un travail indispensable de dépouillement et de compilation des pièces relevantes pour la compréhension de la situation patrimoniale et extra-patrimoniale des époux.

Dans le système proposé par le législateur ce sera le juge qui devra accomplir ces tâches pour chaque dossier, ce qui, aux yeux des praticiens, sera matériellement impossible, ceci notamment au vu du fait que chaque semaine au moins une vingtaine de nouvelles affaires de divorce sont introduites.

Paragraphe 2. – Des mesures provisoires

Actuellement, c'est le Président qui statue en référé suite à sa saisie par assignation et qui prend les mesures provisoires sur base de l'article 267bis du Code civil.

Article 246

L'article énumère à titre non exhaustif les différentes mesures que le juge peut prendre.

L'article 246 alinéa 6 prévoit la possibilité d'accorder à l'un des époux des provisions sur sa part de communauté si la situation le rend nécessaire. On peut s'interroger sur la pertinence de cette disposition dans la mesure où il n'est pas acquis à ce stade de la procédure que le divorce sera prononcé et que la communauté sera partant dissoute.

Entre autres, le juge est autorisé à „proposer aux époux une mesure de médiation“.

Le Conseil de l'Ordre se réjouit du fait que le législateur entend introduire le principe de la médiation judiciaire dans le cadre de la réforme de la loi sur le divorce et ce pour les mêmes raisons que celles avancées par le groupe de réflexion indépendante sur la réforme du divorce (cf. point 7 du papier de réflexion).

La simple allusion à cette possibilité ne suffit cependant pas pour pouvoir satisfaire les justiciables alors que le texte ne précise pas en quoi consiste une médiation, ni comment elle se déroule, ni combien elle coûte, respectivement qui en doit supporter les frais, si frais il y a.

N'est pas non plus réglée la question des personnes habilitées à faire une telle médiation et de leurs qualifications professionnelles.

Le Conseil de l'Ordre se pose dès lors la question s'il n'y a pas lieu de consacrer tout un chapitre à la médiation en s'inspirant des textes de nos voisins francophones qui ont consacré depuis plusieurs années le principe de la médiation dans leurs législations respectives.

Ainsi le législateur français dispose-t-il comme suit dans ses articles 131.1 à 131.15 la médiation.

Art. 131-1. Le juge saisi d'un litige peut, après avoir recueilli l'accord des parties, désigner une tierce personne afin d'entendre les parties et de confronter leurs points de vue pour leur permettre de trouver une solution au conflit qui les oppose.

Ce pouvoir appartient également au juge des référés, en cours d'instance.

Art. 131-2. La médiation porte sur tout ou partie du litige.

En aucun cas elle ne dessaisit le juge, qui peut prendre à tout moment les autres mesures qui lui paraissent nécessaires.

Art. 131-3. La durée initiale de la médiation ne peut excéder trois mois.

Cette mission peut être renouvelée une fois, pour une même durée, à la demande du médiateur.

Art. 131-4. La médiation peut être confiée à une personne physique ou à une association.

Si le médiateur désigné est une association, son représentant légal soumet à l'agrément du juge le nom de la ou des personnes physiques qui assureront, au sein de celle-ci et en son nom, l'exécution de la mesure.

Art. 131-5. La personne physique qui assure l'exécution de la mesure de médiation doit satisfaire aux conditions suivantes:

- 1) Ne pas avoir fait l'objet d'une condamnation, d'une incapacité ou d'une déchéance mentionnées sur le bulletin No 2 du casier judiciaire;
- 2) N'avoir pas été l'auteur de faits contraires à l'honneur, à la probité et aux bonnes moeurs ayant donné lieu à une sanction disciplinaire ou administrative de destitution, radiation, révocation, de retrait d'agrément ou d'autorisation;
- 3) Posséder, par l'exercice présent ou passé d'une activité, la qualification requise eu égard à la nature du litige;
- 4) Justifier, selon le cas, d'une formation ou d'une expérience adaptée à la pratique de la médiation;
- 5) Présenter les garanties d'indépendance nécessaires à l'exercice de la médiation.

Art. 131-6. La décision qui ordonne une médiation mentionne l'accord des parties, désigne le médiateur et la durée initiale de sa mission et indique la date à laquelle l'affaire sera rappelée à l'audience.

Elle fixe le montant de la provision à valoir sur la rémunération du médiateur à un niveau aussi proche que possible de la rémunération prévisible et désigne la ou les parties qui consigneront la provision dans le délai imparti; si plusieurs parties sont désignées, la décision indique dans quelle proportion chacune des parties devra consigner.

La décision, à défaut de consignation, est caduque et l'instance se poursuit.

Art. 131-7. Dès le prononcé de la décision désignant le médiateur, le greffe de la juridiction en notifie copie par lettre simple aux parties et au médiateur.

Le médiateur fait connaître sans délai au juge son acceptation.

Dès qu'il est informé par le greffe de la consignation, il doit convoquer les parties.

Art.131-8. Le médiateur ne dispose pas de pouvoirs d'instruction.

Toutefois, il peut, avec l'accord des parties et pour les besoins de la médiation, entendre les tiers qui y consentent.

Le médiateur ne peut être commis, au cours de la même instance, pour effectuer une mesure d'instruction.

Art. 131-9. La personne physique qui assure la médiation tient le juge informé des difficultés qu'elle rencontre dans l'accomplissement de sa mission.

Art. 131-10. Le juge peut mettre fin, à tout moment, à la médiation sur demande d'une partie ou à l'initiative du médiateur.

Le jugement peut également y mettre fin d'office lorsque le bon déroulement de la médiation apparaît compromis.

Dans tous les cas, l'affaire doit être préalablement rappelée à une audience à laquelle les parties sont convoquées à la diligence du greffe par lettre recommandée avec demande d'avis de réception.

A cette audience, le juge, s'il met fin à la mission du médiateur, peut poursuivre l'instance. Le médiateur est informé de la décision.

Art. 131-11. A l'expiration de sa mission, le médiateur informe par écrit le juge de ce que les parties sont ou non parvenues à trouver une solution au conflit qui les oppose.

Le jour fixé, l'affaire revient devant le juge.

Art. 131-12. Le juge homologue à la demande des parties l'accord qu'elles lui soumettent.

L'homologation relève de la matière gracieuse.

Art. 131-13. A l'expiration de sa mission, le juge fixe la rémunération du médiateur.

La charge des frais de la médiation est répartie conformément aux dispositions de l'article 22 de la loi No 95125 du 8 février 1995 relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative.

Le juge autorise le médiateur à se faire remettre, jusqu'à due concurrence, les sommes consignées au greffe.

Il ordonne, s'il y a lieu, le versement de sommes complémentaires en indiquant la ou les parties qui en ont la charge, ou la restitution des sommes consignées en excédant.

Un titre exécutoire est délivré au médiateur, sur sa demande.

Art. 131-14. Les constatations du médiateur et des déclarations qu'il recueille ne peuvent être ni produites ni invoquées dans la suite de la procédure sans l'accord des parties, ni en tout état de cause dans le cadre d'une autre instance.

Art. 131-15. La décision ordonnant ou renouvelant la médiation ou y mettant fin n'est pas susceptible d'appel.

L'avantage de ce texte serait d'institutionnaliser une définition de la médiation et de régler les différentes étapes de son déroulement.

La clarté du texte enlèvera également une grande partie de la nébuleuse qui règne sur le terme de médiation.

En effet, le concept est devenu très à la mode et tout le monde l'utilise à tout bout de champ sans distinction avec d'autres concepts similaires comme la conciliation, la négociation ou la comparution personnelle des parties devant un juge.

Pour renforcer ces différentes dispositions, il faudra également prévoir la possibilité aux parties de soumettre leurs accords au juge aux fins d'homologation.

La France a libellé son article 384 paragraphe 3 du nouveau code de procédure comme suit:

„Il appartient au juge de donner force exécutoire à l'acte constatant l'accord des parties, que celui-ci intervient devant lui ou ait été convenu hors sa présence.“

Le Conseil de l'Ordre est toutefois conscient qu'une telle exigence dépasserait le simple cadre de la loi sur le divorce et qu'il serait auparavant préférable d'adopter une loi générale sur la médiation.

Néanmoins l'attention du législateur est attirée sur la convention des droits de l'enfant qui retient expressis verbis le principe de la médiation comme mode de règlement des conflits en faveur des enfants.

Au-delà de l'aspect de la médiation familiale, la médiation permettrait également de régler les aspects patrimoniaux (pensions alimentaires, liquidation de la communauté ...).

Article 248

L'article prévoit que l'ordonnance est notifiée conformément à l'article 170 du nouveau code de procédure civile et l'article 249 prévoit que la procédure d'appel est jugée selon la même procédure qu'en première instance.

S'il est précisé que l'opposition consiste dans une déclaration à faire au greffe du tribunal, l'article prévoit que l'appel est porté devant la Cour d'appel sans que la procédure soit indiquée.

Pour les raisons ci-avant développées, la commission estime que la procédure de la requête avec notification des décisions intervenues n'est pas appropriée alors que le système actuel avec saisine du juge des référés par voie d'assignation a fait largement ses preuves.

Paragraphe 3. – De l'assignation en divorce

Article 250

Cet article n'entraîne pas d'observations particulières sauf à rappeler qu'à l'heure actuelle, tant le divorce que la demande quant aux mesures provisoires sont introduits par un seul et même exploit d'assignation.

Le nouveau système en introduisant deux phases complique, alourdit et allonge considérablement les procédures. Cela ne peut pas être dans l'intérêt du justiciable.

Paragraphe 4. – Du prononcé du divorce

Article 252

L'article n'entraîne pas d'observations particulières.

Article 253

L'article impose au juge de contrôler si la convention qui lui est soumise préserve suffisamment les intérêts de chacun d'eux ainsi que des enfants. Pour les motifs précédemment développés, cela ne peut être le rôle du juge.

Paragraphe 5. – Des voies de recours

Articles 255 et 256

Les articles n'entraînent pas d'observations particulières.

Chapitre III. – Des conséquences du divorce

Section I – De la date à laquelle se produisent les effets du divorce

Article 257

Le Conseil de l'Ordre approuve l'abrogation implicite par l'article 257 du délai de viduité, jusqu'ici applicable en cas de divorce prononcé pour cause déterminée sur base de l'article 296 du Code civil.

Article 258

Le Conseil de l'Ordre n'a pas de commentaires à émettre alors que cet article reprend des dispositions existantes qui en pratique n'ont pas posé de problèmes.

Article 259

Cet article prévoit dans son alinéa 4 une amende de 75 euros à 250 euros en cas d'omission de la mention ou de la transcription du divorce.

Comme il est prévu dans cet article que la mention ou la transcription est faite „... au nom de l'époux qui a demandé le divorce ou des époux à la diligence de l'avocat à la Cour en cas de divorce prévu à l'article 232“, il faudrait préciser si l'amende est encourue par l'époux ou les époux ou par l'avocat à la Cour.

Article 260

Comme le Conseil de l'Ordre n'est pas favorable à la procédure préliminaire avec requête introduite par les parties et convocations par le greffe telle que prévue par le projet de loi, la commission estime qu'il n'y a pas lieu de reporter les effets du divorce à l'ordonnance prévue à l'article 245 mais à l'assignation en divorce.

Le Conseil de l'Ordre recommande également de préciser dans le dernier alinéa de l'article 260 que la possibilité de reporter les effets du jugement à la date où les époux ont cessé de cohabiter et de collaborer n'existe que dans le cadre du divorce prononcé sur base de l'article 232.

Article 261

Cet article n'appelle pas de commentaire particulier alors qu'il est identique à l'actuel article 271 du Code civil.

Section II – Des conséquences du divorce pour les époux

Article 262

Le troisième alinéa de l'article 262 est rédigé de la manière suivante:

„Les articles 1496 (abrogé par la loi du 4 février 1974) et 1527 ne sont applicables que s'il existe des enfants issus d'un mariage autre que le mariage précédent entre le même époux.“

Cet alinéa a pour conséquence implicite mais nécessaire que l'article 1496 puisse être applicable dans le cas de figure décrit.

Or l'article 1496 a été abrogé par la loi du 4 février 1974.

Il est dès lors difficilement concevable comment le législateur imagine néanmoins l'application de cet article dans le cas de figure visé alors que cet article a disparu des textes légalement applicables.

Cette remarque vaut même au vu du fait que cet alinéa, rédigé de la même manière, figure aussi dans l'article 295 actuel du Code civil.

Article 263

Le Conseil de l'Ordre est d'accord avec le projet de ne pas maintenir les donations de biens à venir et tous les avantages matrimoniaux accordés par l'un des époux au profit de l'autre en cas de divorce prononcé pour rupture irrémédiable des relations conjugales.

Par contre le Conseil de l'Ordre éprouve de grandes difficultés à accepter le libellé de l'alinéa 2 de l'article 263 qui dispose que *„les droits que des conventions passées avec des tiers attribuent au conjoint divorcé sont perdus de plein droit par l'effet du divorce“*.

L'exposé des motifs du projet de loi est totalement muet sur la motivation de cette disposition et sur les situations ou contrats visés.

Ceci est d'autant plus regrettable que cette disposition est entièrement nouvelle et ne figure actuellement dans aucun texte.

Le Conseil de l'Ordre se pose cependant la question si ce texte ne risque pas de créer une grande insécurité juridique dans les rapports des époux avec des tiers dont les droits risquent d'être lésés.

Article 264

Le Conseil de l'Ordre est d'accord avec les termes de l'alinéa 1er de cet article.

Concernant le deuxième alinéa, le Conseil de l'Ordre formule les mêmes réserves que pour l'article 263.

Paragraphe 1. – Des pensions alimentaires

Au vu de ce qui a été exposé dans l'introduction et du caractère alimentaire qu'il faut préserver au secours alimentaire à titre personnel, les articles pourraient être libellés comme suit:

Article 265

Art. 265.– Le divorce met fin au devoir de secours prévu par l'article 212.

Toutefois l'un des époux peut être tenu de verser à l'autre une pension alimentaire, destinée à subvenir à son entretien si ce dernier ne peut y pourvoir lui-même.

La pension alimentaire est fixée en fonction des besoins du créancier d'aliments et des ressources du débiteur d'aliments.

A ce niveau, il y a lieu de remarquer que l'idée de capital pourrait être dangereuse et créer des disparités, notamment entre un créancier optant pour un capital et un autre optant pour un paiement mensuel et se remarquant peu après.

Celui bénéficiant d'un capital touchera plus que l'autre.

Le capital ne peut se concevoir que dans l'optique d'un paiement unique ou relativement court quant à un échelonnement.

Comment fixer un capital selon des besoins pouvant porter sur plusieurs années?

Article 266

De même l'article 266 dans l'optique d'une pension payée à titre exceptionnel devrait être modifié.

Ainsi, il n'est nul besoin de se pencher sur la durée du mariage ou du temps consacré à l'éducation des enfants.

Il est de même ambigu d'indiquer que l'on tiendra compte des situations des pensions de retraite alors qu'actuellement rien ne nous permet de croire qu'un jour ou l'autre le conjoint divorcé aura des droits sur la pension de son ex-conjoint.

Art. 266.– *Dans la détermination des besoins et des ressources, le tribunal doit prendre en considération notamment:*

- *l'âge et l'état de santé des époux;*
- *leur qualification et leur situation professionnelle au regard du marché du travail;*
- *leur disponibilité pour de nouveaux emplois;*
- *leurs droits existants et prévisibles;*
- *leur patrimoine, tant en capital qu'en revenu, après la liquidation du régime matrimonial.*

Article 267

Le principe de la révision de la pension ne peut se concevoir que si une telle pension a un caractère alimentaire et non indemnitaire comme proposée par le projet de loi.

Cependant, dans le cadre d'un but alimentaire, il y a lieu de faire remarquer qu'il semble superfétatoire d'obliger le débiteur d'une telle pension de saisir un juge pour cesser de payer cette dernière alors que le créancier s'est remarié et que l'obligation de l'article 212 du Code civil a pris le relais et s'applique entre les nouveaux conjoints.

De plus, il faut permettre au débiteur de cette pension de pouvoir faire modifier cette pension en cas d'amélioration de la situation du créancier d'aliments. Et non pas seulement en cas de détérioration de sa propre situation.

Concernant le document visé à l'alinéa 2 de cet article, se pose la question de son intérêt et surtout de la véracité d'un tel document établi par les parties elles-mêmes.

Quant à l'alinéa 3, il n'y a actuellement pas d'intérêt pour le créancier d'une pension alimentaire d'en solliciter l'application alors que de toute façon les tribunaux statuant en matière de divorce la refusent systématiquement.

Mais surtout, il y a lieu de noter que le créancier d'une pension alimentaire met par ce biais en marche le mécanisme de la délégation qui ne lui est pas du tout favorable. En effet, si par la suite des saisies sont effectuées sur le salaire du débiteur, elles seront traitées avant sa créance.

Il est plus sûr pour un créancier de pensions alimentaires d'effectuer une saisie sur le salaire de son débiteur.

Art. 267.– *La pension est toujours révisable et révocable. Elle est révoquée dans le cas où elle cesse d'être nécessaire. La pension n'est plus due d'office en cas de remariage. Elle n'est plus due sur demande en cas de partenariat ou de toute autre communauté de vie du créancier avec un tiers. Sont présumées vivre en communauté de vie les personnes qui vivent dans le cadre d'un foyer commun. La pension alimentaire peut être modifiée sur demande en cas de détérioration ou d'amélioration de la situation du créancier ou du débiteur de la pension, à condition toutefois que cette détérioration soit indépendante de la volonté de celui dans le chef duquel elle a lieu.*

Paragraphe 2. – Du logement

Articles 268 et 269

Le Conseil de l'Ordre tient à exprimer son opposition formelle à ces deux articles.

Il s'agit en réalité d'une mesure qui s'inspire de dispositions de la loi espagnole. Sauf que celle-ci accorde cette faculté de „concéder à bail“ un immeuble à un des époux avec infiniment plus de précautions que ne le fait le projet de loi luxembourgeois.

Le Conseil de l'Ordre se pose d'abord la question pourquoi les auteurs du projet de loi visent uniquement le cas où le logement familial appartient en propre à un des époux et reste complètement muet sur les cas où le logement familial est un immeuble commun. Aucune explication ne se trouve dans l'exposé des motifs.

Ensuite le Conseil de l'Ordre tient à rendre attentif aux conséquences d'une telle mesure.

Si on imagine un couple dont le plus jeune enfant n'a que deux ans au moment du prononcé du divorce, les articles 268 et 269 tels que proposés auront pour conséquence une indisponibilité pendant 16 ans d'un bien propre d'un des époux.

L'immeuble en question ne pourra être vendu alors qu'en raison du bail dont il est greffé, sa valeur aura fortement diminué.

Le Conseil de l'Ordre estime que l'imposition forcée d'un bail constitue une violation flagrante du droit de propriété, qui est inadmissible.

L'époux propriétaire éprouvera également les plus grandes difficultés à se voir octroyer un prêt pour acheter un autre bien immobilier en vue de se reloger, éventuellement avec une nouvelle épouse et les enfants qu'il aura avec celle-ci.

La conséquence en sera que les personnes propriétaires d'immeubles en nom propre hésiteront à se marier ou que des personnes désirant acheter sans être mariés seront tentées d'acheter au nom d'une société, perdant ainsi le bénéfice des dispositions en matière d'aide au financement d'acquisitions immobilières.

Si la mesure de la concession à bail devait être étendue à des immeubles communs, elle aura pour conséquence de rendre quasiment impossible la liquidation de la communauté de biens.

En effet si aucun des époux n'est financièrement en mesure de reprendre l'immeuble, celui-ci est normalement vendu. Or, en cas de bail greffé sur l'immeuble pendant des années à venir, le prix de vente de l'immeuble diminuera de manière si conséquente que les deux époux seront gravement lésés.

La concession à bail aboutirait ainsi à une inapplicabilité en fait des articles 815 et suivants du Code civil entre époux.

A cela s'ajoute qu'en raison de l'enjeu que représente l'éventuelle indisponibilité de l'immeuble, les parents risquent de se battre avec encore plus d'acharnement pour la garde des enfants afin d'obtenir le logement familial.

*Section III – Des conséquences du divorce pour les enfants**Article 271*

Le Conseil de l'Ordre trouve regrettable que les auteurs du projet aient prévu la possibilité pour les parents d'opter pour l'autorité parentale conjointe dans le cadre du divorce par consentement mutuel et que cette possibilité ait été exclue dans le cadre du divorce pour rupture irrémédiable de la vie commune.

Cette hétérogénéité de régime dans un domaine aussi sensible que l'autorité parentale ne se justifie nullement.

Il y a d'ailleurs lieu de remarquer que dans un souci d'harmonisation de notre législation avec celle de nos pays limitrophes (France, Belgique), il aurait été préférable de prévoir l'autorité parentale conjointe.

Il faut tenir compte du fait que nous vivons dans un pays où de nombreuses nationalités se mélangent et où nos voisins appliquent déjà largement cette notion.

Le Conseil de l'Ordre estime donc que dans les deux procédures les époux devraient pouvoir opter pour l'autorité parentale conjointe et que ce choix devrait s'imposer au juge, sauf circonstances exceptionnelles dans lesquelles l'intérêt de l'enfant ne serait pas respecté.

L'autorité parentale conjointe devrait être préconisée d'autant plus que tant la Cour Constitutionnelle dans son arrêt No 7/99 du 26 mars 1999 (Mémorial A No 41 du 20 avril 1999) que la Cour d'Appel dans son arrêt du 11 juillet 2001 (Pasicrisie t. 32 No 2/2002 p. 96) ont posé certains principes, encore que les cas soumis à leur appréciation concernaient les enfants naturels et que le débat portait sur la question de la discrimination des pères naturels.

Dans les décisions précitées, il avait été retenu d'abord (Cour Constitutionnelle) que l'article 380 al. 1 du Code civil en ce qu'il attribue l'autorité parentale d'un enfant naturel reconnu par les deux parents privativement à la mère, n'est pas conforme à l'article 11(2) de la Constitution et (Cour d'Appel) que cette décision „implique donc négativement la suppression de la prééminence du lien maternel en cas de reconnaissance de l'enfant par ses deux parents, la vocation égale de chacun des parents à exercer l'autorité parentale“.

En l'absence d'un nouveau texte de loi remplaçant l'article 380 al.1er du Code civil et instaurant le principe de l'exercice conjoint de l'autorité parentale, la Cour d'Appel a estimé néanmoins que l'article 380, al. 2 permet au juge des tutelles de confier, suivant l'intérêt de l'enfant, l'exercice de l'autorité parentale au père ou à la mère ou conjointement aux deux parents.

Dans le cadre du divorce, se pose donc également la question de la discrimination des pères et mères divorcés par rapport aux pères et mères unis par les liens du mariage, respectivement les père et mère naturels.

Pour éviter toute discussion quant à une éventuelle discrimination (ou non), une cohérence des régimes s'appliquant à chaque catégorie des pères et mères précités est de rigueur.

Le législateur devrait profiter de l'occasion pour uniformiser le régime de l'autorité parentale.

Luxembourg, le 19 novembre 2003

Pour le Conseil de l'Ordre,
Gaston STEIN
Bâtonnier

Service Central des Imprimés de l'Etat

5155/06

N° 5155⁶

CHAMBRE DES DEPUTES

Session ordinaire 2007-2008

PROJET DE LOI

portant réforme du divorce

* * *

AVIS DE L'OMBUDS-COMITE FIR D'RECHTER VUM KAND

(4.12.2003)

Conformément aux pouvoirs lui conférés par la loi du 25 juillet 2002 dans son article 3b. l'Ombuds-Comité fir d'Rechter vum Kand (ORK) a décidé d'émettre son avis sur certains articles du projet de loi susmentionné qui touchent à son avis au droit des enfants.

*

A. – CONSIDERATIONS GENERALES

Il est évident que toute réforme touchant au droit de la famille, concerne plus ou moins directement les droits des enfants mineurs.

Toute réforme du divorce ne manquera certainement pas d'entraîner des conséquences pour les enfants et le législateur devra à tout moment respecter les droits des enfants et agir dans leur intérêt supérieur.

(1)

L'ORK n'entend pas analyser le projet dans son entièreté alors que certaines parties du projet ne concernent pas directement les enfants.

L'ORK déplore toutefois que le projet de loi prévoit une modification des textes légaux concernant **le divorce par consentement mutuel**.

A la connaissance de l'ORK, les textes actuels régissant la matière sont satisfaisants.

En outre, la législation actuelle prévoit un délai de 6 mois entre les deux convocations des époux au Tribunal, délai qui est supprimé dans le nouveau projet.

Or ce délai de réflexion ne permet-il pas aux époux, soit, dans quelques cas, de revoir leur position en vue d'une réconciliation éventuelle, sinon de vérifier si les modalités du divorce, surtout en ce qui concerne les enfants, fonctionnent.

Ce temps de réflexion ne peut qu'être dans l'intérêt des enfants.

L'ORK approuve toutefois que le jugement de divorce par consentement mutuel vaudra homologation de la convention de divorce, laquelle sera donc directement exécutable sans repasser devant les tribunaux.

L'ORK approuve également que les conditions d'âge et de durée de mariage ont disparu dans le nouveau projet.

En ce qui concerne le **divorce pour rupture irrémédiable des relations conjugales**, l'ORK approuve l'introduction du divorce-constat d'échec.

Sans aucun doute, cette forme de divorce contribuera à la paix dans les familles.

L'ORK estime toutefois que le divorce pour faute pourrait être maintenu dans les cas d'extrême gravité telles que violences conjugales, abus sexuels et condamnation criminelle de l'un des époux.

La question se pose, en effet, si la société ne doit pas maintenir une certaine forme de divorce-sanction dans des cas extrêmes, permettant de „punir“ pareille rupture grave des liens du mariage et d'accorder des dommages-intérêts à l'époux lésé.

La société n'a-t-elle pas le devoir de montrer, notamment aux enfants, qu'elle entend mettre au ban certains comportements hautement outrageants qu'adopte une partie à l'égard de son conjoint, voire ses enfants?

Ne risque-t-on pas, aussi, de voir augmenter le nombre de procès civils, les époux lésés cherchant compensation sur base des principes du droit commun de la responsabilité.

Quant aux nouvelles règles de procédure, l'ORK pense que les droits de la défense des parties ne sont pas assez respectés et craignent que les époux, sans l'assistance nécessaire d'un avocat, n'aient pas toujours les compétences requises leur permettant de faire valoir leurs droits et surtout ceux de leurs enfants.

L'ORK craint également que les procédures, notamment dans le cas de personnes non assistés, risquent de traîner en longueur alors que l'instruction du dossier devra être faite par les parties, voire le Président du Tribunal, respectivement le Tribunal.

Aussi l'ORK déplore que la nouvelle procédure ne prévoit pas, outre le fait que le juge puisse entendre les enfants mineurs sur leur demande et s'il l'estime nécessaire, de quelle façon les enfants mineurs peuvent, sans être parties au procès, intervenir formellement dans la procédure pour se faire entendre en étant notamment assisté d'un avocat pour enfants.

Aussi l'ORK craint-il que cette apparente simplification de la procédure n'en est pas une et que les parties risquent de se retrouver devant d'autres tribunaux ultérieurement pour y mener les débats qu'ils n'ont pas pu mener dans le cadre du divorce.

En effet, ne faut-il pas craindre que le nombre de procès devant le Tribunal de la Jeunesse, compétent en matière de droit de garde/droits de visite et d'hébergement après divorce risque d'augmenter, au détriment notamment des enfants?

(2)

En deuxième lieu, l'ORK s'est penché sur les articles relatifs aux conséquences du divorce en ce qui concerne les enfants.

L'ORK regrette que les auteurs du projet n'en aient pas profité pour instaurer la notion **d'autorité parentale conjointe** qui d'après la Cour Constitutionnelle se doit d'être le principe.

Il ne suffit pas de l'envisager dans le cadre d'un accord commun des parents.

En outre, l'ORK craint que les dispositions prévues dans le projet de loi en ce qui concerne **le logement familial** ne nuisent aux enfants.

En effet, il sera à craindre que les parents se battent encore plus pour obtenir l'autorité parentale exclusive de leurs enfants dans l'espoir de pouvoir rester dans l'ancien domicile conjugal.

*

B. – COMMENTAIRE DES ARTICLES

Articles 268 et 269

L'ORK tient à exprimer son opposition formelle à ces deux articles.

L'ORK se demande d'abord pourquoi les auteurs du projet de loi visent uniquement le cas où le logement familial appartient en propre à un des époux et ne prennent pas en considération les cas où le logement familial est un immeuble commun.

Si aucune explication n'est donnée dans l'exposé des motifs, l'ORK pense que les règles de l'indivision prévues aux articles 815 et suivants du Code Civil ne permettent pas de forcer une partie à donner à l'autre la moitié de sa propriété indivise à bail.

Or n'est-il pas étonnant, voir discriminatoire de pouvoir être autorisé de rester dans une maison qui ne vous appartient pas alors qu'on peut être forcé de céder (et donc de quitter) la maison dont on est propriétaire indivis!

L'ORK craint surtout que les enfants ne fassent les frais de ces nouvelles dispositions.

Il est clair que le parent propriétaire de l'immeuble propre va tout faire pour obtenir l'autorité parentale exclusive de ses enfants afin d'être certain de ne pas devoir être obligé de donner à bail sa propriété à l'autre époux et ceci peut-être au détriment du véritable intérêt des enfants.

Et même dans l'hypothèse d'une décision de justice accordant à l'autre parent l'autorité parentale exclusive des enfants et le bail de l'immeuble propre, ne va-t-il pas être tenté d'influencer les enfants contre le parent gardien, de multiplier les procédures après divorce en vue d'une modification de l'autorité parentale auprès du juge de la jeunesse et ceci toujours et encore au détriment de l'intérêt et la paix des enfants.

Or les enfants ne doivent jamais devenir l'enjeu des préoccupations matérielles des adultes.

L'ORK pense que de telles dispositions risquent aussi de nuire les intérêts des éventuels enfants d'un second mariage du propriétaire contraint de céder son immeuble à bail.

Si on imagine un couple dont le plus jeune enfant n'a que deux ans au moment du prononcé du divorce, les articles 268 et 269 tels que proposés auront pour conséquence une indisponibilité pendant 16 ans d'un bien propre d'un des époux.

L'époux propriétaire ne pourra pas reloger sa nouvelle famille, respectivement aura les plus grandes difficultés à se voir octroyer un prêt pour acheter un autre bien immobilier en vue de vivre avec une nouvelle épouse et les enfants qu'il aura avec celle-ci.

Par contre, il est presque certain que cette mesure de cession à bail restera bientôt lettre morte.

Rien de plus facile pour un célibataire ou un époux séparé de biens que de constituer une société et d'acquérir l'immeuble au nom de celle-ci pour contourner ces nouvelles dispositions.

Ce ne seront que les propriétaires les plus démunis, ceux qui devront acheter en nom propre aux fins de pouvoir bénéficier des aides de l'Etat qui seront lésés.

Article 271

– Cet article prévoit d'abord, dans sa lecture actuelle, que les parents puissent dans le cadre du divorce trouver l'accord amiable d'exercer l'autorité parentale commune à l'égard de leurs enfants mineurs.

Contrairement à ce que les législations de nombreux autres pays européens, dont certains pays limitrophes préconisent (notamment la France et la Belgique), le projet de loi soumis au législateur luxembourgeois n'opte pas pour le principe de l'autorité parentale commune ou conjointe pour les père et mère.

L'autorité parentale commune/conjointe reste soumise à l'accord des deux parties concernées.

Il est dommage que les rédacteurs du projet de loi n'aient pas fait le choix d'aller au bout de leur volonté de vouloir enfin en terminer avec la discrimination maintenue entre les père et mère liés par les liens du mariage et les père et mère divorcés.

D'autant plus que tant la Cour Constitutionnelle dans son arrêt No 7/99 du 26 mars 1999 (mémorial A No 41 du 20 avril 1999) que la Cour d'Appel dans son arrêt du 11 juillet 2001 (Pasicrisie t. 32 No 2/2002 p. 96) ont posé certains principes, encore que les cas soumis à leur appréciation concernaient les enfants naturels et que le débat portait sur la question de la discrimination des pères naturels.

Dans les décisions précitées, il avait été retenu d'abord (Cour Constitutionnelle) que l'article 380 al. 1 du code civil en ce qu'il attribue l'autorité parentale d'un enfant naturel reconnu par les deux parents privativement à la mère, n'est pas conforme à l'article 11(2) de la constitution et (Cour d'Appel) que cette décision „*implique donc négativement la suppression de la prééminence du lien maternel en cas de reconnaissance de l'enfant par ses deux parents, la vocation égale de chacun des parents à exercer autorité parentale*“.

En l'absence d'un nouveau texte de loi remplaçant l'article 380 al. 1er du code civil et instaurant le principe de l'exercice conjoint de l'autorité parentale, la Cour d'Appel a estimé néanmoins que l'article 380, al. 2 permet au juge des tutelles de confier, suivant l'intérêt de l'enfant, l'exercice de l'autorité parentale au père ou à la mère ou conjointement aux deux parents.

Dans le cadre du divorce se pose donc également la question de la discrimination des père et mère divorcés par rapport aux père et mère unis par les liens du mariage, respectivement les père et mère naturels.

Pour éviter toute discussion quant à une éventuelle discrimination (ou non), une cohérence des régimes s'appliquant à chaque catégorie des père et mère précitées est de rigueur.

Le législateur devrait profiter de l'occasion pour uniformiser le régime de l'autorité parentale.

Il est à cet égard également renvoyé à la Convention internationale des droits des Enfants adoptée par l'assemblée générale de l'ONU le 20 novembre 1989 et notamment à ses articles 2 alinéa 1 et 9 alinéas 1 et 3.

L'article 2 prévoit que les Etats parties „s'engagent à respecter les droits énoncés à la convention et à les garantir à tout enfant relevant de leur juridiction, sans distinction aucune, indépendamment de toute considération de ... leur naissance ou de toute autre situation“.

Les mêmes droits doivent donc être garantis aux enfants légitimes que leurs parents soient encore mariés ou non, respectivement aux enfants naturels.

Parmi ces droits figurent ceux retenus à l'article 9 de la Convention précitée et qui consacrent le droit des enfants de ne pas être séparés de leurs parents contre leur gré et, en cas de séparation de l'enfant de ses deux parents ou de l'un d'eux, d'entretenir régulièrement des relations personnelles et des contacts directs avec ses deux parents.

L'ORK est persuadé que l'autorité parentale conjointe, c'est à dire la prise de responsabilité conjointe des deux parents à l'égard d'un enfant et des décisions importantes qui doivent être prises à son égard, sont un droit pour chaque enfant.

En effet, l'enfant dont les parents vivent séparés et dont la résidence est forcément établie auprès de l'un de ses parents ne doit pas être encore plus discriminé qu'il ne l'est déjà (du moins moralement) par rapport à ses camarades vivant auprès des deux parents en le privant de la direction et la prise en charge du parent auprès duquel il ne vit pas.

La pratique démontre que le parent qui conserve les obligations qu'entraînent l'exercice de l'autorité parentale se sent plus responsable, s'implique plus dans la vie de son enfant alors qu'il se sent moins mis à l'écart, voire accepte plus facilement que son enfant ait sa résidence familiale principale auprès de l'autre parent.

Par contre l'autre parent, celui auprès duquel l'enfant vit habituellement, doit maintenir un minimum de communication avec l'ancien conjoint, ce qui ne peut être que bénéfique pour l'enfant.

De plus ce système aura le mérite d'harmoniser notre loi nationale avec celle des nombreux pays de l'Union Européenne ayant adopté le principe de l'autorité parentale conjointe (par exemple: Belgique, Pays-Bas, France, Grande-Bretagne ...).

En effet, la loi applicable à l'enfant en matière d'autorité parentale est en principe sa loi nationale.

Sauf qu'il n'est pas exclu actuellement, en raison de l'application de la loi du for par le juge des référés-divorce, que des enfants soumis de par leur loi nationale au principe de l'autorité conjointe voient la garde de leur personne attribuée à l'un ou l'autre de leurs parents.

Le parent titulaire du droit de garde en profite pour quitter le pays avec le ou les enfants, sans l'autorisation de l'autre parent, ajoutant la distance géographique à la séparation déjà souvent douloureuse pour les enfants.

Les détracteurs du principe de l'autorité parentale conjointe ont tendance d'expliquer que cet exercice de l'autorité conjointe est parfois mis à profit par certaines personnes aux fins de continuer à exercer une certaine pression sur l'ex-conjoint, voire assouvir d'anciennes vengeances.

Ils craignent que le nombre de procès qu'entraîneraient les désaccords en matière d'autorité parentale conjointe serait très important.

Une telle attitude de blocage systématique de décisions, bien entendu condamnable, n'est évidemment pas complètement évitable, encore que les rédacteurs du présent avis pensent que ces cas demeureront l'exception, plutôt que la règle.

En tout état de cause, vu le nombre actuel très important de litiges après divorce concernant les modalités des droits de garde ou des droits de visite et d'hébergement et du ressort de la compétence du juge de la jeunesse en vertu de l'article 302 al. 2 du code civil, il n'est pas vraiment à craindre que le nombre de procès augmente, mais tout au plus que le débat s'éloigne des questions de droit de garde/ de visite et porte sur les questions d'autorité parentale.

– Reste alors à déterminer quel est le meilleur régime à adopter en principe quant à l'autorité parentale.

En effet deux systèmes sont possibles, en partant du principe que l'autorité parentale conjointe doit toujours rester possible pendant et après le divorce:

1. En partant de l'esprit du nouvel article 271 du projet de loi portant réforme du divorce, on peut prévoir effectivement qu'en cas de défaut d'accord amiable des père et mère sur l'exercice conjoint de l'autorité parentale, le tribunal confiera l'exercice de l'autorité parentale soit conjointement aux deux parents, soit à l'un ou à l'autre des parents.

Dans la ligne des principes régissant la situation actuelle en matière d'enfants naturels, le juge intervient en cas de désaccord des parties et peut alors tout décider, même d'accorder l'exercice conjoint de l'autorité.

Cette proposition ne rencontre pas la faveur des rédacteurs de la présente alors que l'arrêt de la Cour d'Appel du 11 juillet 2001 avait le mérite de préciser que la jurisprudence actuelle en matière de tutelles qui permet au juge des tutelles de trancher la question de l'exercice unilatéral ou conjoint de l'autorité parentale devait s'appliquer „en l'absence de solution différente consacrée jusqu'à présent par le législateur ...“.

La Cour avait encore précisé que „La vocation égale des parents pourra se traduire de lege ferenda par l'attribution de l'exercice de l'autorité parentale à la mère et au père.“

2. **C'est pour cette raison et celles présentées supra que l'ORK voudrait que l'exercice de l'autorité parentale conjointe devienne un principe, quelle que soit la situation personnelle des parents (légitimes mariés ou divorcés, naturels).**

La Cour d'Appel dans son arrêt précité du 11 juillet 2001 a bien précisé

„qu'il est dans l'intérêt de l'enfant, de son développement équilibré et de son bien-être que ses deux parents soient responsables de son éducation et que l'exercice en commun de l'autorité parentale est la meilleure solution pour l'enfant“.

Les rédacteurs de la présente estiment que le juge du divorce, respectivement le tribunal de la jeunesse (après divorce) resteront compétents en cas de désaccord entre parents, pour régler les différents éventuels.

Leur intervention se vaudra ponctuelle.

Pour des motifs très graves, qui seront toujours exceptionnels, les tribunaux pourront confier l'exercice exclusif de l'autorité parentale à l'un des père et mère.

Les articles du code civil belge sur l'autorité parentale conjointe (Titre IX de l'autorité parentale, art. 373 et art. 374) ont, à titre d'exemple, retenu l'attention de l'ORK pour leur texte clair et explicite:

„Art. 373 du code civil belge: *Lorsqu'ils vivent ensemble, les père et mère exercent conjointement leur autorité sur la personne de l'enfant.*

A l'égard de tiers de bonne foi, chacun des père et mère est réputé agir avec l'accord de l'autre quand il accomplit seul un acte de cette autorité sous réserve des exceptions prévues par la loi.

A défaut d'accord, le père ou la mère peut saisir le tribunal de la jeunesse.

Le tribunal peut autoriser le père ou la mère à agir seul pour un ou plusieurs actes déterminés.

Art. 374 du code civil belge: *Lorsque les père et mère ne vivent pas ensemble, l'exercice de l'autorité parentale reste conjoint et la présomption prévue à l'article 373 alinéa 2, s'applique.*

A défaut d'accord sur l'organisation de l'hébergement de l'enfant, sur les décisions importantes concernant sa santé, son éducation, sa formation, ses loisirs et sur l'orientation religieuse ou philosophique ou si cet accord lui paraît contraire à l'intérêt de l'enfant, le juge compétent peut confier l'exercice exclusif de l'autorité parentale à l'un des père et mère.

Il peut aussi fixer les décisions d'éducation qui ne pourront être prises que moyennant le consentement des père et mère.

Il fixe les modalités selon lesquelles celui qui n'exerce pas l'autorité parentale maintient des relations personnelles avec l'enfant. Ces relations ne peuvent être refusées que pour des motifs très graves. Celui qui n'exerce pas l'autorité conserve le droit de surveiller l'éducation de l'enfant. Il pourra obtenir, de l'autre parent ou tiers, toutes informations utiles à cet égard et s'adresser au tribunal de la jeunesse dans l'intérêt de l'enfant.

Dans tous les cas, le juge détermine les modalités d'hébergement de l'enfant et le lieu où il est inscrit à titre principal dans les registres de la population.

Il faut encore remarquer qu'en cas de réformation de l'autorité parentale, le législateur devra également adapter les dispositions concernant l'administration des biens des enfants et revoir tous les textes légaux ayant trait à l'autorité parentale.

Luxembourg, le 4 décembre 2003

*Pour les membres de l'Ombuds-Comité
fir d'Rechter vum Kand,*

Marie Anne RODESCH-HENGESCH,

Robert SOISSON,

Valérie DUPONG,

Caroline MART,

Elisabeth MULLER-MEYRATH,

Jean-Jacques KOHN

Service Central des Imprimés de l'Etat

5155/02

N° 5155²

CHAMBRE DES DEPUTES

Session ordinaire 2003-2004

PROJET DE LOI

portant réforme du divorce

* * *

AVIS DU CONSEIL D'ETAT

(16.3.2004)

Par dépêche en date du 2 juin 2003, le Premier Ministre, Ministre d'Etat, a soumis à l'avis du Conseil d'Etat le projet de loi sous rubrique. Au texte du projet de loi, élaboré par le ministre de la Justice, étaient joints un exposé des motifs ainsi qu'un commentaire des articles.

L'avis du Conseil de l'Ordre des avocats du barreau de Luxembourg a été communiqué au Conseil d'Etat en date du 9 mars 2004.

*

CONSIDERATIONS GENERALES

Le projet de loi soumis à l'avis du Conseil d'Etat a pour objet de réformer le régime actuel du divorce avec l'objectif de pacifier les relations entre les conjoints durant et après la procédure de divorce, plus particulièrement dans l'intérêt des enfants issus du couple divorcé. Dans ce but de pacification auquel s'est attelé le Gouvernement, le divorce pour faute est supprimé.

La réforme envisagée est une révision en profondeur du droit applicable en matière de divorce et le Conseil d'Etat estime que des modifications d'une telle envergure méritent une réflexion approfondie et critique, non seulement par rapport à la dissolution de l'union matrimoniale, mais également par rapport au mariage et à l'ensemble du droit de la famille.

La réforme du divorce actuellement projetée n'est pas isolée: elle s'inscrit dans une lignée de projets qui visent à adapter le droit de la famille aux évolutions sociologiques et juridiques par le biais notamment de l'introduction du partenariat ou par la réforme de l'attribution du nom patronymique. Il s'agit de respecter l'aspiration des citoyens à plus d'autonomie et de liberté dans leur sphère privée, alors que la conception paternaliste du droit de la famille est dépassée et que l'immixtion des pouvoirs publics dans la vie privée des individus est de moins en moins tolérée. Mais les changements législatifs découlent aussi du souci d'assurer l'application des droits issus des conventions internationales, telles que la Convention européenne des Droits de l'Homme et la Convention internationale des droits de l'enfant.

Le projet soumis à l'avis du Conseil d'Etat affecte la philosophie de base du droit du divorce. Mais la conception que l'on a du divorce renvoie toujours à une certaine conception du mariage. En effet, peut-on traiter la question du divorce sans égard au mariage qu'il est censé dissoudre?

Comme l'a fait remarquer le professeur Jean Hauser de l'Université Montesquieu de Bordeaux, lors d'une interview sur la dernière réforme du divorce entamée par le gouvernement français en 2003: „on aurait parfaitement pu trouver qu'il n'y avait pas urgence à réformer le divorce et que d'autres parties du droit de la famille pouvaient être réformées par priorité ... l'ensemble du droit du mariage largement obsolète mériterait plus d'égards qu'il n'en a reçus ces derniers temps ...“ (*Le Dalloz*, 2003, No 22, p. 1447).

Le divorce pour rupture irrémédiable des relations conjugales des époux, qui vient remplacer le divorce pour faute, ne se justifie que dans une certaine perspective que l'on a du mariage:

„Dans l'esprit de nos contemporains, comme dans la législation moderne, le mariage n'est plus une structure patriarcale organisant une régulation contraignante des liens du couple. C'est avant

tout la reconnaissance par la société des relations à la fois affectives et matérielles librement consenties par deux adultes. Plus que jamais, liberté, égalité et responsabilité gouvernent les rapports entre époux. Il convient de tirer les conséquences de cette évolution, d'abord en révisant certaines règles de formation du mariage datant du Code Napoléon, pour mieux affirmer la responsabilité des époux, et d'eux seuls dans la formation du mariage. La responsabilité se mesure aussi à l'aune des comportements adoptés par les époux qui se séparent. De plus en plus, les époux qui divorcent prennent en charge eux-mêmes non seulement la décision de divorcer mais aussi ses conséquences. Il conviendrait que la législation favorise ce mouvement qui permet aux époux d'être acteurs de leur destin" (*Rénover le droit de la famille, propositions pour un droit adapté aux réalités et aux aspirations de notre temps, Françoise Dekeuwer-Défossez, La Documentation Française, collection des rapports officiels, éd. 1999, p. 108*).

Dans notre droit actuel, le mariage implique le respect d'un certain nombre de devoirs et d'obligations.

Aussi le Conseil de l'Ordre des avocats du barreau de Luxembourg, dont l'avis a été transmis au Conseil d'Etat par dépêche du 9 mars 2004, donne-t-il à considérer que le mariage n'est pas seulement une institution, mais également un contrat dans lequel chacun des époux contracte des obligations qui devraient être sanctionnées en cas de leur violation.

Jusqu'ici, la violation des droits et devoirs (fidélité, secours et assistance) du mariage était sanctionnée, si la victime le demandait, par la rupture du lien matrimonial prononcée aux torts de l'auteur fautif. Mais au-delà du fait de constituer une faute, cause de divorce, il a toujours été admis que la violation des devoirs et obligations constituait aussi une faute de nature à engager la responsabilité sur le fondement de l'article 1382 du Code civil, indépendamment de l'action en divorce et selon les règles du droit commun.

La jurisprudence a d'ailleurs toujours considéré que la réparation des fautes commises par le conjoint durant le mariage des parties tombait sous l'article 1382 et non pas sous l'article 301 du Code civil réservé au préjudice subi par un époux du fait de la dissolution du mariage.

Le Conseil d'Etat estime que si désormais le divorce doit traduire une volonté des époux de mettre fin à un lien matrimonial plutôt que la sanction d'une faute, rien ne s'opposera par contre à ce que la violation des obligations conjugales puisse être sanctionnée par l'application du droit commun de la responsabilité civile comme dans le passé. Les dommages et intérêts alloués pourront prendre la forme d'une rente ou d'un capital.

De toute façon, la question ne devrait pas être abordée sous l'angle des violences conjugales, car celles-ci vont au-delà d'un comportement conjugal fautif. Ce sont des comportements socialement, voire pénalement répréhensibles qui devront être sanctionnés autrement que par la dissolution du mariage. Supprimer le divorce pour faute, ce n'est pas supprimer la possibilité de la reconnaissance de ces agissements et leur châtement.

A l'instar de nombreuses législations étrangères, les auteurs du projet introduisent le divorce pour rupture de la vie commune qui dans l'intérêt de la dignité de l'homme et de la femme organise la dissolution du lien du mariage sur des bases purement objectives, sans atteinte à la sphère privée.

Le Conseil d'Etat souscrit pleinement à cette démarche. Il se montre favorable à toute procédure qui tient compte de l'aspiration des époux en instance de divorce à une simplification et à une accélération des procédures, ainsi qu'à une dédramatisation.

C'est un droit pour toute personne de se libérer de liens conjugaux qui ne sont plus voulus et dont le maintien forcé est une catastrophe pour la structure familiale et surtout les enfants.

La législation porte actuellement sur les causes de la désunion; à l'avenir, elle se concentrera sur les conséquences et sur l'organisation de la vie de famille après le divorce, qui sont les véritables enjeux de la séparation.

Il faut donc éviter tout ce qui peut exacerber le conflit. Dans ce souci, il y a lieu de donner un maximum d'effet aux accords des époux, de reconnaître leur liberté et leur autonomie afin de préserver un minimum d'entente entre eux, dans l'intérêt des enfants.

L'abandon de griefs devrait permettre aux époux de surpasser le conflit personnel au lieu de le mettre en exergue et entretenir la haine des époux entre eux.

La loi sur le divorce a jusqu'ici été en décalage avec l'évolution des mentalités qui dans notre société donne une place majeure et croissante à la protection de l'enfance et de la jeunesse, la Convention internationale de New York sur les droits de l'enfant étant le reflet majeur de cette évolution.

Les mesures concernant les enfants engendrent de grandes difficultés, principalement sur l'effectivité des relations entre l'enfant et ses deux parents et, en particulier, sur la place et le rôle du parent qui ne vit pas quotidiennement avec lui. Il n'est pas rare que le conflit des époux se déplace vers les enfants, qui deviennent alors, au détriment certain de leur épanouissement et de leur équilibre, l'enjeu du divorce.

L'intérêt de l'enfant doit donc être au centre de la réflexion sur la réforme du divorce. Le Conseil d'Etat estime que le principe de la „coparentalité“, selon lequel il est dans l'intérêt de l'enfant d'être élevé par ses deux parents et de conserver une relation continue avec eux, même en cas de séparation, devrait être à la base de toute nouvelle réglementation. Il est nécessaire que la notion de responsabilité conjointe des deux parents soit valorisée par le texte.

Ainsi, en vertu du principe de l'égalité des deux parents à exercer les droits et assumer les devoirs concernant leurs enfants, l'exercice conjoint de l'autorité parentale par les deux parents devrait constituer la règle légale tandis que l'exercice unilatéral devrait être l'exception. Il est vrai qu'il ne faut pas surestimer le rôle du droit qui ne peut magiquement transformer les époux séparés en parents coopératifs. Il n'est certes pas possible d'improviser une „coparentalité“ au moment du divorce si l'absence d'un partage réel des tâches au sein du couple ne l'avait pas permise auparavant.

Il est clair que pour exercer en commun l'autorité parentale sur un enfant, les ex-conjoints sont obligés de se concerter sur les diverses questions relatives à l'enfant et à son éducation qui peuvent se poser. Ils doivent faire des efforts pour que l'exercice conjoint de l'autorité parentale se déroule dans de bonnes conditions. Affirmer le principe de l'autorité parentale conjointe revient à souligner la responsabilité des deux parents envers leur enfant au-delà de leur séparation afin d'éviter que l'un d'eux ne se sente injustement écarté ou affranchi de toute responsabilité.

Responsabiliser les deux parents signifie égale responsabilité entre le père et la mère quel que soit leur statut de couple. Les règles relatives à l'autorité parentale sont actuellement définies dans des conditions spécifiques pour les parents mariés, les parents divorcés et les parents non mariés. Le Conseil d'Etat se rallie à l'avis de l'Ordre des avocats du barreau de Luxembourg et se prononce à son tour pour un droit commun à l'autorité parentale, regroupant l'ensemble des règles relatives à l'exercice de l'autorité parentale. Ces dispositions devraient s'appliquer à tous les enfants quelles que soient les circonstances de leur naissance et à tous les parents indépendamment du statut de leur couple. Selon le Conseil d'Etat, la réforme devrait s'inscrire dans cette perspective.

Lors de la réforme du divorce pour cause déterminée en 1978, les auteurs du projet s'étaient prononcés pour l'abolition du caractère indemnitaire des secours alimentaires, alors qu'avant cette date ces secours avaient un caractère mixte tant indemnitaire qu'alimentaire. A l'époque, les auteurs du projet de loi avaient soutenu „que les aliments sont fournis pour satisfaire des besoins alimentaires et non pas pour compenser le préjudice résultant d'une faute“. La loi du 5 décembre 1978 n'était pas parvenue entièrement à enlever le caractère indemnitaire de la pension alimentaire, puisqu'en cas de divorce prononcé aux torts réciproques, le tribunal tenait compte pour la fixation de la pension alimentaire de la gravité des torts de l'époux créancier. Cependant, depuis la loi du 15 mars 1993, le secours est libéré définitivement de tout caractère indemnitaire et est actuellement de nature purement et exclusivement alimentaire.

Le Conseil d'Etat constate que l'idée de sanction n'a pas disparu entièrement du projet sous avis, malgré l'abolition du divorce pour faute. Ainsi les auteurs introduisent-ils le principe de la prestation compensatoire qui a son fondement dans la rupture du mariage et doit compenser la disparité qui en résulte. Le Gouvernement justifie cette nouvelle mesure en invoquant expressément la situation des femmes qui ont abandonné leur travail rémunéré pendant le mariage pour se concentrer exclusivement à leur famille et qui n'auront du fait du divorce plus les moyens de continuer à vivre de la même façon que durant la vie conjugale.

„Est ce que le mariage crée un droit à la „maintenance“ d'un train de vie antérieur – alors même que le devoir de secours n'existe plus – et une vocation à rattraper, mathématiquement, les inégalités existant entre les patrimoines et revenus des époux? ... La prestation ne devrait-elle pas plutôt être la compensation d'un préjudice financier causé à l'autre époux du fait du mariage (et non plus du divorce): travail au foyer, temps consacré aux enfants ou à la profession de l'autre époux, sacri-

fice d'une carrière ou ralentissement d'ambitions professionnelles, etc.? Autant ce réel préjudice économique, lié à la répartition des rôles dans le couple, justifie pleinement une réparation financière, autant l'inégalité des situations des époux due à leur seule équation personnelle (diplômes, force de travail personnelle, fortune familiale, etc.) ne peut servir de fondement, aujourd'hui, à un rééquilibrage des situations. Seule se justifie, en raison du principe de solidarité à la base du mariage, une indemnité temporaire qui sera dite de „reconversion“ ou de „recyclage“, permettant à l'époux moins fortuné de se réadapter à ses nouvelles conditions de vie ...“ (*Danièle GANANCIA, juge aux affaires familiales, Tribunal de grande instance de Nanterre, Pour un divorce du XXIe siècle, Gaz. Pal., 1997, Libres propos, p. 36 et 37*).

Pour atténuer les conséquences du divorce, le Conseil d'Etat estime qu'il serait opportun de promouvoir toutes les mesures favorisant l'indépendance économique de chacun des époux dans le mariage. Une réforme au niveau des devoirs et droits du mariage serait plus efficace que de vouloir résoudre les problèmes au moment de la séparation du couple nullement propice à de telles discussions.

Le Conseil d'Etat note avec préoccupation que ni la question de l'individualisation des droits ni celle du partage des droits en matière d'assurance pension ne sont prêtes à être résolues dans un proche avenir. Lors de la réforme du divorce pour cause déterminée en 1974, la Chambre des députés avait soulevé le problème de l'affiliation propre de l'époux n'ayant exercé aucune activité rémunérée durant le mariage et de ce fait non couvert par un régime de sécurité sociale: „Au moment de revoir la législation relative au divorce dans le but de faciliter la séparation des époux irrémédiablement désunis, une telle situation ne manque pas de préoccuper la Commission juridique. Favorisant l'homme qui, dans la majorité des cas, est seul à exercer une activité donnant droit à affiliation, cette situation risque de faire de la femme la victime de toute réforme tendant à libéraliser la législation sur le divorce. Aussi la Commission juridique voudrait-elle insister pour que le Gouvernement présente dans les meilleurs délais un projet de loi assurant dans des conditions équitables l'affiliation, à titre autonome, de la femme aux régimes de sécurité sociale existants. De l'avis de la Commission juridique un tel projet est en effet le complément indispensable de toute libéralisation du divorce ...“ (*Doc. parl. No 1845*).

Le Conseil d'Etat est d'avis qu'une réforme du droit du divorce, de l'envergure comme celle envisagée par les auteurs du projet, aurait mérité une réflexion plus approfondie sur les conséquences patrimoniales du divorce. En négligeant l'aspect humain d'un divorce qui désormais pourra être unilatéralement décidé et unilatéralement imposé par l'un des époux à l'autre, les auteurs du projet s'exposent aux critiques acerbes de ceux qui comme Jean Villacèque, avocat au barreau des Pyrénées-Orientales, ancien bâtonnier, maître de conférences associé à l'Université de Perpignan, qualifient le divorce pour rupture irrémédiable comme un divorce revêtant les „habits neufs de la répudiation“ (*Recueil Dalloz, 2003, No 36, p. 2443*).

Le projet de loi vise à une simplification des procédures en vue de favoriser les formes non contentieuses de divorce. Afin que la procédure de divorce soit pacifiée, les accords entre époux seront valorisés et les règlements alternatifs, tels que la médiation familiale, encouragés.

Tout en partageant cette optique, le Conseil d'Etat se demande pourtant si la démarche adoptée, et notamment le rôle attribué aux différents acteurs de ce processus, permettra la réalisation de cet objectif.

Les juges sont les principaux acteurs dans la réforme projetée. Suite à la requête initiale, l'audience de conciliation représentera le temps fort de la procédure.

Les auteurs du projet de loi soulignent que la procédure préalable n'est pas à confondre avec une tentative de réconciliation, mais que le juge cherche à concilier les parties sur les mesures à prendre. Le juge devient accompagnateur du processus de négociation plutôt qu'une autorité qui doit produire une décision en référence à un texte de loi. Le Conseil d'Etat se demande si les juges chargés de cette nouvelle mission seront des magistrats spécialisés dans le droit de la famille et déplore que cette question n'ait pas été approfondie dans le cadre du présent projet.

Il faut constater qu'en France l'institution d'un juge aux affaires familiales a impliqué une réforme en profondeur des règles de procédure.

La conciliation est prévue par le Code de procédure civile et l'article 70 NCPC a confié au juge une mission générale de conciliation et les dispositions de loi sur la mise en état confirment la mission générale de conciliation au juge dans le but de promouvoir et de faciliter les solutions négociées du conflit. Il est vrai que la conciliation judiciaire présente des avantages certains, notamment de neutralité du juge et son désintéressement, le coût peu important, l'obtention d'un titre exécutoire, mais il faut reconnaître qu'elle reste cependant souvent inefficace, faute de temps, de moyens, de disponibilité du juge.

Si, dans son avis du 12 mai 1975 relatif au projet de loi portant réforme du divorce pour cause déterminée (*Doc. parl. No 1845*), le Conseil d'Etat s'était prononcé en faveur de la procédure préliminaire de conciliation, il avait cependant déjà à l'époque soulevé la question de l'institution d'un juge spécial qui, en cas d'échec de la conciliation, pourrait orienter les efforts vers la recherche d'un accord entre époux sur les conditions de leur divorce. Présentement, le Conseil d'Etat continue à avoir les doutes les plus sérieux quant à l'opportunité de la réintroduction de la procédure préliminaire tant que cette question n'est pas solutionnée.

„Le juge aux Affaires familiales, investi d'une mission de conciliation, est amené dans sa pratique à consacrer un temps et une énergie considérables dans la recherche de solutions; il doit cependant reconnaître et accepter ses limites: il ne dispose ni de la formation psychologique, ni de cet outil essentiel qu'est le temps pour régler ce qui s'est noué en profondeur dans l'histoire du couple“ (cf. *Pour un divorce du XXIe siècle, Danièle Ganancia*, op. cit., p. 16). De telles considérations expliquent la nécessité de recourir à des formes alternatives aux voies judiciaires classiques, comme la médiation familiale, pour faciliter la négociation de résolution des conflits familiaux.

L'objectif de la médiation est de parvenir à une conclusion acceptable pour les deux partenaires sans discuter en termes de faute. L'accord obtenu est censé amener une pacification et une amélioration durable de la relation entre partenaires.

Les auteurs du projet entendent réserver une place privilégiée à la médiation au sein du nouveau dispositif.

Seul un professionnel accrédité qui est une personne neutre peut venir aider les couples lors de leurs discussions et leurs négociations. A l'instar du Conseil de l'Ordre du barreau de Luxembourg, le Conseil d'Etat estime qu'une simple allusion dans le projet du texte à la possibilité de médiation est insuffisante, mais que la reconnaissance de la médiation par le droit exige la mise en place d'un véritable statut pour la médiation. Tant l'organisation de la profession que le financement de la mesure sont des points importants à clarifier.

Le Conseil d'Etat, tout en se prononçant pour l'application de modes alternatifs de règlement de conflits dans le but de trouver des solutions visant à pacifier les relations entre les époux, estime cependant que cette démarche ne doit en aucun cas stigmatiser ceux qui n'arrivent pas à un accord, car les parties ont droit à l'application de la règle de droit. Les formes alternatives de régulation des différends familiaux relativisent la place du droit et le Conseil d'Etat se rallie à l'opinion de Madame Marie-Thérèse Meulders-Klein qui soutient que „Les modes alternatifs, tendant au règlement négocié plutôt que contentieux des litiges ne peuvent se substituer au processus judiciaire, mais doivent s'articuler à lui“, (*Les modes alternatifs de règlement de conflits en matière familiale, analyse comparative*, R. crit. Dr. C. 1997, p. 384).

Tant le rôle des avocats que celui du ministère public se trouvent fortement diminués par le nouveau projet. Le Conseil de l'Ordre s'insurge contre cette façon de procéder en invoquant le droit de la défense et le droit à un procès équitable qui fait que toute personne a le droit de se faire assister à tous les stades de la procédure par un avocat de son choix.

Le Conseil d'Etat estime que l'avocat joue un rôle important dans l'élaboration des projets de règlement des effets de divorce. Plutôt que de bloquer les procédures, l'avocat épaulera le client aux différents stades de la procédure. En dehors des fonctions procédurales, l'avocat a également pour tâche de conseiller son client et de l'aider à prendre du recul sur son affaire. Ainsi pourra-t-il jouer un rôle afin de rétablir le dialogue entre les époux et de mettre en place des accords sur certains points. Le Conseil d'Etat considère dès lors qu'il sera judicieux d'associer l'avocat à tous les stades de la procédure.

Enfin, le projet se prononce pour l'abolition de la communication obligatoire au ministère public prévue par l'article 183 NCPC pour les causes relatives à l'état des personnes. Le Conseil d'Etat reconnaît que la communication systématique des causes de divorce et de séparation de corps au ministère public est exagérée et comporte le risque de voir dégénérer l'intervention du Parquet en une pure formalité. Il est pourtant important que le procureur d'Etat puisse effectivement faire une instruction dans les dossiers plus critiques, sans pour autant devoir assister personnellement aux audiences. Une reformulation de l'actuel article 183 NCPC devient donc nécessaire afin d'éviter que la présence du Parquet soit systématiquement requise.

*

EXAMEN DES ARTICLES

Article 229

Le projet de loi propose d'abolir le divorce pour faute pour ne plus maintenir à l'avenir que deux formes de divorce, le divorce par consentement mutuel et le divorce pour rupture irrémédiable des relations conjugales des époux. Le Conseil d'Etat approuve ce choix et renvoie aux considérations générales dans lesquelles ce point a été plus amplement développé.

Dans un premier temps, le Conseil d'Etat examinera les dispositions relatives au divorce par consentement mutuel énoncées aux articles 230 et 231 ainsi que les règles procédurales prévues par les articles 235 à 240 du Code civil, pour ensuite analyser les articles relatifs au divorce pour rupture irrémédiable des relations conjugales des époux avec les règles de la procédure afférente.

Le divorce par consentement mutuel

Les changements essentiels par rapport au divorce par consentement mutuel proposés par les auteurs du projet de loi concernent le raccourcissement de la procédure ainsi qu'un changement des conditions de recevabilité de la demande en ce qui concerne la durée du mariage et l'âge des époux.

Désormais, le divorce pourra être prononcé à l'issue d'une audience unique avec le juge au lieu des deux comparutions espacées de six mois.

Le Conseil d'Etat se demande si la condition de la double comparution, dont le but était d'imposer un délai de réflexion aux époux, est effectivement perçue par les usagers du droit comme une source de lenteur inutile dont l'abolition s'impose impérativement.

Les auteurs du projet motivent la suppression de la deuxième comparution par le fait de son inutilité alors que, d'après eux, les époux seraient parfaitement informés, avant d'entamer leur procédure de divorce, des conséquences de leur action et qu'une rétractation de leur accord interviendrait très rarement. Pour assortir cette simplification des garanties nécessaires pour assurer la liberté du consentement mutuel, les auteurs prévoient un contrôle accru des conventions par le juge et notamment la possibilité d'un refus d'homologation de la convention voire le refus de prononcer le divorce par le tribunal s'il constate que la convention préserve insuffisamment les intérêts des enfants ou de l'un des époux (Art. 231). Actuellement le juge peut contrôler si les mentions obligatoires de l'article 277 figurent dans la convention et vérifier si l'ordre public n'est pas heurté. S'y ajoutent les vérifications du procureur d'Etat concernant les conditions de recevabilité de la demande et des formalités entourant l'expression du consentement des époux conformément à l'actuel article 286. Ce contrôle jusqu'ici obligatoire est abandonné par les auteurs du projet et la communication au Parquet ne sera désormais plus que l'exception.

Le Conseil d'Etat a quelque mal à saisir la logique de cette démarche: d'une part, le projet de loi semble vouloir valoriser les accords entre époux afin de pacifier la procédure de divorce et, d'autre part, cette reconnaissance de l'autonomie de la volonté des parties s'accompagne d'une défiance telle que non seulement la réalité de l'accord est soumise à la vérification du juge, mais également sa valeur. Cette méfiance se traduit même par le choix des termes employés, le texte se référant à „un projet de convention“ qui en vérité constitue un véritable contrat entre parties. Si l'homologation de la convention par le tribunal rencontre l'approbation unanime des praticiens du droit en vue de la reconnaissance et de l'exécution des mesures accessoires au divorce, il leur est cependant difficile d'admettre cette immixtion accrue du juge dans les accords des parties.

En effet, si l'on part de l'idée que le mariage est surtout un contrat par lequel les cocontractants sont liés par l'accord de leurs volontés, leur accord devrait également suffire pour les délier. „Le divorce par consentement mutuel se réalise par la manifestation persistante et solennelle de la volonté des deux époux de mettre fin à leur union. A la seule condition de se soumettre aux exigences de la loi, leur volonté commune est toute puissante. C'est le divorce *communi consensu* des Romains dans toute la force du terme.“ (H. De Page, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t.I, rév. J.P. Masson, Bruylant, 1990, pp. 682 et suiv.)

Un accord de volontés plein et entier est donc la première condition de ce divorce consensuel qui en plus requiert un consentement libre et éclairé des deux époux.

En présence de la volonté réelle de chaque époux de divorcer et de son consentement libre et éclairé dûment constaté par le tribunal, il est difficile à maintenir qu'un tribunal puisse refuser l'homologation

d'une convention au motif qu'elle semble défavoriser l'un des époux. Est-ce que le tribunal sera outillé pour pouvoir apprécier si une partie est vraiment défavorisée? Sera-t-il en possession de tous les éléments du dossier?

Le Conseil d'Etat ignore comment le tribunal effectuera son contrôle, alors que le texte du projet ne lui donne aucun moyen d'investigation.

Même si le tribunal devait estimer que le principe ou le montant d'une pension alimentaire seraient contraires aux intérêts d'une partie, il ne lui serait guère possible de vérifier si une justification de cette apparente iniquité ne serait à chercher dans les attributions faites lors de la liquidation et du partage du régime matrimonial, éventuellement réglés de façon définitive par acte notarié de changement du régime matrimonial avant l'introduction de la demande en divorce.

La démarche proposée va à l'encontre des évolutions dans d'autres pays européens dans lesquels on constate une atténuation du rôle des juges dans le cadre des divorces consensuels. Une étude réalisée en Angleterre, au Pays de Galles, en Belgique, au Danemark, en Italie, en Norvège et en Suède, suite à la suggestion du Garde des sceaux d'instaurer en France un „divorce civil“ en cas de séparation des époux par consentement mutuel, est venue à la conclusion „que l'accord des conjoints est une condition permettant le recours à une procédure simplifiée et accélérée et que l'affaiblissement du rôle du juge s'accompagne d'une autonomie croissante des époux dans le règlement des effets du divorce. Cependant la protection de l'intérêt des enfants constitue une limite importante à la déjudiciarisation du divorce“.

Le Conseil d'Etat estime que la protection de l'intérêt de l'enfant justifie le pouvoir donné au juge pour contrôler le contenu des accords passés entre les époux et il se prononce en faveur d'un contrôle réel des intérêts des enfants par le tribunal et ceci de manière approfondie chaque fois que l'accord des parties mettra en échec le principe de l'autorité parentale conjointe, préconisé par le Conseil d'Etat.

Toutefois, le Conseil d'Etat recommande la suppression d'une protection renforcée par rapport aux intérêts de personnes adultes, étant entendu que la liberté contractuelle des époux devrait en tout état de cause respecter l'ordre public.

Par ailleurs, il estime que le juge pourra dans l'intérêt des enfants mineurs tenir compte des sentiments exprimés par eux dans les conditions de l'article 388-1. Le mineur capable de discernement peut être entendu dans toute procédure le concernant de sorte que son intervention ne saurait être limitée à la seule procédure de divorce pour rupture irrémédiable des relations conjugales de ses parents, mais devra être étendue à la procédure du divorce par consentement mutuel.

En ce qui concerne l'administration de la personne et des biens des enfants mineurs, le Conseil d'Etat constate que les auteurs du projet admettent que l'autorité parentale conjointe peut être envisagée d'un accord des deux parties.

Il renvoie aux observations concernant l'autorité parentale conjointe émises dans les considérations générales de son avis.

Le Conseil d'Etat approuve l'abandon de la condition d'âge dans le chef des époux. La condition de durée du mariage réduite à un an est maintenue selon les auteurs du projet pour éviter des abus. Si le maintien de cette condition peut se concevoir notamment dans l'optique d'éviter la conclusion de mariages blancs, on peut cependant douter de son efficacité. Ne devrait-on pas plutôt vérifier la volonté réelle de chaque futur époux et son consentement libre et éclairé à la conclusion du mariage au lieu de se focaliser uniquement sur le divorce?

De toute façon, la suppression ou la réduction de la condition de la durée de mariage exige une adaptation conforme de l'article 1397 du Code civil relatif aux changements des régimes matrimoniaux.

Le Conseil d'Etat constate que les auteurs se tiennent à la terminologie des articles 276 et 277 du Code civil et en déduit que, comme dans le passé, les époux ne seront pas tenus à faire établir un inventaire notarié s'ils ne disposent pas de biens à partager entre eux.

Par ailleurs, le Conseil d'Etat recommande aux auteurs de mettre la terminologie au diapason des nouvelles dispositions. Cette remarque vaut d'une manière générale pour l'ensemble du texte.

En ce qui concerne la procédure de divorce, il semble évident que les parties devraient pouvoir se faire assister par un ou deux avocats pour introduire leur demande, sans que l'office de l'avocat à la Cour soit obligatoirement requis en première instance.

A l'article 234, il y aura lieu d'ajouter que pour le divorce par consentement mutuel, la compétence *ratione loci* revient au tribunal d'arrondissement dans lequel l'une des parties a son domicile.

Selon la nouvelle procédure proposée par les auteurs, le juge examine la demande avec chacun des époux, puis les réunit. Cette disposition est reprise de l'actuel article 231 du Code civil français et doit permettre au juge d'effectuer sa mission de contrôle d'abord par rapport au consentement de chaque époux au divorce pour ensuite vérifier les conventions réglant les mesures accessoires et les effets du divorce. Contrairement à la loi française, le projet sous avis ne prévoit pourtant pas l'assistance des parties par un avocat. Cependant, la postulation obligatoire d'un avocat est considérée par beaucoup d'auteurs comme une garantie supplémentaire. Le Conseil d'Etat émet ses doutes quant à l'utilité et l'efficacité de ce contrôle accru imposé au juge.

A la lecture des différents articles relatifs à la procédure du divorce par consentement mutuel, le Conseil d'Etat ne saisit pas trop bien quel est le magistrat visé par les auteurs du projet: s'agit-il du président du tribunal d'arrondissement ou d'un président de chambre?

Il s'interroge surtout sur la portée de l'article 237. Dans le texte soumis à l'avis du Conseil d'Etat, le tribunal pourrait homologuer celles des mesures qui rencontreraient son approbation, en fixant aux époux un délai pour revoir les points de la convention qui ne préserveraient pas les intérêts des enfants et, en cas de maintien du texte actuel, ceux de l'un des époux.

Le texte proposé parle de l'homologation par le tribunal „de mesures provisoires que les parties s'accordent“, sans préciser comment ce nouvel accord devrait être conclu. En effet, les époux comparaissent devant le juge et aucune comparution ni personnelle ni par les mandataires des parties devant le tribunal n'est prévue.

Lorsque le tribunal refuse d'homologuer la convention de divorce et de prononcer le divorce, les auteurs prévoient la fixation d'un délai qui ne peut dépasser six mois pour réintroduire une nouvelle convention. Le Conseil d'Etat ne comprend pas l'utilité d'un tel délai car rien ne devrait empêcher les époux de présenter une nouvelle convention au juge sans aucun délai. Une telle décision du tribunal de refixer une affaire (d'ailleurs non attaquable selon le texte du projet sous avis) ne fait que retarder inutilement la procédure, surtout si on part de l'idée d'une seule comparution des époux devant le juge. C'est suite à des négociations préliminaires que les deux époux s'étaient accordés sur tous les points de la convention avant de la déposer. Si le tribunal désapprouve l'accord des parties, on peut se demander quel sera désormais le rôle d'un médiateur qui pourra être proposé par le tribunal.

L'imposition d'un tel délai réintroduit d'une certaine manière la double comparution. Dans l'hypothèse d'une double comparution, les renvois „au temps des épreuves“ ou „au temps de la procédure“ figurant à plusieurs endroits du texte, de même que le paragraphe relatif à la caducité de la demande en cas de non-observation du délai, pourraient faire un sens.

Ce n'est également que dans cette hypothèse que la disposition selon laquelle le juge pourra autoriser les époux à résider séparément pendant le temps de la procédure s'explique.

Le Conseil d'Etat pourrait à la rigueur marquer son accord avec le maintien de la double comparution, avec la possibilité pour le juge de dispenser les époux de la seconde audience si les deux parties le demandent et si le règlement des effets du divorce est global et satisfaisant (cf. rapport Réover le droit de famille, précité, p. 118: il paraît préférable de conserver le principe de la double comparution, assorti de possibilités de dispense, plutôt que de réduire le divorce à une seule comparution. En effet, il a semblé important de signifier que c'est la qualité de l'accord des époux qui permet de réduire la procédure, plutôt que d'envisager que des défauts dans les conventions ne permettent pas le prononcé immédiat du divorce).

Toutes les incohérences de la nouvelle procédure de divorce par consentement mutuel projetée prêtent à la plus grande confusion, de sorte que le Conseil d'Etat ne saurait d'aucune manière marquer son accord avec cette version qui devra impérativement être réarticulée, sous peine d'opposition formelle.

En ce qui concerne le divorce pour rupture irrémédiable des relations conjugales des époux, le Conseil d'Etat s'interroge de nouveau sur l'opportunité de la durée de mariage fixée à un an à l'article 232, avant que le divorce ne puisse être prononcé.

La version proposée de l'article 233 prévoit une passerelle entre le divorce pour rupture irrémédiable et le divorce par consentement mutuel, sans pour autant indiquer de façon précise la procédure à suivre, de sorte que le Conseil d'Etat ne peut marquer son accord avec la version actuelle.

Il se prononce pour la suppression de cet article alors que les époux restent à tout moment libres d'abandonner la procédure du divorce pour rupture irrémédiable et d'engager une procédure pour un divorce par consentement mutuel.

*La procédure de divorce pour rupture irrémédiable
des relations conjugales des époux*

Paragraphe 1er.– De la procédure préalable à l’assignation

Les articles 241-244 ont trait à la procédure préalable à l’assignation.

Le Conseil d’Etat note que les auteurs donnent une fois de plus compétence au „président du tribunal civil d’arrondissement“ et il recommande de préciser le magistrat visé. Le projet prévoit que le président est saisi par requête initiale et que les convocations se feront selon les formes prévues à l’article 170 NCPC. Le Conseil d’Etat partage les appréhensions de l’Ordre des avocats du barreau de Luxembourg par rapport à l’efficacité de la saisine du juge par requête et des convocations par le greffe. L’expérience a en effet montré que la procédure des notifications et convocations par le greffe est plus longue que celle des assignations et que cette procédure présente de graves inconvénients en cas de changement d’adresse. Un alourdissement de la procédure est à craindre.

Le Conseil d’Etat admet que la procédure du nouveau système devra favoriser l’accord des parties, mais il se demande cependant si l’introduction du divorce par voie d’assignation empêcherait la conclusion d’un tel accord.

Si la comparution personnelle des parties devient obligatoire, la question de l’évacuation des affaires dans un délai raisonnable se pose avec une certaine acuité.

Si le défendeur ne comparaît pas ou s’il n’est pas d’accord avec le principe du divorce et conteste le caractère de rupture irrémédiable des relations conjugales des époux, le juge renvoie l’affaire à une nouvelle audience fixée dans un délai maximum de trois mois, délai qui, le cas échéant, sera renouvelé une seconde fois pour trois mois. A l’issue de cette période de réflexion fixée par le juge et si la volonté du demandeur persiste après le délai imposé, délai qui en tout état de cause ne pourra excéder six mois, le juge ne pourra que constater la dissolution irréversible du lien conjugal et le demandeur devrait être autorisé à assigner son conjoint en divorce.

Il n’y aura donc pas de moyen à éviter le divorce pour rupture des relations conjugales et ceci d’autant plus que la clause de dureté qui permettait à l’époux défendeur (dans de rares cas, il est vrai) de faire échec au prononcé du divorce a disparu et qu’il n’y a pas non plus de clause de dureté propre pour altération des facultés mentales du défendeur.

Ceci est en tout cas la lecture que le Conseil d’Etat fait des articles 241 à 244.

Aucune disposition du texte ne permet en effet de conclure que le demandeur devrait établir la réalité de la désunion par une preuve quelconque. Ainsi, c’est avec un certain étonnement que le Conseil d’Etat a pris connaissance du commentaire relatif à l’article 252 (figurant au paragraphe 4 se référant au prononcé du divorce) qui révèle qu’en cas d’opposition au divorce de la part du défendeur, le demandeur devrait indiquer, s’il ne l’a pas fait dans l’acte introductif d’instance, les faits établissant, selon lui, la réalité de la rupture irrémédiable des relations conjugales des époux. Le Conseil d’Etat en déduit qu’il était dans l’intention des auteurs du projet d’imposer la charge de la preuve de la réalité de la séparation au demandeur de divorce, même si le texte reste muet à cet égard. La modification de l’alinéa 2 de l’article 405 pourrait d’ailleurs s’expliquer en conséquence.

Le Conseil d’Etat pourrait souscrire à un système qui, à côté de la preuve de la désunion irrémédiable par l’accord de l’époux défendeur sur le principe du divorce, érigerait la séparation de fait continue et effective pendant un certain laps de temps (p. ex. un an) en présomption irréfragable de la réalité de la désunion irrémédiable.

Si les époux ne remplissent pas la condition de séparation prévue, le Conseil d’Etat préfère la solution proposée dans le texte du projet préconisant un „délai d’épreuve“ pour permettre la maturation de la demande plutôt que d’exiger que le demandeur prouve l’impossibilité de maintenir la vie commune et rapporte la preuve de faits de nature à établir la désunion irrémédiable. Le Conseil d’Etat craint qu’un tel système ne fasse renaître les inconvénients du divorce pour faute qu’il s’agit d’abolir par le présent projet.

Le délai de réflexion ou délai d’épreuve devra permettre d’empêcher les demandes hâtives ou intempestives et de calmer les appréhensions de certains qui craignent que cette nouvelle procédure ne mène à une banalisation du divorce.

Le Conseil d’Etat estime qu’il faudra compléter l’article 244 en ce sens que l’accord des parties, tant en ce qui concerne le principe que les conséquences du divorce recueilli par le juge lors de la comparu-

tion des parties, devra être consigné dans un procès-verbal dans les formes prévues à l'article 235. Pour clôturer la phase préliminaire, le juge devrait délivrer un permis de citer. Le Conseil d'Etat se demande s'il ne serait pas opportun d'imposer un délai dans lequel l'assignation en divorce devrait être introduite devant le tribunal, sous peine de caducité de la demande.

Paragraphe 2.– Des mesures provisoires

Les articles 245 à 249 ont pour vocation de remplacer les dispositions actuelles concernant les mesures provisoires que le président statuant en référé peut prendre en tout état de cause, dès la demande, et dont il est saisi par voie d'assignation.

La compétence du juge des référés est dans l'actuel système unique et exclusive pour régler, pendant la durée de l'instance en divorce, les mesures provisoires relatives à la personne, aux aliments et aux biens tant des parties que des enfants. La procédure des référés est réglée dans le Nouveau Code de procédure civile. La durée de l'effet des ordonnances de référé est sans équivoque alors surtout qu'elles sont exécutoires à titre provisoire sans caution et, le cas échéant, sur minute et avant enregistrement. La possibilité du référé extraordinaire permet au juge d'intervenir avec célérité en cas d'extrême urgence. Les dispositions de l'article 112 NCPC étant applicables, le juge des référés dispose d'un important outil pour se procurer les renseignements nécessaires sur la situation économique des parties pour toiser les demandes de pension alimentaire.

Le Conseil d'Etat constate avec préoccupation que les nouvelles dispositions sur les mesures provisoires sont extrêmement floues et lacunaires.

Ainsi, le texte prévoit que même avant la comparution des parties prévue par l'article 242, le juge peut prendre ces mesures d'urgence. Il reste cependant muet sur la procédure à suivre dans cette hypothèse. Comment le juge sera-t-il amené à prendre des mesures d'urgence avant l'audience prévue à l'article 242? Comment et dans quel délai les parties seront-elles convoquées? La comparution personnelle est-elle obligatoire ou est-ce que la comparution par ministère d'avocat est possible? L'article 247 du projet prévoit un chevauchement de la nouvelle procédure avec les procédures des articles 1008 à 1017 NCPC et on peut se poser la question si les décisions prises en vertu de ces articles ne risquent pas d'être en contrariété avec les décisions que le juge pourra prendre en exécution de l'article 246. D'ailleurs, les nouvelles mesures de protection créées en faveur des victimes de violence domestique et figurant aux articles 1017-1 et suivants du NCPC prennent fin de plein droit dès qu'une décision intervient pour régler la résidence des époux durant l'instance de divorce. La question se pose si l'ordonnance prise en vertu de l'article 246 fera également cesser les effets des jugements pris en vertu de l'article 1011 ou des ordonnances des articles 1012 et suivants du NCPC.

Il n'est pas prévu explicitement que le juge pourra modifier les mesures provisoires en cas de survenance d'un fait nouveau. En admettant la possibilité d'une modification, la procédure afférente devra être précisée impérativement.

L'article 245 prévoit la compétence du juge pour prendre les mesures provisoires jusqu'à la date à laquelle le jugement prend force de chose jugée. A cet égard, il faudrait absolument suivre le législateur qui, en 1993, a bien pris soin de préciser le maintien de la compétence du juge des référés, même si le divorce est irrévocablement prononcé mais qu'une instance relative aux mesures accessoires reste pendante.

La notification par la voie du greffe présente aux yeux du Conseil d'Etat beaucoup d'aléas dans une matière aussi sensible.

Le Conseil d'Etat ignore à quelle procédure l'article 249 fait référence pour l'appel alors qu'une telle procédure fait déjà défaut en première instance.

Les nouvelles dispositions ne sauraient valablement remplacer l'actuelle procédure de référé et créent une insécurité juridique pour les usagers du droit de sorte que le Conseil d'Etat doit s'y opposer formellement.

Paragraphe 3.– De l'assignation en divorce

Une fois la procédure préliminaire définitivement clôturée, l'assignation en divorce pourra être introduite. Le Conseil d'Etat estime que cette prérogative ne devrait pas être réservée au demandeur en divorce, d'autant plus que les deux époux peuvent faire une requête conjointe pour introduire le divorce,

mais que cette faculté reviendra à l'époux le plus diligent dans le délai imparti. Il y aura lieu de prévoir que les ordonnances sur les mesures provisoires devraient également être jointes au rôle.

Le Conseil d'Etat constate que désormais l'action en divorce ne sera plus éteinte par la réconciliation des époux.

Paragraphe 4.– Du prononcé du divorce

Le libellé de l'article 252 confirme que le tribunal est tenu de prononcer le divorce une fois qu'il a constaté le caractère irrémédiable de la rupture des relations conjugales, sans pouvoir imposer au demandeur du divorce de fournir la preuve de la réalité de la désunion. En fait, le tribunal ne dispose d'aucun pouvoir d'appréciation et ne peut, si la demande est maintenue, qu'entériner le divorce.

Le Conseil d'Etat s'interroge sur la valeur des accords homologués conformément à l'article 245 par le juge et concernant les mesures accessoires relatives aux enfants. Est-ce que les parties pourraient se rétracter de leurs accords? Une nouvelle homologation par le tribunal est-elle nécessaire? L'article 252 reste en tout cas muet sur cette question.

D'après l'article 253, le tribunal peut refuser d'homologuer la convention que les époux lui soumettent au motif qu'elle ne préserve pas suffisamment les intérêts de chacun des époux et ceux des enfants. Le Conseil d'Etat estime que si les époux parviennent à trouver un accord dans le cadre d'une procédure litigieuse, il n'appartiendra pas au tribunal de remettre en cause l'arrangement trouvé. Il renvoie pour le surplus à ses observations formulées précédemment dans le cadre de l'article 231 relatif au divorce par consentement mutuel.

Le Conseil d'Etat approuve la disposition qui enjoint aux époux de soumettre au juge, dès le début de la procédure, des propositions quant aux modalités de partage des biens communs. Un règlement englobant tant les intérêts patrimoniaux que la détermination des obligations alimentaires permet une plus grande transparence quant aux conséquences pécuniaires du divorce.

A défaut d'accord entre les époux, le tribunal ordonne la liquidation et le partage des intérêts patrimoniaux des époux et statue, s'il y a lieu, sur les demandes de maintien dans l'indivision ou d'attribution préférentielle.

Si, au vœu de l'article 253, le tribunal peut au moment du prononcé du divorce maintenir un bien dans l'indivision ou attribuer préférentiellement un bien de la communauté, il doit cependant appliquer les règles du droit commun de l'indivision successorale, conformément à l'article 1476 du Code civil.

Les nouvelles dispositions, qui ne sont d'ailleurs pas autrement commentées par les auteurs du projet, reprennent le texte du Code civil français.

Dans le contexte du droit français, le maintien en indivision est une mesure qui peut avoir de l'intérêt en présence d'enfants mineurs, car elle permet de retarder le moment de la vente du domicile de la famille et donc de permettre à ceux-ci de continuer à vivre dans leur environnement familial. En ce sens, l'indivision est censée présenter, tout comme l'attribution préférentielle du domicile conjugal au profit de l'un des époux, le corollaire de la disposition qui permet au juge de concéder à bail le logement familial qui est la propriété exclusive d'un des époux.

Il faut cependant relever que ces dispositions n'auront pas la même portée en droit luxembourgeois, étant donné que nos règles du Code civil relatives tant au maintien en indivision qu'à l'attribution préférentielle diffèrent fortement de celles du Code civil français (voir articles 815, 1475 et 1476 du Code civil).

La durée excessive des liquidations consécutives au divorce continue souvent à envenimer les relations des époux après le divorce. Dans un but de pacification, le Conseil d'Etat approuve l'imposition d'un délai légal assez court à l'article 254 pour la clôture de la liquidation avec possibilité de prorogation du délai. Il estime cependant inutile d'exiger le renvoi devant le notaire pour établir un état liquidatif lorsque les époux n'ont pas de biens à partager.

Paragraphe 5.– Des voies de recours

L'article 255, en ce qu'il admet l'acquiescement à un jugement de divorce, rencontre l'approbation du Conseil d'Etat. Cette précision adapte le texte légal à l'évolution de la jurisprudence et crée de ce fait une plus grande sécurité juridique.

Néanmoins, le Conseil d'Etat ne peut que marquer son étonnement par rapport au fait que les intérêts du majeur protégé soient pris en compte lors de l'acquiescement au jugement de divorce, alors que tout au long de la procédure, le majeur protégé n'aura aucun moyen pour se défendre contre une procédure de divorce engagée par son conjoint.

Le Conseil d'Etat se prononce en faveur de l'adaptation du délai de cassation au délai de droit commun. Cependant, le libellé actuel de l'article 256 ne permet pas cette adaptation alors qu'il ne tient pas compte des délais de distance. Le Conseil d'Etat suggère de supprimer la référence à un quelconque délai du texte et de maintenir simplement la mention que le délai de cassation (qui implicitement sera le délai du droit commun) sera suspensif.

Les conséquences du divorce

Le Conseil d'Etat constate que les auteurs du projet sous examen parlent tantôt des conséquences du divorce et tantôt d'effets du divorce, sans toutefois préciser la différence entre ces deux notions. L'emploi d'une terminologie uniforme tout au long du texte se recommande pour faciliter sa lisibilité.

Le Conseil d'Etat approuve l'abrogation du délai de viduité pour la femme divorcée. Cette disposition avait à plusieurs reprises fait l'objet de critiques par rapport à sa non-conformité avec l'article 16 de la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes. Les auteurs auraient cependant pu se borner à enlever la disposition discriminatoire du texte sans autre précision quant à un éventuel remariage. Le paragraphe 2 de l'article 257 est en fait superfétatoire.

En ce qui concerne la date à laquelle se produisent les effets du divorce, le texte fait la distinction entre l'opposabilité aux tiers de la décision de divorce quant aux biens des époux et les rapports entre les époux eux-mêmes quant à leurs biens. Conformément au texte français, la date de l'accomplissement des formalités de la transcription constitue le point de départ des effets à l'égard des tiers, ce qui veut dire que le régime matrimonial dure jusqu'à la publication à l'état civil dans la mesure où les tiers ont intérêt à se prévaloir de ce régime. Une convention passée entre les époux au cours de l'instance de divorce est inopposable aux créanciers de l'une des parties jusqu'à la transcription du divorce. Il s'agit d'une règle d'opposabilité du jugement de divorce; la convention des époux, même homologuée en justice, ne peut avoir pour effet, en l'absence d'un accord du créancier, d'éteindre la dette de l'un des conjoints et n'a de force obligatoire que dans leurs rapports réciproques. (*Encycl. Dalloz, droit civil, divorce, No 853*).

Le Conseil d'Etat se prononce pour la suppression des amendes prévues aux articles 258 et 259 qui, en pratique, ne sauront être appliquées, alors que le texte prévoit une fourchette pour ces amendes sans cependant préciser qui sera habilité pour en fixer le montant exact.

L'actuel article 232-3 relatif aux dépens de l'instance de divorce est abrogé, sans que les auteurs ne prévoient une nouvelle réglementation. Le Conseil d'Etat estime qu'il y aura lieu de combler cette lacune, soit par l'introduction dans le Code civil d'une disposition relative aux dépens de l'instance et à l'attribution d'une éventuelle indemnité de procédure dans le cadre de la procédure du divorce, soit par la modification des règles afférentes du Code de procédure civile.

Les conséquences du divorce pour les époux

A l'article 262, le Conseil d'Etat recommande la suppression de la référence à l'article 1496, abrogé depuis 1974.

Les articles 263 et 264 contiennent une disposition concernant les droits que des conventions passées avec des tiers attribuent au conjoint divorcé et qui, selon les auteurs, sont perdus de plein droit par l'effet du divorce. Une telle disposition se retrouve à l'article 265 du Code civil français et suscite plusieurs difficultés: „Il n'est pas de contrat qui attribue des droits au conjoint divorcé en tant que tel. Il faut en conclure, pour que le texte ait une signification, qu'il vise les droits attribués au conjoint par un contrat, lorsque ces droits peuvent subsister après le divorce, c'est-à-dire après que la qualité de conjoint a disparu. Le texte ne résout pas non plus la question de la survivance de principe des droits contractuels au divorce. Celle-ci demeure subordonnée à l'analyse du contrat. Si le conjoint a été désigné personnellement et individuellement, le bénéfice du contrat lui est propre et survit normalement à la disparition de sa qualité de conjoint; si, au contraire, le conjoint n'a été désigné qu'impersonnellement sans être nommé, le bénéfice du contrat cessera pour lui en même temps que sa qualité de conjoint ... L'article 265 ne peut jouer que si le bénéficiaire du contrat est attaché à la personne du conjoint,

nommément désigné, de sorte qu'il ne cesse pas automatiquement à la dissolution du mariage. Cette disposition a été conçue dans l'esprit d'une peine privée à l'encontre de l'époux coupable, même si le bénéficiaire de la déchéance profite à un tiers totalement étranger à la question matrimoniale." (cf. *JCL, divorce, fascicule 60, Nos 30-49*)

Dans le texte français, cette déchéance n'est d'ailleurs pas prévue, ni en cas de divorce pour torts réciproques, ni pour le divorce par consentement mutuel.

Le Conseil d'Etat estime que cette disposition ne cadre nullement avec l'objectif du projet de loi qui est d'abandonner l'idée de faute également dans les conséquences du divorce et propose sa suppression. Il se doit d'ajouter que pour autant que soient visés les contrats d'assurance-vie, il y a lieu de constater que ceux-ci s'analysent comme des donations entre époux qui sont toujours révocables et dont le divorce emporte la déchéance.

Paragraphe 1er. – Des pensions alimentaires

Articles 265 à 267

Dans le système actuel, le secours alimentaire personnel est fondé pendant la durée de la procédure de divorce sur l'obligation de secours et d'assistance des époux (articles 212 et 214 du Code civil) et le juge tient compte, pour la fixation du quantum, du niveau de vie du couple au cours du mariage. Une fois le divorce prononcé, le secours pécuniaire a un caractère purement alimentaire dont le but est d'assurer la subsistance du conjoint divorcé qui est dans le besoin. La jurisprudence a, à maintes reprises, confirmé le principe qu'après le divorce chaque époux devra pourvoir lui-même à ses besoins et prendre une part active dans l'élaboration de son propre avenir économique. Ce secours ne répare donc nullement une situation de disparité économique causée par le divorce, mais est destiné à favoriser, dans la mesure du possible, l'indépendance économique de chacun des époux dans un délai raisonnable.

Le Conseil d'Etat préconise le maintien du caractère purement alimentaire du secours à allouer après divorce. Il s'oppose à créer de nouveau un secours alimentaire à caractère mixte tant alimentaire qu'indemnitaire qui viserait à introduire par la petite porte l'appréciation morale du comportement des époux pendant le mariage et de déplacer le combat sur les torts dans le cadre du litige relatif aux aliments.

Tout en renvoyant à ses considérations générales, le Conseil d'Etat se prononce en faveur d'un traitement équitable des conséquences économiques de l'échec du mariage. L'époux, dont l'âge ou l'état de santé ne lui permettront pas de subvenir à ses besoins après le divorce, doit être protégé. Le droit à une contribution d'entretien après mariage ne devrait cependant pas dépendre de la faute mais de critères objectifs tels que l'âge, l'état de santé, la répartition des tâches pendant le mariage...

Les critères d'allocation du secours alimentaire sont largement définis à l'article 266. Le Conseil d'Etat aurait une préférence à laisser aux juridictions le soin de déterminer le secours par rapport aux critères actuels qui sont les revenus disponibles du débiteur d'aliments, d'une part, et les besoins du créancier, d'autre part. D'ailleurs, la jurisprudence admet que les besoins devant être pris en considération sont constitués par tout ce qui est nécessaire à la vie: nourriture, logement, habillement, soins médicaux, etc. Les besoins varient selon les individus, car ils dépendent de divers facteurs tels que l'âge, le sexe, les charges de famille ou le coût de la vie dans le lieu où ils se trouvent (*JCL 2002, Aliments, art. 205-211, fasc. 10, No 52*).

Il est important que les juges puissent statuer sur base de situations financières transparentes des parties. L'applicabilité de l'article 112 NCPC est indispensable.

Si le secours prévu devait prendre les caractéristiques d'une prestation compensatoire, le caractère forfaitaire d'une telle prestation empêcherait en principe la révision, même en cas de changement dans les conditions et les besoins.

Les auteurs prévoient par ailleurs que le secours pourra prendre la forme d'un capital. Il est vrai que la reconnaissance d'un caractère indemnitaire au règlement pécuniaire prévu par le projet justifie le choix en faveur d'un règlement forfaitaire et définitif au moment de la rupture.

Or, si on emploie ce mode pour l'exécution d'une obligation à caractère purement alimentaire, la révisibilité, qui est l'essence même des pensions alimentaires, est remise en cause. Sans vouloir exclure la possibilité d'une capitalisation des pensions alimentaires, le Conseil d'Etat estime cependant qu'il faudrait approfondir cette question, et notamment par rapport aux incidences que le paiement d'un capi-

tal aura sur les plans fiscal, de la sécurité sociale et de l'attribution du revenu minimum garanti (voir notamment les articles 102, alinéa 5 du Code des assurances sociales et 21 de la loi modifiée du 29 avril 1999 portant création d'un droit à un revenu minimum garanti).

Paragraphe 2.– Du logement

Les articles 268 et 269 traitent des conséquences du divorce quant au logement familial.

Ces articles s'insèrent dans un ensemble de règles protégeant l'habitation de la famille qui a un statut particulier pendant le mariage (art. 215 du Code civil). Selon une jurisprudence bien établie, aucun des deux époux propriétaires indivis de l'immeuble qui assure le logement familial ne peut en demander discrétionnairement le partage judiciaire, la faculté de demander le partage étant, dans ce cas, subordonnée à sa conformité avec l'intérêt de la famille et ceci jusqu'à la dissolution du mariage par une décision irrévocable.

Le souci de protection du logement familial se retrouve dans beaucoup de législations européennes (Allemagne, Angleterre, Danemark, Espagne, France, Suisse) prévoyant l'attribution du logement familial au-delà de la dissolution du mariage au parent qui a la garde des enfants. Cependant, ces législations prévoient en règle générale des dispositions relatives tant au logement familial constituant un bien commun des époux qu'à celui qui représente un bien propre de l'un des époux ou même à celui qui a un caractère locatif.

Les articles 268 et 269 du projet de loi sous avis ne trouvent, quant à eux, leur application que dans la seule hypothèse dans laquelle le logement familial est un bien propre de l'un des époux.

Ils ne s'appliquent pas lorsque le logement familial est un bien commun des deux époux. Le Conseil d'Etat rappelle que la possibilité d'une attribution préférentielle ou le maintien forcé dans l'indivision, prévus à l'article 253, ne sauraient combler cette lacune de manière satisfaisante.

Selon J. Beauchard (*Le bail forcé du logement de la famille à la suite du divorce*, JCP 1982, éd. N, I, p. 63): „La permanence du logement de la famille au profit des enfants est une dérogation au droit commun de la propriété et de celui des contrats: le droit du propriétaire cède à l'intérêt supérieur de l'enfant.“

Dans une telle logique, le Conseil d'Etat reconnaît qu'une réglementation de l'attribution du logement familial puisse s'avérer utile, mais elle devrait cependant englober tous les modes de propriété. Le Conseil d'Etat estime que l'attribution de la jouissance du logement appartenant aux deux époux ou à un seul pourra constituer une modalité d'exécution des obligations alimentaires et devra être examinée dans ce contexte. Il émet toutefois des réserves quant à l'établissement d'un bail forcé. „L'établissement du bail entre deux époux qui divorcent est un paradoxe. Le lien contractuel apparaît au moment où disparaît le lien matrimonial. Les ex-époux se retrouvent l'un bailleur, l'autre locataire et sont tenus d'exécuter les obligations réciproques du contrat de bail.“ (cf. *JCL*, art. 264-1 à 285-1, fasc. 10, No 154). Le Conseil d'Etat estime que, sans recourir à un bail forcé, le tribunal pourrait être habilité à se prononcer sur l'attribution de la jouissance du logement à l'un des époux, sous réserve du versement d'une indemnité compensatoire à l'autre qui pourra être déduite, le cas échéant, de la contribution d'entretien. Le texte sous avis reste en défaut de préciser les détails quant à l'exécution et la fin du bail forcé (loyer, durée résiliation ...), de sorte qu'une révision des articles afférents s'impose.

Les conséquences du divorce pour les enfants

Articles 270 à 277

En ce qui concerne les dispositions relatives à l'autorité parentale, le Conseil renvoie aux considérations générales du présent avis.

Il tient à relever qu'à la fin de ses travaux, il a été saisi d'une proposition de loi du 10 février 2004 relative à l'exercice conjoint de l'autorité parentale (*Doc. parl. No 5285*). Vu l'envergure de cette proposition et en l'absence de la prise de position du Gouvernement pourtant indispensable, il est impossible au Conseil d'Etat de l'examiner dans le cadre du présent avis.

Si le principe de l'exercice conjoint de l'autorité parentale doit constituer la règle, il n'en reste pas moins que les parents, ou à défaut le juge, devront fixer l'endroit où l'enfant vivra de manière habituelle et, de façon corollaire, dans quelles conditions et avec quelle fréquence il verra le parent chez lequel il ne résidera pas. Le Conseil d'Etat estime que les parents devront être libres de déterminer les conditions

de la résidence des enfants et partant aussi de choisir le mode de la résidence alternée. La décision d'organiser la résidence alternée de l'enfant relèvera donc au premier chef d'une volonté des parents, mais elle devra être entérinée par le tribunal. Ce dernier gardera cependant un pouvoir d'appréciation pour vérifier si les décisions sont prises dans l'intérêt de l'enfant. Les enfants ont en effet besoin de stabilité et les juges seront en quelque sorte le garant de celle-ci.

La contribution alimentaire pour l'enfant de l'un des parents à l'autre dépendra évidemment des modalités d'hébergement choisies. Le parent qui héberge l'enfant de manière principale aura droit à une pension alimentaire de la part de l'autre parent. L'exercice en commun de l'autorité parentale devrait favoriser l'investissement quotidien des deux parents auprès de leur enfant et permettre le partage entre eux du travail parental et non pas servir à économiser la pension alimentaire ou bénéficier de déductions fiscales.

Le Conseil d'Etat approuve le texte proposé à l'article 274 en ce qu'il donne la possibilité au tribunal de fixer les modalités et les garanties de la pension alimentaire des enfants. Désormais la prévision de garanties dans le jugement de divorce devrait permettre au créancier de percevoir plus facilement les sommes dues: à titre préventif, le tribunal pourra prendre diverses mesures pour faciliter l'exécution du jugement quant aux obligations alimentaires. Ainsi, le débiteur pourrait être contraint à fournir caution ou à accepter un prélèvement direct sur son salaire.

Le Conseil d'Etat recommande aux auteurs du projet de revoir la procédure de la séparation de corps et de l'adapter aux règles de la procédure de divorce. Il estime que la séparation de corps de même que sa conversion ultérieure en divorce devraient pouvoir être introduites par demande conjointe. Comme pour le divorce, un projet de règlement des effets de la séparation est à prévoir dès le début de la procédure.

Les règles de procédure de la conversion de la séparation de corps en divorce qui sont fixées par les articles 1029 et 1030 NCPC sont à adapter en conséquence.

D'un point de vue procédural, le Conseil d'Etat se pose la question si le renvoi des règles de procédure régissant les cas de divorce au Nouveau Code de procédure civile ne contribuerait pas à améliorer la lisibilité du texte. En tout cas, il estime que cette question mérite plus de réflexion.

En ce qui concerne les articles 378 et 389 visant à introduire certaines modifications par rapport à l'autorité parentale, le Conseil d'Etat renvoie aux considérations générales de son avis. Ces articles seront à revoir avec l'ensemble des dispositions concernant l'autorité parentale.

Le Conseil d'Etat renvoie de même aux considérations générales du présent avis pour ce qui est de la modification de l'article 183 NCPC.

Comme il l'a déjà soulevé dans son commentaire relatif aux articles 241-244, le Conseil d'Etat a du mal à saisir la signification de la modification de l'article 405, alinéa 2 NCPC dans la mesure où la preuve de faits concernant le divorce ou la séparation de corps n'aura plus besoin d'être rapportée.

*

En conclusion, le Conseil d'Etat se doit de constater que le texte lui soumis sous avis est certes animé de bonne volonté mais manque de rigueur juridique. Le désir des auteurs de vouloir par le biais de la réforme proposée pacifier les relations entre les conjoints durant et après la procédure de divorce, surtout dans l'intérêt des enfants, est certes louable et est entièrement partagé par le Conseil d'Etat qui craint cependant que, faute de maturation et quant au fond et quant à la forme, le projet risque de manquer son objectif. Aussi se doit-il d'insister auprès des auteurs du projet afin qu'ils renvoient entièrement ce dernier à la lumière des observations émises dans le présent avis.

Il serait déplorable qu'une réforme d'une telle envergure bouleversant les bases mêmes du mariage et du divorce soit bouclée à la hâte en fin de période législative.

Ainsi délibéré en séance plénière, le 16 mars 2004.

Le Secrétaire général,
Marc BESCH

Le Président,
Pierre MORES

Service Central des Imprimés de l'Etat

5155/03

N° 5155³

CHAMBRE DES DEPUTES

Session ordinaire 2003-2004

PROJET DE LOI

portant réforme du divorce

* * *

SOMMAIRE:

	<i>page</i>
1) Dépêche du Procureur Général d'Etat au Ministre de la Justice (19.4.2004).....	1
2) Avis du Tribunal d'arrondissement de Luxembourg (8.3.2004)	2

*

**DEPECHE DU PROCUREUR GENERAL D'ETAT
AU MINISTRE DE LA JUSTICE**

(19.4.2004)

Monsieur le Ministre de la Justice,

Vous m'avez transmis par courrier du 23 décembre 2003 le projet de loi visé sous rubrique en demandant d'inviter les autorités judiciaires à vous soumettre leurs observations sur les aspects techniques, procéduraux du projet de loi.

Malgré des rappels aux différentes instances consultées, seul le Tribunal d'arrondissement de Luxembourg a fait parvenir un avis qui est l'œuvre du Président de la Chambre du divorce, Monsieur Roger LINDEN.

Il est vrai que le tribunal d'arrondissement de Luxembourg est la juridiction traitant l'essentiel des affaires de divorce et Monsieur le Vice-Président Roger LINDEN, hautement qualifié, excellent juriste et dont l'expérience pratique en la matière spécifique du divorce en sa qualité prévisée est indiscutable, a émis un avis remarquable, très fouillé et approfondi.

J'estime que ses observations nombreuses et pertinentes ne sauraient être ignorées et que le projet de loi est à remanier profondément en tenant compte de ces observations afin que la loi puisse être appliquée utilement et sortir les effets voulus.

Permettez-moi d'opiner par ailleurs que le projet de loi sous rubrique consistant en une réforme de société sans précédent d'une matière du code civil pose de très substantiels problèmes de fond et de procédure, à ne citer qu'à cet égard à titre d'exemple l'épineuse problématique complexe d'un juste et équitable équilibre de la situation économique de chacun des époux après le divorce.

Veillez agréer, Monsieur le Ministre de la Justice, l'assurance de ma haute considération.

Le Procureur Général d'Etat,
Jean-Pierre KLOPP

*

AVIS DU TRIBUNAL D'ARRONDISSEMENT DE LUXEMBOURG

(8.3.2004)

Par dépêche du 23 décembre 2003, Monsieur le Ministre de la Justice a transmis le projet de loi visé ci-dessus à Monsieur le Procureur Général d'Etat en lui demandant d'inviter les autorités judiciaires à lui soumettre leurs observations sur les aspects techniques et procéduraux dudit projet.

Par transmis du 24 décembre 2003, Monsieur le Procureur Général d'Etat a continué la dépêche notamment à Monsieur le Président du tribunal d'arrondissement qui par transmis du 5 janvier 2004 l'a continuée à la quatrième chambre du tribunal pour avis.

Par transmis du 19 février 2004, Monsieur le Procureur Général d'Etat lance un rappel à certaines autorités judiciaires concernées en les priant de lui faire parvenir l'avis demandé *dans les meilleurs délais*.

*

I. CONSIDERATIONS GENERALES

Le but premier du projet de loi sous rubrique est de réformer la procédure de divorce aux fins de tenter de la rendre la moins conflictuelle possible. Un autre but consiste à rendre plus objectives les causes de divorce en ne retenant plus que deux cas d'ouverture: soit l'accord des parties concrétisé dans le cadre du divorce par consentement mutuel, soit la constatation par le tribunal de la rupture irrémédiable des relations conjugales. Le rôle du juge doit changer et consister notamment à essayer de concilier les parties.

Le projet de loi entend partant abolir le divorce pour excès, sévices et injures graves, cas d'ouverture qui est à l'origine de la plupart des jugements de divorce rendus pour cause déterminée.

Les auteurs du projet insistent sur l'expérience traumatisante que constitue une procédure de divorce non seulement pour les époux concernés, mais encore et surtout pour les enfants communs et accessoirement pour le proche entourage.

Ils sont d'avis que le rôle du juge doit évoluer et qu'il devra dans la nouvelle procédure à introduire pour cause de rupture irrémédiable des relations conjugales chercher à concilier les parties de sorte à humaniser la procédure.

La procédure de divorce a été remaniée de façon substantielle par la loi du 27 juillet 1997 ainsi que par celle du 3 août 1998. Le demandeur en divorce n'est plus obligé de passer par ce qu'il était convenu d'appeler une première phase non contentieuse lors de laquelle il était de la mission du juge de s'enquérir de la volonté persistante du demandeur de continuer la procédure et d'essayer de concilier les parties.

Tout début de procédure de divorce recèle des éléments conflictuels plus ou moins prononcés. Les parties s'opposent souvent en ce qui concerne les différentes mesures provisoires à prendre. C'est le juge des référés qui est actuellement compétent pour statuer sur ces mesures. Son mode de saisine et l'organisation inhérente à cette juridiction permettent une prise de décision rapide. Cette rapidité est d'ailleurs un élément non négligeable: elle permet aux parties de savoir de quoi le proche avenir sera fait, en attendant une décision toisant le fond du litige. La comparution personnelle des parties est ordonnée de façon ponctuelle, mais non pas systématique. Le recours à cette mesure d'instruction constitue l'exception. Elle sera le plus souvent ordonnée lorsque le juge est saisi d'une demande de mesure de garde provisoire du ou des enfants communs sinon d'une demande en allocation d'un droit de visite et d'hébergement et qu'il souhaite obtenir davantage de renseignements de la part des époux.

La procédure sera en général déjà bien moins conflictuelle lorsque les parties auront à plaider le divorce devant le juge du fond. Leur situation aura entre-temps dans la majorité des cas été réglée provisoirement par le juge des référés. Les discussions concernant les mesures accessoires au fond porteront souvent sur le mérite des mesures prononcées en instance de référé. Il est rappelé que les ordonnances du juge des référés n'ont qu'une autorité provisoire et ne lient pas le juge du fond.

La procédure de divorce devant le juge du fond est devenue moins lourde qu'elle ne l'était depuis l'introduction de la loi du 11 août 1996 sur la mise en état entrée en vigueur le 16 septembre 1998. Cet instrument juridique permet au juge du siège d'intervenir pour faire avancer la procédure et notamment pour inviter les mandataires à instruire le dossier sous ses divers aspects.

Le temps où le juge adoptait une attitude passive lors de l'instruction de l'affaire en attendant qu'elle soit suffisamment instruite pour prendre par après une décision est révolu. Une affaire de divorce contentieuse peut dans certains cas être évacuée dans des délais avoisinant les six mois, le délai d'évacuation normal étant en règle générale d'une année.

L'approche du juge a changé. Etant conscient du rôle social et pacificateur qu'il est amené à exercer dans un domaine relevant de l'état des personnes, il se laisse souvent guider par le souci, pour peu que les parties veuillent bien le suivre dans cette voie, de tenter de régler les mesures accessoires au divorce en accord avec celles-ci.

Le nombre de jugements dans lesquels les parties s'accordent sur tous sinon du moins sur certains volets du litige est important. Il n'est cependant pas possible de fournir de pourcentage.

Le rôle des avocats n'est pas à sous-estimer. Ils conseillent souvent les clients à chercher des compromis plutôt que de vouloir continuer à se livrer bataille.

Le moment choisi pour parvenir à un tel accord est important: il ne faut pas oublier que les parties auront dans un premier temps vu régler les mesures provisoires par le juge des référés et qu'un délai plus ou moins court ou long se sera écoulé pendant lequel les époux auront pu en mesurer les effets. Il s'y ajoute que la situation conflictuelle a tendance à s'estomper en cours de procédure, les parties manifestant le désir d'en finir une fois pour toutes. L'accord des parties, total ou partiel, ne se fait partant en règle générale pas en début de procédure – dans ce cas, elles préféreraient opter pour la voie du consentement mutuel dès le début ou même en cours de procédure contentieuse – mais normalement à un moment où le juge du fond est amené à toiser définitivement les mesures accessoires.

Ces constatations tirées de la pratique judiciaire normale sont à considérer comme un élément de réponse à la question de savoir s'il y a lieu de changer de façon aussi radicale une procédure qui a fait ses preuves et qui ne rencontre pas de critiques majeures de la part des praticiens.

Un autre aspect sur lequel le tribunal entend insister se rapporte à la compétence du juge chargé de toiser les différentes mesures provisoires et accessoires.

Le projet de loi ne fait pas de distinction spécifique en ce qui concerne les compétences respectives du juge des référés et du juge du fond. Cette approche est-elle délibérée? Est-ce à dire qu'un seul juge sera compétent pour statuer tant sur les mesures provisoires que sur le fond du litige en ce y compris les mesures accessoires définitives? N'y a-t-il pas lieu dans ce cas à institution d'un juge spécialisé dans les affaires matrimoniales qui serait également compétent pour toutes les questions relevant de l'après-divorce?

Sans vouloir prétendre à l'exhaustivité au regard du bref délai imparti pour prendre position sur un projet aussi important, le tribunal se permet de faire les observations suivantes en ce qui concerne le détail des dispositions proposées.

Certaines d'entre elles sont copiées sinon du moins inspirées par le projet de loi français adopté en première lecture par le Sénat lors de son audience du 8 janvier 2004, projet qui devrait être soumis à l'Assemblée Nationale au courant de ce mois de mars.

Il y sera fait occasionnellement référence au long de cet avis.

*

II. LE DIVORCE PAR CONSENTEMENT MUTUEL (conditions de fond et procédure)

Il est proposé d'abolir la deuxième comparution devant le Président du tribunal. Il est encore proposé de réduire la durée du mariage de deux à une année au cours de laquelle une requête conjointe ne peut être déposée. La condition d'âge minimal est abolie.

Il y a simplement lieu de relever que les époux mettent souvent à profit le délai entre les deux comparutions pour s'assurer de la bonne exécution des mesures contenues dans la convention qui est encore susceptible de modifications en cours de procédure. Il convient dans ce cas de soumettre la convention modifiée au tribunal faute de quoi elle sera sans valeur. (Cour 2.2.2000, P. 31, 349)

Il y a lieu de mettre en harmonie l'article 230 du code civil avec l'article 1397 du même code prévoyant la possibilité d'un changement du régime matrimonial uniquement au bout d'un délai de deux années de mariage. Le fait pour les époux de les obliger à régler préalablement à la demande leurs droits

respectifs les amène dans la majorité des cas à liquider et partager les biens communs ou indivis au moyen d'un changement de régime matrimonial.

La rédaction de l'article 231 proposé gagnerait en clarté par l'adjonction au texte que le tribunal homologue la convention de divorce. Le projet de loi français prévoit en son article 232 que le tribunal homologue la convention.

L'article 235 prévoit notamment que les époux peuvent se faire assister par un avocat à la Cour dans la rédaction sinon dans l'introduction de la convention. Il convient de se poser la question de savoir si cette assistance ne devrait pas, au regard de l'unique comparution envisagée dans le cadre de la procédure et au regard des enjeux importants pour le futur, être rendue obligatoire. La rédaction d'une convention par un notaire est une autre solution qui ne manque pas d'arguments. L'article 250 du projet français prévoit que la demande est présentée par un ou deux avocats.

Il est proposé que le juge examine la convention d'abord avec chacun des époux, puis qu'il les réunit. S'agissant cependant a priori d'une situation d'accord entre les époux, il n'y a pas lieu d'alourdir outre mesure la procédure, les époux pouvant tout aussi bien directement se présenter ensemble devant le magistrat. La démarche peut cependant se justifier pour le cas où le juge devait avoir des doutes quant à la volonté éclairée et libre des époux de divorcer dans les conditions prévues dans le projet de convention.

L'article 237 traite du refus d'homologation de la convention par le tribunal. Ce cas devrait en pratique constituer l'exception.

Il est à supposer que le tribunal devra indiquer les raisons l'amenant à refuser l'homologation, tirées de l'insuffisance de la protection des enfants ou de l'un des époux. Ce refus, ne devrait-il pas être précédé d'un débat contradictoire permettant aux parties au moins de prendre position ou est-ce que le tribunal pourra d'office refuser l'homologation même sans que le magistrat devant lequel les époux ont comparu les aura rendu attentifs au risque de ne pas voir homologuer la convention?

La décision du tribunal doit-elle faire l'objet d'un jugement ou d'une simple information à envoyer aux parties par la voie du greffe? Aucune voie de recours n'est en tous les cas prévue contre la décision du tribunal qui peut être analysée comme une décision de surséance.

L'article 237 alinéa 2 prévoit la possibilité pour le tribunal d'homologuer les mesures provisoires que les parties *s'accordent, le cas échéant, à prendre*. Les parties ne les ont-elles pas déjà prises dans le cadre de la convention de divorce? Devront-elles devant la situation nouvelle prendre de nouvelles mesures? Sont-elles à soumettre au tribunal dans le cadre d'une requête spécifique?

*

III. LA RUPTURE IRREMEDIABLE DES RELATIONS CONJUGALES (conditions de fond et procédure)

1. La procédure préalable à l'assignation

Il vient d'être rappelé ci-dessus que la phase de la conciliation a plus de chance d'aboutir à un moment où la procédure est déjà engagée depuis un certain temps, une conciliation tentée au début de la procédure à un stade de conflit intense entre les parties étant moins sûre d'aboutir.

La comparution des parties devant le juge qui doit s'entretenir personnellement avec chacune d'elle aux fins de tenter de les concilier est, à moins que de ne vouloir en faire uniquement un exercice de style, une procédure lourde qui ne fait que compliquer un système où les parties sont avant tout intéressées à voir régler aussi rapidement que possible les mesures provisoires.

On voit d'ailleurs mal le juge s'entretenir avec les parties autrement que dans l'intimité. Il faut rappeler que le tribunal d'arrondissement, pour en rester au niveau des considérations purement matérielles, ne dispose d'aucune salle de réunion (les salles d'audience ne se prêtent pas à ce genre de rencontres) digne de ce nom. Il n'est pas supposé que les auteurs aient eu la volonté que le juge confère en audience publique avec les parties.

La procédure prévue est lourde. Le juge s'entretient d'abord avec un époux, puis avec l'autre, puis avec les deux et enfin avec les deux en présence de leurs avocats respectifs. Le système est idéal dans sa conception, mais difficilement réalisable en pratique au regard du nombre de demandes de divorce

introduites et des exigences d'un délai raisonnable endéans lequel les parties peuvent du moins espérer voir régler les mesures provisoires.

Il est vrai que la date de parution de la demande à l'audience ne sera plus à la libre disposition des parties qui ne pourront plus assigner à jour fixe devant le juge des référés, mais elle sera fixée par le juge moyennant convocations à faire par le greffe, mode de convocation qui soit dit en passant n'est pas la solution idéale. Encore convient-il de s'interroger sur les délais de convocation et le nombre d'affaires qu'un juge est susceptible d'évacuer par audience, la conciliation étant faut-il une fois encore le rappeler tout sauf évidente à ce stade précoce de la procédure.

La possibilité pour les parties de rédiger elles-mêmes une requête sans l'assistance obligatoire d'un avocat telle que prévue à l'article 241 du code civil est source de problèmes. Il faut également ici se poser la question de savoir si le ministère d'avocat ne doit pas être rendu obligatoire au vu de l'importance des enjeux à venir de même qu'au vu de la charge incombant au juge qui saisi d'une requête non présentée par un professionnel verra sa tâche souvent rendue plus difficile (rédaction défectueuse, pièces manquantes). Le projet de loi français prévoit d'ailleurs dans son article 251 l'introduction d'une requête par avocat.

Il est à cet endroit encore bon de s'interroger sur l'opportunité de la faculté (devoir?) donnée au juge de renvoyer les parties dans un premier temps et de les inviter à se représenter une deuxième fois endéans un certain délai. L'article 243 tel que proposé tend encore à faire l'amalgame de problèmes qu'il n'y a cependant pas lieu de mélanger. Le juge qui officie à ce stade de la procédure ne devrait s'intéresser qu'aux mesures à prendre durant l'instance, mais ne pas se pencher sur le fait de savoir si la cause d'ouverture du divorce est remplie en l'espèce ou non. Renvoyer les parties à une audience ultérieure aux fins de conciliation alors même qu'elles sont contraires quant au caractère irrémédiable de la rupture de leurs relations conjugales risque de ne mener à aucun résultat concret sauf celui de l'allongement de la procédure. La possibilité de renvoyer les parties doit partant être indépendante du fond des causes du divorce. D'après l'article 242, le renvoi à une audience ultérieure paraît être de rigueur en cas de défaillance du défendeur.

Le mode de convocation par la voie du greffe est source de voir augmenter le nombre de procédures par défaut. La notification se fera en effet par la voie postale à une adresse fournie au greffe par la partie demanderesse. La procédure de divorce est spécifique en ce sens que le domicile du défendeur est souvent encore à l'ancienne adresse du domicile conjugal alors même qu'il n'y habite plus. La lettre valant convocation sera souvent réceptionnée par l'époux demandeur. Contrairement à l'article 155(5) du nouveau code de procédure civile qui prévoit que la copie ne peut être remise à celui à la requête duquel l'acte est signifié, l'article 102(5) du nouveau code de procédure civile applicable à la notification diligentée par le greffe dispose que la notification sera réputée faite le jour de la remise de la lettre recommandée à la personne qui l'accepte. Le défendeur régulièrement convoqué par la remise de la lettre à son conjoint fera partant systématiquement défaut, n'étant même pas au courant de la procédure intentée à son encontre.

La procédure actuelle oblige au contraire l'huissier de justice à rechercher l'adresse du défendeur.

Le commentaire de l'article 243 peut prêter à confusion au regard du contenu de l'article tel que proposé. Tandis que l'article 243 prévoit qu'en cas de contestation du défendeur quant au caractère irrémédiable de la rupture, le juge renvoie les parties, le commentaire laisse entendre que le juge peut renvoyer les parties non pas seulement lorsque le caractère irrémédiable de la rupture est en cause, mais encore s'il n'y a pas accord quant aux mesures accessoires.

Autant dire que le renvoi sera la règle systématique pour le cas où le non-accord des parties quant aux conséquences du divorce est à ce stade précoce de la procédure une cause de renvoi. Le renvoi ne doit être qu'une mesure laissée à la libre appréciation du juge, non pas une obligation.

L'article 244 tel que formulé donne l'impression qu'il est dans la mission du juge de tenter de réconcilier les parties, ce qui ne semble cependant pas être dans les intentions des auteurs du projet de loi.

2. Les mesures provisoires

Il est renvoyé en ce qui concerne la compétence du juge appelé à édicter de telles mesures aux considérations générales sub I.

L'article 246 tel que proposé concerne un éventail de mesures provisoires à prendre. Le commentaire précise que l'énumération n'est pas exhaustive. S'agissant cependant d'une compétence d'attribution, il

est indiqué de limiter les mesures qui sont susceptibles d'être prises au niveau provisoire. Elles doivent toutes s'insérer dans les devoirs nés du mariage et qu'il y a lieu de moduler au regard de l'instance introduite.

Les auteurs innovent en accordant au juge la possibilité de proposer une médiation. Le commentaire renvoie à la médiation familiale sinon à un notaire.

Il n'est pas à la connaissance du tribunal que le code civil ou d'autres lois instituent la médiation civile voire la médiation familiale. Le recours à une telle notion ou institution est particulièrement délicat à défaut de statut défini quant aux pouvoirs et effets d'une telle médiation.

Les mesures provisoires concernant les aspects relevant de la liquidation du régime matrimonial sont inopportunes à défaut de certitude concernant la dissolution du lien matrimonial. Ce pouvoir est à réserver au juge du fond qui prononce le divorce, faculté lui accordée par ailleurs par l'article 253 in fine tel que projeté.

L'article 247 du code civil est laconique et semble donner des pouvoirs au juge, dès le dépôt de la requête initiale. Il semble d'après sa formulation que le juge puisse prendre ces mesures sans consultation et entretien préalable avec les parties, de façon non contradictoire. Sera-t-il à cet effet spécialement saisi par voie de requête unilatérale?

D'après le commentaire, il s'agit de mesures de droit commun. De quelles mesures s'agit-il? La compétence du juge est-elle exclusive ou est-elle concurrente avec d'autres juridictions éventuellement compétentes pour édicter de telles mesures de droit commun? Il semble au regard du libellé „*sans préjudice des articles 1008 et suivants du nouveau code de procédure civile*“ que cette compétence soit concurrente. Des conflits positifs de compétence sont à prévoir.

Les articles 248 et 249 traitent de la notification des ordonnances prises sur base des articles 245-247 du code civil et des voies de recours.

L'appel est-il suspensif ou l'ordonnance est-elle exécutoire par provision? Si la dernière hypothèse devait être le cas, il y aurait lieu de le préciser.

3. L'assignation en divorce pour rupture irrémédiable des relations conjugales

L'article 250 projeté renvoie implicitement („*outre les formalités ordinaires*“) aux formalités prévues aux articles 153 et 154 du npc. Cette dernière disposition fait notamment obligation au demandeur d'indiquer l'objet et un exposé sommaire des moyens. Le demandeur ne pourra partant pas se contenter d'affirmer que les relations matrimoniales sont irrémédiablement rompues, mais il devra encore établir la réalité de cette rupture.

Il est cependant utile de s'interroger s'il n'est pas opportun de prévoir un délai maximal endéans lequel l'assignation doit être introduite voire même déposée au tribunal. Les mesures provisoires n'ont en effet de raison d'être qu'au vu de la finalité de la procédure, à savoir la dissolution du lien matrimonial. Elles devraient perdre leur effet en cas de non-assignation. Dans l'état actuel de la législation, l'exploit d'assignation est la plupart du temps double en ce que le défendeur est requis de comparaître aussi bien devant le juge des référés que devant le tribunal statuant sur le fond du litige.

Eu égard aux mesures provisoires déjà ordonnées, le défendeur initial en requête peut avoir intérêt devant l'inertie du demandeur à introduire lui-même l'assignation. Le texte proposé ne prévoit pas ce cas de figure.

Il convient de s'interroger sur l'utilité de l'article 251 du code civil tel que proposé étant donné que le mariage non encore définitivement dissous prend de toute façon fin avec le décès de l'un des époux.

4. Le prononcé du divorce pour rupture irrémédiable des relations conjugales

Le commentaire de l'article 252 du code civil prévoit que le tribunal prend uniquement acte de l'accord des époux de voir constater le caractère irrémédiable des relations conjugales. Ce n'est qu'en cas de désaccord entre les époux quant à l'irrémédiabilité de cette rupture qu'il incombe au juge du fond de rechercher si la cause de divorce est effectivement donnée ou non.

Le commentaire des articles ne s'étend pas sur les critères à appliquer. Il est à supposer qu'il y aura lieu de s'orienter aux cas actuellement visés par les articles 229 et 230 du code civil.

Ne convient-il pas d'introduire à l'instar du BGB allemand des présomptions irréfragables sinon simples de rupture irrémédiable des relations conjugales? Une présomption irréfragable de rupture pourrait par exemple consister dans le fait pour des époux de vivre séparés de façon effective et continue depuis un certain délai. L'article 238 alinéa premier du projet de loi français présume l'altération définitive du lien conjugal s'il y a cessation de la vie commune tant affective que matérielle les deux années ayant précédé l'assignation en divorce.

Question: un époux pourra-t-il en cas de contestation de l'autre quant au caractère irrémédiable de la rupture des relations conjugales fonder la demande sur ses propres violations des devoirs conjugaux? Plus précisément: un époux commet l'adultère et soutient de ce fait que les relations sont irrémédiablement compromises. Son conjoint s'oppose à la demande.

Il n'incombe pas au tribunal de commenter le choix des auteurs de vouloir abolir le divorce pour faute.

Le commentaire des articles (page 19) laisse cependant perplexe en ce qui concerne la faculté laissée à chaque époux d'introduire contre son conjoint une demande de dommages-intérêts basée sur les articles 1382 et 1383 du code civil.

Un époux est en droit, au regard des règles de droit commun, de rechercher la responsabilité délictuelle ou quasi délictuelle de son conjoint pour les fautes commises durant le mariage. Les tribunaux accueillent ces demandes avec parcimonie, toute faute susceptible de conduire au prononcé du divorce n'engageant pas automatiquement la responsabilité de l'époux fautif. Il n'y a lieu à allocation de tels dommages-intérêts que si le préjudice accru n'est pas suffisamment réparé par le prononcé du divorce. Les cas de violence conjugale donnent en principe lieu à allocations de dommages-intérêts.

Il est évident qu'une demande basée sur une telle base n'est pas de nature à pacifier les relations entre époux. Il est d'ailleurs fort à craindre que la volonté affichée de rendre objectives autant que possible les causes de divorce se trouvera contrecarrée par une demande d'un époux recherchant la responsabilité de l'autre.

Même si le commentaire des articles dit que chaque époux peut à *tout moment* formuler une telle demande, il y a cependant lieu de relever qu'en pratique cette demande est formulée lors de l'instance judiciaire ayant précisément pour but la rupture du lien matrimonial. Des demandes ultérieures et pour-quoi pas antérieures à une demande en divorce ne semblent encore jamais avoir été introduites.

Le contentieux des époux risque partant de se déplacer sur le terrain délictuel ou quasi délictuel. Une procédure constatant l'accord des époux en ce qui concerne le caractère irrémédiable de la rupture de leurs relations ne devrait en principe pas donner lieu à une telle demande. Elle restera cependant d'actualité dans toutes les demandes introduites par un époux contre le gré de l'autre. Elle risque encore de n'être introduite éventuellement après le prononcé du divorce après qu'un époux a marqué son accord avec le prononcé du divorce. Cette possibilité devrait être exclue.

L'article 252 du code civil prévoit l'homologation par le tribunal de toute convention lui soumise par les époux en ce qui concerne tous les effets ou sinon du moins partie de ces effets, sous réserve des intérêts des enfants ou des époux.

Il y a lieu de s'interroger sur l'opportunité de prévoir abstraction faite du divorce par consentement mutuel également dans la procédure pour rupture irrémédiable des relations conjugales la procédure de l'*homologation* prévue aux articles 252 et 253 du code civil. Les raisons tirées du commentaire des articles pour instituer une homologation de la convention de divorce préalable au consentement mutuel ne devraient en effet pas s'appliquer dans une instance judiciaire, le jugement de divorce et notamment son dispositif valant suffisamment titre exécutoire. Il est cependant évident que le juge tiendra compte dans sa décision de tout accord trouvé par les parties.

Les articles 253 et 254 du code civil traitent principalement des conséquences du divorce quant aux intérêts patrimoniaux des époux. L'article 253 mentionne encore les accords éventuels des époux quant aux obligations alimentaires.

Il est à supposer que ces obligations concernent tant les époux que les éventuels enfants.

L'article 253 mentionne que le tribunal statue, s'il y a lieu, sur les demandes de maintien dans l'indivision ou d'attribution préférentielle. A défaut de tout commentaire, le tribunal ne saurait prendre

utilement position quant à la portée de cette disposition. Il est pour le surplus renvoyé au commentaire des articles ayant trait au sort du logement familial.

Le système actuel de liquidation et de partage du régime matrimonial relève du droit commun du partage. Il donne satisfaction.

L'article 254 du code civil prévoit une durée maximale de une année pendant laquelle les opérations de liquidation et de partage devraient en principe être terminées. Il est vrai que ces opérations constituent souvent la dernière pierre d'achoppement entre parties dans la procédure de divorce. La matière est complexe et nécessite souvent de nombreuses réunions auprès du notaire.

Il convient cependant de s'interroger sur l'utilité d'introduire une date-butoir, les intérêts des parties étant en effet d'ordre patrimonial et partant privé. Il s'y ajoute qu'en cas de mauvaise volonté de la part d'un ex-époux, l'autre époux n'est pas sans moyen pour faire avancer la procédure.

*

IV. DES CONSEQUENCES DU DIVORCE

1. Des conséquences du divorce (par consentement mutuel et rupture irrémédiable) quant à la date de prise d'effet

L'article 257 du projet traite de la date des effets du jugement de divorce quant aux époux.

La question qui se pose est celle de savoir quand le jugement de divorce par consentement mutuel acquiert entre parties autorité de chose jugée.

Il est admis que ce jugement devient définitif dès son prononcé. Ce n'est qu'en cas de refus d'accorder le divorce qu'appel peut être interjeté dans un délai à courir à partir de la notification de la décision à faire par le greffe (voir les articles 238 à 240 proposés reprenant les articles 288 à 291 actuels). En pratique, il n'y a pas notification aux parties par le greffe du jugement prononçant le divorce par consentement mutuel.

L'article 260 du code civil projeté traite des conséquences du divorce entre époux en ce qui concerne leurs biens.

Cette disposition concerne tant le divorce par consentement mutuel (article 231) que celui prononcé sur base de la rupture irrémédiable des relations conjugales (article 232 du code civil).

Le commentaire de l'article prête à confusion.

Il fait état de ce que les conséquences du divorce par consentement mutuel prévues sont identiques à celles en vigueur actuellement.

Tandis que la version proposée prévoit que les effets du divorce remontent au jour de l'homologation de la convention, l'article 293 du code civil actuel dispose que ces effets remontent entre époux en ce qui concerne leurs biens au jour de la déclaration prévue à l'article 278 du code civil, soit à partir de la première comparution devant le président du tribunal.

Le texte proposé diffère encore du régime légal actuel en ce qu'il prévoit – sans commentaire spécifique – que les effets peuvent remonter à une date antérieure autre prévue dans la convention.

Cette disposition est importante. Elle admet implicitement que les parties sont libres de fixer la date de la dissolution du régime à une date autre que la date résultant du prononcé du jugement. S'agissant d'intérêts patrimoniaux, donc de nature privée, le tribunal ne voit aucun inconvénient à ce que ces effets prennent date antérieurement au jour de l'homologation de la convention, soit au jour du prononcé du divorce. Les époux auront en fait avant le prononcé du jugement procédé à la liquidation et au partage de leur régime matrimonial. La jurisprudence admet par ailleurs que dans ce cas, les époux sont libres de fixer la date de la dissolution du régime à une date à convenir entre parties. Il est à relever que les auteurs du projet ne prévoient pas dans ce cas d'espèce un refus d'homologation dû à un partage inéquitable en défaveur de l'un des époux.

L'autre volet de l'article 260 du code civil est applicable en cas de divorce prononcé pour cause de rupture irrémédiable des relations conjugales.

La date de prise d'effet est fixée soit à la date de l'ordonnance rendue sur la base de l'article 245 organisant les modalités de la résidence séparée des époux, soit au jour de l'assignation en divorce. Le texte prêterait moins à confusion si le renvoi à l'ordonnance prise sur base de l'article 245 indique les

modalités devant régler les rapports entre époux durant l'instance en divorce, cette formulation ayant l'avantage de se référer à l'ensemble des mesures pouvant être prises et non pas à une seule.

L'article 260 in fine reprend les dispositions de l'article 266 alinéa 2 dernier alinéa actuel.

Le commentaire de l'article 261 du code civil ne correspond pas au texte proposé, l'un se référant à l'assignation en divorce et l'autre à la requête initiale.

2. Des conséquences du divorce (par consentement mutuel et rupture irrémédiable) quant aux donations et aux avantages matrimoniaux

L'article 262 du code civil renvoie notamment à l'article 1496 du code civil qui a cependant été abrogé par la loi du 4 février 1974.

Le commentaire de l'article 263 du code civil prévoit la possibilité pour les époux de prévoir déjà dans le contrat de mariage accordant des avantages matrimoniaux que ceux-ci seront maintenus même en cas de divorce. Ce maintien peut encore avoir lieu de l'accord des époux fait lors de l'instance en divorce.

La perte des avantages matrimoniaux doit être la règle. Le commentaire de l'article 263 va dans ce sens. Si l'accord des époux donné dans le cadre de l'instance en divorce tendant à voir maintenir lesdits avantages se conçoit en ce sens que les époux peuvent librement décider en pleine connaissance de cause lors de l'instance qui a pour but de voir prononcer le divorce de mettre en échec la règle selon laquelle il y a perte de ces avantages, une stipulation faite avant l'instance et peut-être très longtemps avant l'instance en divorce, souvent avant même le mariage, pourra cependant prêter à discussion quant à la volonté réelle et éclairée des époux à voir maintenir ces avantages en cas de divorce. La renonciation des époux ne devrait partant être possible que sur la base d'un accord pris en vue de la liquidation de leur droits patrimoniaux du fait du prononcé du divorce.

La référence à l'accord amiable prévu à l'article 244 du code civil devrait à tout le moins être complétée par l'accord soumis au tribunal du fond prévu à l'article 253 du projet.

L'article 264 institue la présomption inverse, à savoir que les époux sont censés maintenir les avantages matrimoniaux s'ils n'en parlent pas dans le cadre de la convention de divorce par consentement mutuel.

Il est à se demander s'il est opportun de prévoir des règles diamétralement opposées selon les cas d'ouverture de divorce alors surtout que le projet s'il est adopté tel quel prévoit que la convention de divorce par consentement mutuel peut être rédigée par les époux seuls, ces derniers n'étant pas nécessairement au courant de cette présomption légale.

Il est partant proposé d'instituer une règle uniforme qui cesse d'être applicable en cas de volonté contraire manifestée de façon claire et en connaissance de cause par les époux dans le cadre de tout document à établir en vue du divorce.

Si le législateur devait adopter le projet tel quel, il serait utile de préciser la nature de la présomption – simple ou irréfragable – instituée (*les époux sont censés*) par l'article 264 alinéa 1er.

Le tribunal ne saurait prendre position quant au contenu identique du dernier alinéa des articles 263 et 264 du code civil faute de commentaire joint de sorte qu'il ne lui est pas possible d'en saisir le sens et la portée.

3. Des conséquences du divorce pour les époux (par consentement mutuel et rupture irrémédiable) quant aux pensions alimentaires

L'agencement du projet tel que soumis prévoit que le paragraphe concernant les pensions alimentaires s'applique tant en cas de divorce par consentement mutuel que pour cause de rupture irrémédiable des relations conjugales.

Est-ce partant à dire que le tribunal serait en droit en cas de projet de convention d'en refuser l'homologation (article 231 du code civil) s'il est d'avis au regard des règles édictées aux articles 265 et 266 du code civil que le montant du secours alimentaire sur lequel les époux se sont accordés ne tient pas suffisamment compte des intérêts de l'un des époux? Quid de la liberté pour chaque époux de décider librement de son propre avenir économique?

Le projet de loi entend instaurer l'obligation pour un débiteur d'aliments de verser à son conjoint divorcé une pension qui n'a pas seulement, ainsi que cela est le cas actuellement, un caractère alimentaire, mais qui a encore pour but de compenser, autant que possible, la disparité que la rupture du mariage crée dans les conditions de vie respectives.

L'article 267 du code civil traite du caractère révocable et révisable de la pension alimentaire.

Convient-il de distinguer entre révocation et révision? La révocation se définit comme la suppression d'un acte par effet de la loi ou par décision ou à la demande d'une partie, en raison de l'indignité du bénéficiaire. (Dalloz, Lexique de termes juridiques). Elle est le résultat d'une sanction. La révision est le résultat d'une demande portée en justice.

L'actuel article 300(4) dispose que la pension n'est plus due d'office en cas de remariage. Dans le projet, il incombera au débiteur de demander sa décharge par jugement. L'article 267 projeté évoque la situation du partenariat et de la communauté et reprend la définition de la communauté de vie issue de la loi du 27 juillet 1997. Il est à supposer que les éléments constitutifs du partenariat seront les mêmes que ceux formant la communauté de vie. La référence au concept de partenariat semble partant en l'état actuel de la législation qui ne prévoit pas un statut juridique particulier quant à cette forme de vie en commun superflue. Il est cependant vrai que le projet de loi 4946 relatif aux effets légaux de certains partenariats est au moment de la rédaction de cet avis en voie d'être adopté.

La deuxième et dernière phrases de l'alinéa 1er de l'article 267 du code civil se contredisent pour autant qu'il y a lieu de mettre sur un même pied d'égalité les termes de révocation et de modification. En effet, la deuxième phrase admet le principe de la révocation de la pension alimentaire dans le cas où elle cesse d'être nécessaire. La phrase finale prévoit toutefois que la modification n'est possible qu'en cas de détérioration non provoquée de la situation financière du débiteur ou du créancier d'aliments. L'amélioration de la situation du créancier d'aliments, non prévue, peut cependant rendre superflue le versement d'une pension alimentaire qui ne sera donc plus nécessaire.

Il convient d'ailleurs dans ce contexte de signaler que le projet qui reprend la teneur de l'article 277, 4° du code civil en ce qui concerne les possibilités de modification de la pension alimentaire est sous cet aspect plus restrictif que l'article 300 du code civil qui ne soumet pas la modification uniquement aux hypothèses prévues dans le projet, mais qui tient compte de toute modification dans la situation financière des parties.

Cela est dû au fait que le projet proposé fait un amalgame entre les actuels articles 300 et 277 du code civil.

L'opportunité d'introduire l'alinéa 2 de l'article 267 du code civil remet en cause le système des preuves en matière de droit judiciaire privé. Notre droit judiciaire ne connaît pas le système des *Eidesstattlichen Erklärungen* ou autres *affidavits* provenant d'une partie au litige. Les auteurs du projet soulignent l'absence de sanction directe liée à un refus de coopérer de la part d'une partie quitte pour le tribunal d'en tirer les conséquences qui s'imposent.

Il est rappelé que le nouveau code de procédure civile met à la disposition du tribunal une série de mesures lui permettant de déterminer la situation patrimoniale des parties au litige.

La disposition proposée s'inspire de l'article 271 alinéa 2 du code civil français issu de la loi du 30 juin 2000. Cette disposition est critiquée quant à son utilité. (Juris classeur civil fasc. 240, édition 2001, numéro 22 en ce qu'elle fait double emploi avec l'article 259-3 du code civil français qui n'a cependant pas d'équivalent au Luxembourg).

4. Du logement (par consentement mutuel et rupture irrémédiable)

La mesure proposée est d'après le commentaire des articles de nature à pacifier les relations familiales.

Il n'est pas certain que ce but soit atteint.

L'autorité parentale à exercer sur les enfants communs risque par ce biais de constituer un des enjeux majeurs du divorce.

Le logement familial ne constitue pas en règle générale un bien propre de l'un des époux, mais est normalement commun de sorte que la disposition nouvelle aura des effets limités.

La concession judiciaire d'un bail par le juge qui prononce le divorce aura pour conséquence que l'époux propriétaire se verra le cas échéant privé du droit de jouissance jusqu'à la majorité du plus jeune

des enfants communs pour peu que l'enfant réside habituellement auprès de l'autre conjoint. Quid si au surplus l'époux propriétaire n'était pas à l'origine de la rupture irrémédiable des relations conjugales? Il se retrouvera dans une situation qu'il n'a d'abord pas voulue et dans laquelle il est privé de jouir de son bien comme bon lui semble. Cette situation n'est certainement pas de nature à pacifier les relations entre les anciens époux.

L'autorité parentale à exercer sur les enfants risque également dans l'après-divorce de rester un aspect conflictuel entre parties.

Le statut du bail à concéder n'est pas défini.

Le contrat de bail a pour objet de permettre au locataire contre rémunération de jouir du bien du propriétaire. Qu'en est-il d'un loyer à payer? Qu'en est-il des causes de résiliation? Seront-ce les causes de droit commun?

Le commentaire des articles mentionne la possibilité pour le tribunal de prononcer la résiliation en cas de circonstances nouvelles. Il va de soi qu'un changement de résidence du ou des enfants pourra constituer une telle cause nouvelle. Quelles autres causes sont visées?

Une question s'impose si le tribunal peut décider de l'attribution du logement et que cette mesure devait également s'appliquer en cas de divorce par consentement mutuel.

Les époux n'ont pas prévu une telle disposition dans le projet de convention. Le tribunal peut-il l'ordonner d'office? Ou refusera-t-il sur la base de l'article 231 du code civil l'homologation de la convention au motif qu'elle préserve insuffisamment les intérêts des enfants et de l'un des époux? La probabilité pour les époux de ne pas s'accorder sur cette mesure risque de les amener à ne pas choisir la voie du consentement mutuel.

La disposition proposée s'inspire de l'article 285-1 du code civil français issu de la loi du 11 juillet 1975, article en voie de modification législative.

Le code civil français prévoit cependant toute une panoplie de mesures tendant à la protection du logement familial dont l'article 285-1 ne constitue qu'une facette. Il règle notamment le sort du logement familial qui est commun aux époux en instituant soit une attribution préférentielle, soit une indivision forcée (article 264-1 du code civil français). Il permet encore au juge dans le cadre de la fixation de la prestation compensatoire de décider des modalités selon lesquelles s'exécutera l'attribution ou l'affectation des biens en capital.(articles 270 et suivants du code civil).

L'article 253 proposé en ce qu'il prévoit que le tribunal statue s'il y a lieu sur les demandes de maintien dans l'indivision ou d'attribution préférentielle est-il à mettre en rapport avec la protection du logement familial?

5. Des conséquences du divorce en ce qui concerne les enfants

Le texte gagnerait en clarté en plaçant l'article 275 du projet devant l'actuel 272 projeté, le dernier bout de phrase de l'article 272 constituant une redite de l'article 271.

L'agencement du projet est conçu de telle façon que la section III du chapitre III s'applique aux deux causes de divorce.

Il y a partant contradiction entre l'article 230 et l'article 271 du code civil en ce que le premier prévoit l'accord des parties quant à l'administration de la personne et des biens de l'enfant mineur et en ce que le second envisage l'hypothèse du non-accord entre les époux. Le divorce par consentement mutuel ne devrait en effet pouvoir être prononcé qu'en cas d'accord des époux en ce qui concerne ce volet du divorce.

D'après le projet de loi, l'autorité parentale conjointe est toujours de principe en cas d'accord des époux, aussi bien en cas de divorce par consentement mutuel qu'en cas de divorce pour rupture irrémédiable des relations conjugales. En cas de non-accord des parents, ou si l'accord n'est pas homologué par le tribunal, ce dernier attribue l'autorité parentale à un seul des époux.

La question demeure de savoir si en cas de désaccord, il n'y a pas lieu d'instituer en principe également l'autorité parentale conjointe, sauf circonstances spéciales à établir par celui qui entend se voir confier l'autorité à titre exclusif, et à fixer la résidence habituelle auprès de l'un des époux et à accorder à l'autre un droit de visite et d'hébergement.

*

V. AUTRES DISPOSITIONS EN RELATION AVEC LA REFORME DU DIVORCE

a. Les époux recourent très rarement à l'institution de la séparation de corps. Le dernier alinéa de l'article 311 projeté renvoie aux articles 258, 259 et 260 du code civil. La séparation de corps entraînant séparation de biens, il ya lieu de se demander s'il ne serait pas également opportun de faire bénéficier les époux séparés de corps de la protection visée à l'article 261 du code civil.

b. L'article 183 du nouveau code de procédure civile traite des affaires communicables au Ministère Public. Il est proposé que les affaires de divorce et de séparation de corps ne soient plus communicables. Le soussigné renvoie pour le surplus aux travaux réalisés dans le cadre d'une commission instituée par le ministère de la justice ayant pour objet une réforme de l'article 183 dont la portée est plus large que le projet de texte actuellement proposé.

c. Le projet de loi ne devrait entrer en vigueur qu'après un laps de temps adéquat laissé aux autorités judiciaires pour mettre en place les importants changements d'ordre administratif rendus nécessaires. Il est proposé un délai minimal de quatre mois après la publication de la loi au Mémorial.

Luxembourg, le 8 mars 2004

Roger LINDEN

5155/04

N° 5155⁴

CHAMBRE DES DEPUTES

Session ordinaire 2006-2007

PROJET DE LOI

portant réforme du divorce

* * *

**AVIS DU CONSEIL NATIONAL DES FEMMES
DU LUXEMBOURG**

(23.10.2006)

Historiquement, les grandes réformes du droit de la famille en général et du droit du divorce en particulier se sont toujours voulues accompagnatrices des changements sociétaux. Pour ce qui est du Luxembourg, rappelons que les réformes du divorce intervenues au cours des années 70 ont voulu consacrer l'égalité formelle des époux dans leurs rapports réciproques tout comme dans leurs rapports avec les tiers. Plus récemment, la réforme de l'attribution du nom aux enfants est venue promouvoir l'égalité des mères et des pères dans leurs rapports avec leurs enfants.

L'objet principal de la réforme du divorce actuellement en discussion consiste en un remplacement du divorce pour cause déterminée par une nouvelle forme de divorce, à savoir: „*le divorce pour rupture irrémédiable des relations conjugales des époux*“. Suivant l'exposé des motifs, l'objectif principal serait la pacification de la procédure de divorce, ce tant dans l'intérêt des parties que dans celui des enfants.

Conscient du fait que la réforme projetée aura nécessairement un impact sur le vécu des personnes concernées, le CNFL a étudié le projet de loi No 5155 portant réforme du divorce sous l'angle de l'égalité entre femmes et hommes. Au cours de cette analyse, il a identifié plusieurs éléments soulevant des questions de principe. Le CNFL se propose de concentrer son analyse sur ceux-ci.

Dans le principe, le CNFL ne peut que souscrire à l'objectif de pacification des procédures de divorce dont fait état le projet de réforme.

Il note que, parmi les modifications proposées on retrouve notamment:

- L'abolition de la notion de faute
- L'introduction d'une pension alimentaire de type indemnitaire
- L'introduction de l'autorité parentale conjointe
- L'affectation du logement à la personne qui a la charge des enfants
- L'introduction de la médiation

Avant de présenter son appréciation quant à ces divers éléments, le CNFL aimerait interroger sur la cohérence de la démarche adoptée qui consiste à faire abstraction du mariage, lien qui par le divorce se trouvera dissous. D'emblée, le CNFL précise qu'il regrette l'absence d'une approche globale.

*

LA COHERENCE DE LA DEMARCHE PROPOSEE

Il convient de se demander pourquoi il a été opté pour une réforme du divorce isolée sans l'accompagner d'une réforme du mariage. Il est incontestable que le code civil promulgué en 1804 constitue, quant à la forme, un édifice législatif cohérent. Toutefois, quant au fond, il est tout aussi évident que la codification napoléonienne consacre le modèle patriarcal auquel son initiateur tout comme les membres de la commission chargée de son élaboration étaient attachés. Certes, de nombreuses réformes

sont venues atténuer cette caractéristique. Mais une réelle remise en question des fondements patriarcaux n'a jamais eu lieu.

En droit luxembourgeois, l'actuelle teneur du code civil en ce qui concerne les droits et devoirs des époux remonte aux années 70. Les articles 212 et 214 du code civil disposent:

Art. 212. *Les époux se doivent mutuellement fidélité, secours, assistance.*

Art. 214. *Si le contrat de mariage ne règle pas la contribution des époux aux charges du mariage, ils y contribuent à proportion de leurs facultés respectives.*

Ils s'acquittent de leur contribution par leur travail professionnel ou domestique, par les apports en mariage et par les prélèvements qu'ils font sur leurs biens personnels.

Si l'un des époux s'acquitte de sa contribution par son activité au foyer, l'autre est obligé de lui fournir tout ce qui est nécessaire pour les besoins de la vie, selon ses facultés et son état.

Si l'un des époux ne remplit pas ses obligations, il peut y être contraint par l'autre époux dans les formes prévues à l'article 1011 du Nouveau Code de procédure civile.

Il est indéniable que nous vivons depuis plusieurs décennies un changement des comportements face au mariage. C'est ainsi que le mariage ne représente plus pour les femmes la seule manière de „gagner leur vie“, que l'espérance de vie a fortement augmenté et que les choix d'itinéraires de vie se sont multipliés. L'élément émotif tend à devenir la base principale, sinon exclusive, des relations de couples qui, de par ce fait se font et se défont plus facilement.¹

On note que le nombre des divorces par consentement mutuel est nettement prédominant (2/3) ce qui paraît étayer la thèse selon laquelle les gens seraient capables de gérer leurs relations en personnes adultes.

La question de savoir si le mariage doit rester cette institution patriarcale à laquelle le Code Napoléon la destinait s'impose. Ne faut-il pas prendre acte de la réalité sociale et replacer le mariage dans le contexte actuel, c'est-à-dire un accord entre deux personnes indépendantes et responsables?

Le CNFL soulève la question de savoir si l'objectif de pacification de la rupture du lien conjugal peut être atteint en faisant abstraction des règles régissant le mariage en lui-même. Le CNFL regrette que le mariage soit encore trop souvent perçu comme un engagement, respectivement une garantie de subsistance à vie, alors que cela ne correspond assurément plus à la réalité.

Une approche globale devrait, selon le CNFL, impliquer une réforme du mariage allant dans le sens d'une responsabilisation des individus.

Concrètement, le CNFL estime que, dans un souci de cohérence, l'abolition pure et simple de la faute dans le cadre du divorce devrait aller de pair avec une réforme du mariage. Il lui paraît, en effet incohérent de laisser subsister des devoirs (obligations), alors que le non-respect de ceux-ci ne portera plus à conséquence.

En conséquence, le CNFL est d'avis qu'en absence d'une réforme du mariage, il convient de maintenir la violation des engagements, donc la faute, comme cas d'ouverture du divorce.

*

1

Année	Mariages	Divorces
1980	2.149	582
1990	2.312	759
2000	2.148	1.030
2004	1.999	1.055

Source: Statec

L'ABOLITION DE LA NOTION DE FAUTE EN TANT QUE CAUSE DU DIVORCE

Comme déjà évoqué précédemment, le projet de réforme du divorce fait abstraction complète du mariage. En effet, en son objet principal, le projet de loi préconise l'abolition de la faute en cas de rupture du lien du mariage, alors que, lors de la conclusion de ce lien, les devoirs des époux sont maintenus. Nous nous retrouverons ainsi dans la situation suivante: Le manquement aux devoirs (obligations) auxquels les époux se sont engagés par la conclusion du mariage ne sera pas sanctionné dans le cadre de la procédure de divorce. Autrement dit, les devoirs sont maintenus et leur violation ne constituera plus une cause de divorce. Le recours à la faute étant supprimé en tant que cause de divorce, on peut craindre l'apparition de procédures dans l'après-divorce. Une telle conséquence impliquerait un prolongement des interactions entre ex-époux et ne serait certes pas de nature à pacifier leurs relations.

Il est un fait qu'un certain nombre de couples choisissent la procédure du divorce par consentement mutuel pour des raisons de coût. Cependant, cette procédure présente le désavantage que les personnes en instance de divorce doivent, en tel cas, convenir d'une répartition sur l'après-divorce dans son ensemble.

Alors que les couples sont peut être d'accord sur certains points, ils ne le sont pas forcément sur tous et la seule véritable alternative est, en l'état actuel de la législation, le divorce pour cause déterminée qui vient ainsi toucher des couples qui tout simplement sont en désaccord sur certaines modalités sans pour autant qu'il y ait faute de l'un ou de l'autre.

On peut donc concevoir que l'introduction du divorce pour rupture irrémédiable de la vie conjugale permette d'éviter, en certains cas, aussi bien les consentements forcés que les combats artificiels.

Toutefois, si les devoirs des époux sont maintenus, le CNFL est d'avis que la violation de ces devoirs doit continuer à constituer une cause de divorce. Il remarque que ceci ne fait pas obstacle à l'introduction d'un divorce-constat venant se rajouter aux causes de divorce dont nous connaissons actuellement.

Enfin, le CNFL note que la plupart des législations européennes connaissant du divorce-constat, prévoient une durée minimale de rupture de la vie commune, alors que le projet de loi luxembourgeois, quant à lui ne prévoit pas ce laps de temps propice à accompagner le processus de séparation, d'où le reproche de divorce „répudiation“ souvent évoqué. Le CNFL est d'avis que cet aspect, propice à permettre aux conjoints de régler les conditions de leur séparation, gagnerait à être analysé.

*

L'INTRODUCTION D'UNE PENSION ALIMENTAIRE DE TYPE INDEMNITAIRE

L'art. 265 du projet de loi énonce: „le divorce met fin au devoir de secours prévu par l'art. 212. Toutefois, l'un des époux peut être tenu de verser à l'autre une pension alimentaire, destinée à subvenir à son entretien et à compenser, autant que possible, la disparité que la rupture du mariage crée dans les conditions de vie respectives“.

Le CNFL note que les auteur-e-s préconisent de conférer un caractère indemnitaire (réparer un préjudice) à la pension alimentaire laquelle est depuis la réforme de 1993 purement alimentaire (assurer les besoins vitaux). Le terme „pension alimentaire“ est maintenu. La nouvelle pension alimentaire restera révisable et révocable. Une liste non limitative d'éléments à prendre en compte pour la fixation de cette nouvelle forme de pension alimentaire est proposée. Parmi ces éléments, nous retrouvons notamment „*la situation respective en matière de pensions de retraite*“.

Ce changement de paradigme inquiète fortement le CNFL pour plusieurs raisons.

En premier lieu, le CNFL rappelle que, dans le cadre des procédures de divorce, l'enjeu pécuniaire constitue souvent une source d'envenimement de la procédure. Cet enjeu se trouvera forcément renforcé par la modification préconisée. Ceci ne serait certainement pas de nature à pacifier la procédure.

De même, le CNFL craint que l'attribution d'une compensation ne porte à confusion en donnant à la personne indemnisée l'impression de bénéficier d'une sécurité pécuniaire à long terme. Qui plus est,

les difficultés de recouvrement en matière de pension alimentaire dont nous connaissons déjà actuellement risquent de s'amplifier. Est-il nécessaire de rappeler que ceci met sérieusement en danger les moyens de subsistance de personnes qui se retrouvant dans le besoin risquent de devenir attributaires d'aides sociales à charge de la société? A cela vient s'ajouter que, le caractère indemnitaire n'est certes pas de nature à promouvoir l'autonomie et la responsabilité des personnes concernées. Tout au contraire, le mariage risque d'être perçu comme une garantie, alors que la pension alimentaire continuera à être révisable et révocable.

Le CNFL est persuadé que l'introduction d'une pension alimentaire de type indemnitaire enfoncera les attributaires (principalement des femmes) dans une situation de dépendance économique tout en les empêchant d'assumer leur itinéraire de vie. Puisque ce sont encore toujours majoritairement les carrières des femmes qui présentent des interruptions pour raisons familiales, ce seront les femmes qui resteront dans la majorité des cas les attributaires d'une telle pension.

Enfin, le CNFL s'inquiète fortement de retrouver „*la situation respective en matière de pensions de retraite*“ parmi les éléments à prendre en compte pour la fixation de la nouvelle pension alimentaire.

L'individualisation et le partage (splitting) des droits à pension sont des questions en discussion depuis de nombreuses années. Alors que des réformes en la matière sont annoncées, le CNFL ne peut adhérer à l'approche consistant à envisager une solution au problème dans le cadre de la réforme du divorce. Dans ce contexte, il réitère ses revendications en la matière:

Le CNFL est d'avis qu'une réforme de l'assurance pension s'impose. Il précise qu'une telle réforme devra nécessairement aller dans le sens d'une individualisation des droits, donc créer des droits directs indépendants de tout lien conjugal.

Il est évident qu'un tel modèle devra inclure un système de cotisations obligatoires.

Au Grand-Duché de Luxembourg, les couples bénéficient d'un taux d'imposition avantageux. Etant entendu que des mesures accompagnatrices seraient à envisager dans le cadre de la réforme préconisée par le CNFL, il serait d'ores et déjà concevable que les économies résultant de notre système d'imposition soient affectées aux cotisations individuelles à introduire.

A ce sujet, il est renvoyé à l'„Etude descriptive et comparative de la situation des femmes et des hommes dans le système de la sécurité sociale et de la fiscalité“.²

La différence d'impôts accordée à un-e adulte marié-e dont l'époux/l'épouse ne travaille pas pourrait être utilisée pour financer le maintien de la personne abandonnant son activité professionnelle dans le système de la sécurité sociale et ainsi permettre la constitution de droits personnels. Le CNFL est persuadé qu'une telle réforme serait de nature à pacifier le processus de rupture au sein des couples.

Plus particulièrement, le partage des droits en cas de divorce destiné à corriger les défauts du système actuel, est à concevoir comme mesure exclusivement transitoire.

Il est évident que cette mesure devra être contraignante³. Le CNFL insiste à ce que le partage des droits en cas de divorce soit inséré au Code des Assurances Sociales.

Le CNFL a toujours fait valoir que l'option consistant à insérer cette mesure au Code Civil représenterait une simple ouverture à réclamer une compensation comparable à l'actuelle pension alimentaire et non pas la constitution d'un droit propre dans le chef de l'ex-époux ayant réduit, voire interrompu sa carrière professionnelle. Si besoin en était, le projet de loi No 5155 confirme cette crainte en ce qu'il attribue un pouvoir d'appréciation au juge et ne confère donc aucun droit concret.

Des changements structurels sont nécessaires pour sortir les femmes de la dépendance, soit du partenaire, soit de l'Etat.

Le CNFL souligne que, dans son avis⁴, le Conseil d'Etat exprime une préoccupation similaire dans les termes suivants: „ni la question de l'individualisation des droits ni celle du partage des droits en matière d'assurance pension ne sont prêtes à être résolues dans un proche avenir“.

*

2 Etude descriptive et comparative de la situation des femmes et des hommes dans le système de la sécurité sociale et de la fiscalité – projection vers un système d'individualisation des droits sociaux et fiscaux – octobre 2000 – Ministère de la Promotion Féminine et Conseil National des Femmes Luxembourgeoises – ISBN 2-919876-35-X

3 voir réponse du Ministre de la Santé et de la Sécurité sociale à la question parlementaire No 950 du 23 février 2006 de Madame le Député Lydia Mutsch

4 Document parlementaire – No 5155²

L'INTRODUCTION DE L'AUTORITE PARENTALE CONJOINTE

Le projet de loi portant réforme du divorce ouvre la possibilité aux parents d'opter pour l'autorité parentale conjointe. Les modalités sur lesquelles les parents s'accordent ne doivent ni être contraires aux intérêts des enfants ni être contraires à l'ordre public.

Le CNFL note que les auteur-e-s préconisent l'introduction de l'autorité parentale conjointe en tant que notion d'exception. Cela signifie que la rupture du lien conjugal continuera, en principe, à entraîner la rupture du lien de responsabilité parentale dans le chef d'un parent.

Le CNFL se prononce en faveur d'un renforcement de la responsabilité parentale par le maintien de principe de l'autorité parentale conjointe des parents divorcés. Toutefois, il insiste à ce que des modalités pragmatiques et efficaces soient introduites afin de prévenir les blocages abusifs dans l'exercice de l'autorité parentale dont pourrait user un des parents dans le but exclusif de bloquer les situations et de se venger sur la personne qui se serait vue attribuer le droit de garde. En effet, il semble évident que la suppression de la notion de faute dans la procédure de divorce ne permettra pas d'éliminer les ressentiments subjectifs entre ex-époux qui risquent de se répercuter sur les enfants.

*

L'AFFECTATION DU LOGEMENT A LA PERSONNE QUI A LA CHARGE DES ENFANTS

Le projet de loi propose l'introduction d'une nouvelle disposition en ce qui concerne le logement familial. Il préconise d'accorder à la/au juge du divorce la possibilité de donner à bail le logement familial qui appartient en propre à l'un des époux à celui des époux ayant obtenu la garde des enfants. En tel cas, le tribunal fixera la durée du bail qui pourra être renouvelé jusqu'à la majorité du plus jeune des enfants. Le bail pourra être résilié si des circonstances nouvelles le justifient.

La nouvelle mesure concerne exclusivement les cas dans lesquels le logement familial appartient en propre à l'un des époux. Suivant l'exposé des motifs, cette nouvelle mesure vise à pacifier les relations familiales des époux et des enfants. Le CNFL doute fortement de cette présumée pacification. Il est d'avis que le contraire risque plutôt d'advenir. La source de conflits que constitue actuellement l'attribution de la garde des enfants pourrait s'en trouver fortement accentuée. Il est, en effet fort à craindre que les enfants deviennent les otages dans la lutte pour le logement, puisque c'est celui qui se verra attribuer la garde des enfants qui pourra user du logement.

Qui plus est, s'il y a effectivement eu un mariage tumultueux avec éventuellement des violences physiques ou psychiques, il n'y a pas d'argument psychologique ou pédagogique qui justifierait un maintien de la résidence des enfants dans une habitation peinte dans les couleurs de la haine et de l'agressivité. Un déménagement vers un nouveau logement constituera, en tel cas, un bon démarrage pour une vie meilleure, surtout et avant tout pour le bien-être des enfants.

Toutefois, le CNFL conçoit qu'une affectation préférentielle de courte durée (p. ex. d'une année) du logement familial pourrait se justifier au cas où l'attributaire se trouverait confronté-e à des problèmes graves susceptibles de rendre impossible un déménagement immédiat.

*

L'INTRODUCTION DE LA MEDIATION

Parmi les mesures provisoires dans le cadre du „divorce pour rupture irrémédiable des relations conjugales“, il est préconisé que le juge puisse proposer une mesure de médiation aux époux.

Le CNFL attire l'attention sur le fait que la médiation nécessite le libre consentement des parties ainsi que leur pleine capacité de décider. Etant donné que la médiation est un processus dont le parcours ne peut être fixé dans un cadre temporel déterminé, le CNFL est d'avis qu'il est paradoxal d'introduire la médiation au moment où des personnes adultes ont fait le constat de l'échec de leur relation.

Beaucoup de couples en situation de crise familiale consultent les services psychosociaux existants ou ont recours à la médiation avant d'entamer une procédure de divorce. Les personnes qualifiées travaillant dans les services psychosociaux (psychologues, assistant-e-s sociales/sociaux, ...) disposent, de par leur formation, des outils de la communication et de la déontologie favorisant la libre expression

de la personne et la recherche de solutions adaptées aux besoins et au profil des personnes. Le CNFL doute que l'intervention d'autres professionnels (exemple art. 246: notaires) pourra remplacer ces services.

Le CNFL considère que l'option d'avoir recours à la médiation familiale doit rester du ressort exclusif des personnes concernées, indépendamment de toute procédure judiciaire.

Luxembourg, le 23 octobre 2006

Service Central des Imprimés de l'Etat

5155/05

N° 5155⁵

CHAMBRE DES DEPUTES

Session ordinaire 2006-2007

PROJET DE LOI

portant réforme du divorce

* * *

SOMMAIRE:

	<i>page</i>
1) Avis du Comité du Travail Féminin sur le projet de loi (21.12.2006).....	1
2) Avis du Comité du Travail Féminin sur le modèle d'un partage fonctionnel/Individualisation des droits (21.12.2006).....	3

*

**AVIS DU COMITE DU TRAVAIL FEMININ
SUR LE PROJET DE LOI**

(21.12.2006)

Le Comité du Travail Féminin (CTF) a pris connaissance du projet de loi portant réforme du divorce. Considérant que les modifications projetées en matière de pension alimentaire entrent dans son domaine de compétence, il a chargé sa commission „égalité de traitement en matière de sécurité sociale“ de l'élaboration d'un avis portant sur cet aspect.

Le présent avis, adopté en date du 21 décembre 2006 traitera exclusivement de la question de la pension alimentaire. Parallèlement, le CTF émet une prise de position, à la lumière des récentes évolutions, dans le domaine de l'individualisation de droits à pension.

*

LA PENSION ALIMENTAIRE

Le CTF note que le projet de loi No 5155 portant réforme du divorce préconise des modifications substantielles dans le domaine de la pension alimentaire.

Le code civil, en sa teneur actuelle dispose:

Art. 300. (1) *Le tribunal qui prononce le divorce pourra imposer à l'une des parties l'obligation de verser à l'autre une pension alimentaire.*

(2) *La pension alimentaire devra répondre aux besoins du créancier et être proportionnée aux facultés de la partie tenue à l'obligation.*

(3) *Aucune pension alimentaire ne sera due à la partie aux torts exclusifs de qui le divorce a été prononcé ou qui vit en communauté de vie avec un tiers.*

Sont présumées vivre en communauté de vie les personnes qui vivent dans le cadre d'un foyer commun.

(4) *La pension alimentaire sera toujours révisable et révocable. Elle sera révoquée dans les cas où elle cesserait d'être nécessaire. Elle ne sera plus due d'office en cas de remariage du créancier à partir du 1er mois suivant celui du remariage. Elle ne sera plus due sur demande en cas de communauté de vie du créancier avec un tiers.*

(5) *La créance d'aliment pourra faire l'objet d'une transaction ou d'une renonciation. Les conventions intervenues entre époux seront valables tant que durera dans le chef du créancier ou du débiteur la situation en considération de laquelle elles auront été conclues.*

(6) *Lorsqu'il y a lieu à allocation d'une pension alimentaire, le juge pourra autoriser le bénéficiaire à percevoir, à l'exclusion de son ex-conjoint et sans préjudice des droits des tiers, les revenus de celui-ci, les produits de son travail comme les pensions et rentes lui revenant et toutes autres sommes qui lui seraient dues par des tiers dans les proportions qu'il indique et dans les conditions qu'il fixe. Cette décision est sujette à révision en cas de changement de circonstances.*

Suivant l'exposé des motifs, c'est dans un souci d'équité qu'il est proposé de remplacer le caractère alimentaire (subvenir aux besoins élémentaires) attaché actuellement à la pension alimentaire, par un caractère indemnitaire (compenser les disparités résultant de la rupture du mariage).

Si le CTF ne peut que rejoindre les auteur-e-s du projet de loi en leur considération qu'un nombre important de personnes, dont principalement des femmes, se retrouvent dans des situations précaires suite à la rupture du lien conjugal, il doute néanmoins que les modifications proposées soient de nature à apporter une solution à ce problème.

Le CTF est d'avis que la réforme du droit du divorce devrait prendre en considération les conséquences qu'elle est susceptible d'induire notamment sur l'activité professionnelle des femmes. Alors que le G.-D. de Luxembourg présente un taux d'activité professionnelle féminin encore toujours fort modeste, le fait de conférer un caractère indemnitaire à la pension alimentaire risque de donner l'illusion que, même en cas de dissolution, le mariage constitue une garantie de subsistance indépendamment de toute activité professionnelle.

Il est évident que tel n'est pas le cas.

En effet, lors de la fixation du montant de la pension alimentaire, le tribunal continuera à prendre en compte la situation respective des époux et la pension alimentaire restera révisable et révocable. Le CTF craint notamment que les difficultés de recouvrement fréquentes en la matière s'amplifient. Dans ce même ordre d'idées, le CTF redoute un accroissement des difficultés liées à la liquidation de la communauté laquelle tarde souvent à produire ses effets durant de longues années.

En considération de quoi, le CTF est d'avis que le caractère alimentaire gagnerait à être maintenu. Il plaide pour une responsabilisation des individus. Selon le CTF, il n'appartient pas au législateur de sanctionner, à la rupture du contrat, les choix opérés par les parties avant cette rupture.

Toutefois, le CTF, parfaitement conscient du fait que ces choix sont bien souvent subis et non librement choisis, recommande une approche volontariste. Il est, à son sens, indispensable de concevoir des politiques publiques faisant oeuvre pédagogique en diffusant très tôt aux femmes et aux hommes toutes les informations qui leur permettent de mieux connaître les risques auxquels elles/ils sont exposé-e-s afin de leur permettre de mieux gérer et anticiper.

Dans ce cadre le CTF désire rappeler l'importance des mesures d'aide à la reprise d'un emploi pour les parents qui ont interrompu leur carrière professionnelle. Il insiste sur l'importance de soutenir un processus de responsabilisation des individus et de promouvoir une société égalitaire.

D'autre part, c'est avec grande inquiétude que le CTF retrouve, parmi les éléments proposés en vue de la fixation du montant de l'éventuelle pension alimentaire „*la situation respective en matière de pensions de retraite*“.

Le CTF a, à maintes reprises, fait part de ses recommandations dans le domaine de l'assurance pension. Les considérations qui suivent seront limitées au partage des droits à pension qui en constitue un élément.

L'option consistant à inclure „*la situation respective en matière de pensions de retraite*“ ne peut être approuvée par le CTF. Est-il nécessaire de rappeler que le caractère éminemment précaire de la pension alimentaire ne permet aucune constitution de droits propres? Le CTF maintient que le partage des droits à pension en cas de divorce doit être rendu d'ordre public.

Dans ce sens, il insiste à ce qu'une disposition afférente soit reprise au Code des Assurances Sociales. Le CTF rappelle que la mission du tribunal civil statuant en matière de divorce ne saurait inclure des éléments relevant du domaine de la sécurité sociale.

Pour conclure, le CTF rappelle que le partage obligatoire des droits à pension en cas de divorce doit être conçu comme mesure exclusivement transitoire dans l'attente d'une réforme introduisant l'individualisation des droits à pension.

Luxembourg, le 21 décembre 2006

La Présidente,
Elisabeth WEBER

La Secrétaire,
Fabienne ROSSLER

*

**AVIS DU COMITE DU TRAVAIL FEMININ
SUR LE MODELE D'UN PARTAGE FONCTIONNEL/
INDIVIDUALISATION DES DROITS**

(21.12.2006)

En date du 17 octobre 2006, le CTF s'est vu présenter les conclusions du groupe de travail interministériel chargé d'analyser la question de l'individualisation des droits à pension.

Ces conclusions se présentent sous forme d'une analyse d'un „modèle de partage fonctionnel des droits“.

En date du 22 novembre 2006, le CTF a chargé sa commission „égalité de traitement en matière de sécurité sociale“ de l'examen du modèle proposé.

Le présent document reprend les conclusions de cet examen telles qu'adoptées en date du 21 décembre 2006.

*

INTRODUCTION

Les réflexions engagées depuis de nombreuses années visent à apporter une solution équitable et viable aux problèmes auxquels se trouvent confrontées un grand nombre de personnes suite à un divorce. En l'occurrence, l'objectif principal consiste à concevoir un système d'assurance pension apte à éviter que le conjoint ayant interrompu, voire réduit son activité professionnelle, se retrouve dans une situation précaire en ce qui concerne son accès à la pension de vieillesse ou d'invalidité suite au divorce.

Au fil des années plusieurs mesures ponctuelles sont venues sensiblement atténuer le problème en ouvrant accès à des droits directs dans le chef de la personne qui se consacre à l'éducation des enfants.

Toutefois, aucune solution globale n'a, jusqu'à ce jour, été présentée et le problème initial subsiste.

Dès sa constitution, le CTF s'est saisi du dossier et a émis une série d'avis dans ce cadre.

Sans détailler les travaux du CTF de ces vingt dernières années en la matière, il peut sembler utile d'actualiser quelques données documentées dans son avis du 30 mars 2001¹ avant d'aborder l'analyse du modèle de partage fonctionnel.

*

¹ Avis du Comité du Travail Féminin – L'individualisation des droits sociaux

I. CONTEXTE ACTUEL

A. Taux de nuptialité et taux de divortialité

<i>Année</i>	<i>Mariages</i>	<i>Divorces</i>
1980	2.149	582
1990	2.312	759
2000	2.148	1.030
2004	1.999	1.055

Dans son avis du 30 mars 2001, le CTF attirait l'attention sur l'évolution tant du taux de nuptialité que de celui de divortialité. Les chiffres actuels confirment les tendances dont il a été fait état en 2001, à savoir une baisse du taux de nuptialité et une hausse du taux de divortialité.

B. Taux d'activité féminin

Au Luxembourg, le taux d'activité féminin est passé de 50,1% à 53,7% entre 2000 et 2005 (source EUROSTAT).

Le CTF note que le travail à temps partiel de même que les interruptions de carrières continuent à se conjuguer au féminin. Dans ce contexte, il est intéressant de relever que selon une étude éditée en 2003² „*Les interruptions de carrière ne sont pas systématiquement suivies d'une reprise d'activité. Une part non négligeable de ces interruptions se solde par des retraits définitifs du marché du travail*“.

On peut avancer que le constat qu'un „*nombre important de femmes n'a pas d'assurance propre pendant de très longues périodes*“ établi par le CTF en 2001 reste d'actualité.

C. Situation sociale des femmes

Au vu des récents chiffres, force est de constater que la situation sociale des femmes continue à se caractériser par une plus grande vulnérabilité que celle des hommes.

Montant moyen des pensions par catégorie de pension
(Source IGSS – rapport général sur la sécurité sociale 2005, page 303)

		<i>Montant moyen</i>		
<i>AVI</i>		<i>2004</i>	<i>2005</i>	<i>Variation en %</i>
Pension de vieillesse	Hommes	1.293,62	1.346,56	4,1
	Femmes	671,64	706,79	5,2
Pension de conjoint	Hommes	504,39	522,48	3,6
	Femmes	1.046,28	1.082,25	3,4
<i>CPEP</i>				
Pension de vieillesse	Hommes	2.703,77	2.800,83	3,6
	Femmes	1.399,94	1.474,09	5,3
Pension de conjoint	Hommes	721,17	755,87	4,8
	Femmes	1.855,19	1.924,75	3,7
<i>CPACI</i>				
Pension de vieillesse	Hommes	2.261,62	2.371,78	4,9
	Femmes	1.078,54	1.153,35	6,9

2 Les carrières professionnelles des femmes – Ministère de l'Égalité des chances 2005 – ISBN 2-919876-66-X

		<i>Montant moyen</i>		
<i>CPACI</i>		<i>2004</i>	<i>2005</i>	<i>Variation en %</i>
Pension de conjoint	Hommes	634,41	670,34	5,7
	Femmes	1.368,29	1.442,98	5,5
<i>CPA</i>				
Pension de vieillesse	Hommes	1.265,58	1.323,93	4,6
	Femmes	1.194,36	1.253,25	4,9
Pension de conjoint	Hommes	1.034,86	1.097,56	6,1
	Femmes	1.128,41	1.180,33	4,6
<i>Toutes</i>				
Pension de vieillesse	Hommes	1.694,30	1.769,22	4,4
	Femmes	970,12	1.025,45	5,7
Pension de conjoint	Hommes	667,11	696,10	4,3
	Femmes	1.223,29	1.269,54	3,8

- 35% des pensions de vieillesse des hommes payées par la CPEP se situent entre 3.200 et 3.999 € alors que la concentration des tranches de montants de pensions de vieillesse les plus payées se situent entre 600 et 1.399 € pour les femmes affiliées auprès de la CPEP avec 45%;
- 25% des pensions de survie payées à des femmes par la CPEP se concentrent sur les montants de 2.400 à 2.899 €;
- dans le régime des ouvrières, 5 (!) femmes sur 9.549 touchent une pension de vieillesse entre 3.000 et 3.299 €, alors que ce sont 7,1% (= 2.321) des hommes qui touchent une pension de vieillesse se situant entre 3.000 et 4.899 €;
- au plafond cotisable de 7.000 € pour le régime privé, on constate une forte accumulation d'assurés masculins.

*

II. ANALYSE DU MODELE DE PARTAGE FONCTIONNEL

A. Quant au principe

D'emblée, le CTF note que, dans ses conclusions, le groupe de travail interministériel concentre son analyse sur un modèle de partage et non pas sur un modèle d'individualisation.

Il importe au CTF de rappeler que le partage des droits à pension en cas de divorce ne saurait, à lui seul, apporter une solution adéquate. En effet, de l'avis du CTF, le partage des droits à pension ne peut que constituer une mesure transitoire destinée à atténuer autant que faire se peut les effets du système actuel. Il lui semble évident que seule une réforme substantielle instaurant l'Individualisation des droits est susceptible de solutionner le problème.

B. Le partage fonctionnel des droits à pension

Le CTF note que le modèle de partage présenté consiste en un partage systématique des droits à pension indépendamment de la survenance d'un divorce. Il remarque que l'application du modèle à des exemples types semble indiquer que les couples sans divorce se trouveraient défavorisés par l'instauration du partage. Etant donné que, selon la conception du CTF, le partage constitue une mesure exclusivement transitoire destinée à disparaître dès que le système individualisé produira ses effets pour l'ensemble de la population, le CTF maintient que le partage devra uniquement s'appliquer en cas de divorce.

En outre, le CTF insiste à nouveau à ce que ce partage en cas de divorce ait un caractère obligatoire. En tel cas, il est indispensable que le partage figure au Code des Assurances Sociales et que les pro-

noncés de divorce soient communiqués aux organismes de la sécurité sociale afin que le partage puisse être opéré.

Enfin, le CTF aimerait attirer l'attention sur le fait que le modèle n'apporte aucune solution pour les couples au sein desquels un des époux n'a jamais été actif sur le marché du travail. Bien que la tendance générale semble indiquer que de telles situations vont en se raréfiant, une solution devra tout de même absolument y être apportée.

*

III. CONCLUSION

Le CTF se félicite que le Gouvernement luxembourgeois entend apporter une solution aux problèmes en la matière. Le modèle de partage fonctionnel constitue, à son sens, une base permettant de poursuivre la réflexion engagée.

Les simulations appliquées à des cas types font apparaître que des aménagements du modèle seront nécessaires.

Comme relevé ci-avant, le CTF est d'avis que le partage devra être appliqué uniquement en cas de divorce par son inscription au Code des Assurances Sociales.

Finalement, le CTF encourage fortement le Gouvernement à envisager, parallèlement à cet aménagement ponctuel qu'est le partage des droits, une réforme globale en instaurant un système individualisé basé sur un régime professionnel contributif.

Outre le fait qu'une telle réforme permettra, par l'introduction de cotisations obligatoires, la constitution de carrières individuelles pour tous et toutes, elle soutiendra le processus de pérennisation d'un système de sécurité sociale à long terme.

Luxembourg, le 21 décembre 2006

La Présidente,
Elisabeth WEBER

La Secrétaire,
Fabienne ROSSLER

Service Central des Imprimés de l'Etat

5155/07

N° 5155⁷

CHAMBRE DES DEPUTES

Session ordinaire 2008-2009

PROJET DE LOI

portant réforme du divorce

* * *

SOMMAIRE:

	<i>page</i>
<i>Amendements adoptés par la Commission juridique</i>	
1) Dépêche du Président de la Chambre des Députés au Président du Conseil d'Etat (13.5.2009).....	1
2) Texte coordonné.....	12

*

**DEPECHE DU PRESIDENT DE LA CHAMBRE DES DEPUTES
AU PRESIDENT DU CONSEIL D'ETAT**

(13.5.2009)

Monsieur le Président,

Me référant à l'article 19 (2) de la loi du 12 juillet 1996 portant réforme du Conseil d'Etat et à la demande de la Commission juridique, j'ai l'honneur de vous soumettre ci-après une série d'amendements relative au projet de loi mentionné sous rubrique.

Je joins, à toutes fins utiles, en annexe un texte coordonné reprenant les amendements (figurant en caractères soulignés) tels que proposés par la Commission juridique.

*

I. OBSERVATIONS**a) Le divorce par consentement mutuel***– la deuxième comparution*

Le projet de loi sous rubrique propose d'abolir la deuxième comparution devant le président du tribunal compétent au motif que „*les époux sont parfaitement informés avant d'entamer leur procédure de divorce par consentement mutuel, des conséquences de leur action*“, de sorte qu'il est inutile de continuer à prévoir deux comparutions personnelles des époux. Ainsi, le divorce pourrait être prononcé à l'issue d'une audience unique avec le juge.

Il convient de relever que le délai entre les deux comparutions, qui est actuellement de six mois, permet aux époux de s'assurer de la bonne exécution des mesures arrêtées dans la convention, qui est susceptible de révision en cours de procédure.

La Commission juridique propose de maintenir le principe de la double comparution, tout en prévoyant que le juge compétent peut dispenser les époux d'une deuxième comparution au cas où ceux-ci le demandent et lorsqu'il n'y a pas de mesures accessoires à régler.

– l'homologation de la convention de divorce

Le projet de loi sous examen prévoit que le juge peut refuser l'homologation de la convention de divorce lui soumise par les époux, lorsqu'il estime que celle-ci ne préserve pas suffisamment les intérêts

des enfants ou de l'un des époux. En cas de refus d'homologation, les parties ont un délai de six mois pour présenter une nouvelle convention.

Il est rappelé que la convention de divorce constitue un ensemble négocié par les époux dont les dispositions peuvent ne pas sembler équilibrées à première vue, sans que cela signifie nécessairement que l'intérêt de l'un des conjoints n'ait pas été pris suffisamment en considération. Un déséquilibre au niveau des mesures fixées dans la convention peut être compensé par les attributions faites au niveau de la liquidation de la communauté par exemple.

Il est encore souligné qu'à l'heure actuelle, le juge est tenu de contrôler, entre autres, si la convention n'heurte pas l'ordre public. Il ne semble pas opportun aux membres de la commission de pousser le contrôle plus loin, du moins en ce qui concerne les dispositions conventionnelles relatives aux conjoints eux-mêmes, et ce en vertu du principe de l'autonomie de la volonté. Par contre, une immixtion plus accrue du juge dans les accords des parties concernant les dispositions relatives aux enfants est souhaitable au nom de la protection de l'intérêt de l'enfant.

En cas de refus de l'homologation, les époux peuvent présenter de suite une nouvelle convention. Il est important de ne pas ralentir inutilement la procédure.

– les mesures provisoires ordonnées par le juge

Les membres de la Commission juridique ont du mal à suivre le raisonnement des auteurs du projet de loi lorsqu'ils prévoient la possibilité pour le juge de prendre des mesures provisoires jusqu'à la date à laquelle le jugement de divorce est coulé en force de chose jugée, voire de proposer une médiation au cas où l'homologation est refusée.

Ils rappellent que dans le cadre d'un divorce par consentement mutuel, les parties arrêtent les mesures qui s'appliquent, tant pendant la procédure de divorce, qu'une fois le divorce définitivement prononcé.

Quant à la médiation, elle est inutile dans le cadre d'un divorce par consentement mutuel, les parties ayant d'ores et déjà négocié leur accord.

Il est encore précisé que le juge examine la demande en divorce et la convention en présence des époux. Si le juge estime que la convention ne prend pas suffisamment en compte les intérêts de l'enfant, il doit en informer les époux qui pourront prendre position par rapport à ce point. Dans la mesure où le juge peut refuser d'homologuer la convention et, partant, de prononcer le divorce entre époux, il est important que le refus soit précédé d'un débat contradictoire. Si le magistrat persiste dans son refus d'homologuer la convention, les époux ont, d'après la version amendée du projet de loi, le choix: soit ils présentent une nouvelle convention, soit ils font appel de la décision de justice.

b) La procédure de divorce

– le mode de saisine du juge

Le projet de loi sous rubrique innove également au niveau procédural sur plusieurs points. Il réintroduit une phase préliminaire et le mode de saisine du juge se fait, quelque soit le type de divorce envisagé, par voie de requête avec convocation par le greffe, l'assignation n'étant envisageable que dans un deuxième temps.

D'après les auteurs du projet de loi sous examen, ces changements favoriseraient la pacification des relations conjugales des époux et devraient permettre d'aboutir plus facilement à un consensus.

Il convient de noter que la procédure de divorce telle que proposée ne rencontre guère l'approbation des praticiens du droit. Ceux-ci font valoir, non sans raison, que la procédure de divorce telle qu'elle existe actuellement a fait ses preuves et ne rencontre pas de critiques majeures de la part des parties concernées. Il est rappelé dans ce contexte que la procédure de divorce a été remaniée de manière assez substantielle par la loi du 27 juillet 1997 respectivement celle du 3 août 1998. La principale innovation a consisté à l'époque à abandonner justement la phase préliminaire et à introduire le divorce, comme toute autre affaire civile ordinaire, par le biais d'une assignation.

Le Conseil d'Etat, dans son avis du 16 mars 2004, souligne d'ailleurs que „l'expérience a montré (...) que la procédure des notifications et convocations par voie de greffe est plus longue que celle des assignations et que cette procédure présente de graves inconvénients en cas de changement d'adresse. Un alourdissement de la procédure est à craindre.“

La Commission juridique doit constater que l'introduction du divorce par voie d'assignation n'a jamais constitué un obstacle à l'entente des conjoints. La procédure d'assignation ne saurait dès lors être considérée comme contraire à l'objectif de pacification.

Au vu de ce qui précède, les membres de la Commission juridique proposent de maintenir la procédure actuelle d'introduction d'une demande en divorce, à savoir l'assignation. De plus, il est proposé que l'assignation peut contenir les demandes relatives aux mesures provisoires à prendre.

– *la comparution des parties devant le juge*

Quant à la comparution des parties devant le juge aux fins de conciliation, celle-ci risque de „*compliquer un système où les parties sont avant tout intéressées à voir régler aussi rapidement que possible les mesures provisoires.*“ Bien que le système soit idéal dans sa conception, comme le fait remarquer le Président de la Chambre du Divorce du Tribunal d'Arrondissement de Luxembourg dans son avis du 8 mars 2004, il est „*difficilement réalisable en pratique au regard du nombre de demandes de divorce introduites et du délai raisonnable endéans lequel les parties peuvent du moins espérer voir régler les mesures provisoires.*“

Les membres de la Commission juridique estiment que la comparution des parties devant le juge doit rester facultative. Par ailleurs, comme l'observe encore le Président de la Chambre du Divorce du Tribunal d'Arrondissement de Luxembourg, „*tout début de procédure est plus ou moins conflictuel, de sorte qu'il est plus judicieux d'ordonner une comparution à un stade ultérieur de la procédure lorsque les parties sont plus disposées à trouver des compromis.*“

– *l'entretien personnel du juge avec chacune des parties*

D'après le projet de loi sous examen, le juge s'entretient personnellement avec chacun des époux séparément avant de les réunir en sa présence. Les avocats, s'il y a lieu, sont ensuite appelés à assister et à participer à l'entretien. Lorsque l'époux défendeur conteste le caractère de rupture irrémédiable des relations conjugales des époux, le juge peut, afin de donner aux époux l'occasion de se concilier, renvoyer la cause à une nouvelle audience fixée dans un délai maximum de trois mois renouvelable pour une durée ne pouvant de nouveau excéder trois mois.

A l'instar du Président de la Chambre du Divorce du Tribunal d'Arrondissement de Luxembourg, la Commission juridique est d'avis que le juge ne doit, à ce stade initial de la procédure, s'intéresser qu'aux mesures à prendre durant l'instance. Il n'a pas à rechercher si en l'espèce la cause d'ouverture du divorce est donnée ou non.

– *la représentation des parties devant le juge*

Les membres de la commission partagent l'avis de l'Ordre des Avocats du Barreau de Luxembourg en ce qui concerne la représentation des parties devant le juge.

Les époux doivent pouvoir, à tout moment de la procédure, être assistés par le mandataire de leur choix, y compris lors d'une comparution devant le juge. Il ne faut pas non plus oublier dans ce contexte que toute comparution devant une juridiction est exceptionnelle pour le citoyen qui se sent souvent plus rassuré s'il est assisté par son avocat.

Il échet encore d'ajouter qu'actuellement lorsque le juge estime nécessaire d'ordonner une comparution des parties, les avocats présents ne prennent en principe la parole qu'en cas de nécessité et lorsqu'ils y ont été préalablement autorisés par le juge. La présence des avocats ne porte dès lors en rien préjudice à la mission de conciliation du juge, bien au contraire, leur présence peut s'avérer très utile pour le juge. Il ne faut en effet pas sous-estimer le rôle des avocats lors d'une phase de conciliation. Comme le souligne à juste titre le Président de la Chambre du Divorce du Tribunal d'Arrondissement de Luxembourg dans son avis „*Ils (les avocats) conseillent souvent leurs clients à chercher des compromis plutôt que de vouloir continuer à se livrer bataille.*“

A noter que pour le Conseil d'Etat, il est également plus judicieux d'associer l'avocat à tous les stades de la procédure.

La Commission juridique ne peut que se rallier aux considérations ci-avant.

– *les compétences respectives du juge des référés et du juge du fond*

Il convient de constater que le projet de loi ne distingue plus entre les compétences respectives du juge des référés et du juge du fond. En effet, le projet sous rubrique donne compétence au président

du tribunal civil d'arrondissement pour connaître de la demande en divorce, juge qui peut, aux termes de l'article 245 du Code civil proposé, également „prescrire les mesures nécessaires pour assurer l'existence des époux ainsi que celle des enfants jusqu'à la date à laquelle le jugement prend force de chose jugée.“

Le Conseil d'Etat, dans son avis du 16 mars 2004, recommande de manière générale de préciser le magistrat visé. Concernant les mesures provisoires, il déplore le caractère flou et vague des nouvelles dispositions prévues qui ne sauraient à ses yeux valablement remplacer l'actuelle procédure de référé. Le Conseil d'Etat s'oppose en tout cas formellement à leur adoption.

Le Président de la Chambre du Divorce du Tribunal d'Arrondissement de Luxembourg s'est, quant à lui, demandé, si le fait pour les auteurs du projet de loi de ne plus faire de distinction entre les différentes compétences était délibéré, auquel cas se pose la question de la mise en place d'un juge spécialisé dans les affaires matrimoniales.

Les membres de la Commission juridique proposent, à défaut d'une juridiction spécialisée compétente pour toutes les questions ayant trait à la famille, au mariage et partant au divorce, le maintien du système procédural actuel qui opère une distinction entre les compétences relevant du juge des référés et celles appartenant au juge du fond.

c) L'autorité parentale

Le projet de loi prévoit la possibilité pour les parents d'opter pour l'autorité parentale conjointe dans le cadre du divorce. En cas de désaccord, il appartiendra au tribunal de trancher la question en attribuant l'autorité parentale à un seul parent.

Le Président de la Chambre du divorce du Tribunal d'Arrondissement de Luxembourg s'est demandé dans son avis du 8 mars 2004, si en cas de désaccord, „il n'y a pas lieu d'instituer en principe également l'autorité parentale conjointe, sauf circonstances spéciales à établir par celui qui entend se voir confier l'autorité à titre exclusif, et à fixer la résidence habituelle auprès de l'un des époux et à accorder à l'autre un droit de visite et d'hébergement.“

Le Conseil de l'Ordre des Avocats du Barreau de Luxembourg et le Conseil d'Etat vont plus loin et se prononcent dans leurs avis respectifs pour un droit commun à l'autorité parentale regroupant l'ensemble des règles relatives à l'exercice de l'autorité parentale. Ces règles devraient s'appliquer à tous les enfants quelles que soient les circonstances de leur naissance et à tous les parents indépendamment de leur statut de couple.

La Commission juridique, à l'instar du Conseil d'Etat, estime que la réforme devrait s'inscrire dans une perspective plus large. L'exercice privatif de l'autorité parentale au profit d'un seul parent, le plus souvent la mère, est en effet contraire à l'intérêt de l'enfant, qui exige un partage équitable de l'autorité parentale entre les père et mère, et crée une inégalité injustifiable entre les parents.

Les membres de la commission estiment cependant qu'il y aurait lieu de réformer le volet relatif à l'autorité parentale par l'intermédiaire d'un texte de loi séparé. Ainsi, la commission s'est contentée d'apporter uniquement quelques changements au projet de loi en s'inspirant de la proposition de loi portant réforme du droit de la filiation et instituant l'exercice conjoint de l'autorité parentale¹ déposée par Madame la Députée Marie-Josée Frank et Monsieur le Député Laurent Mosar en date du 14 mars 2006. Cette proposition de loi introduit le principe de l'exercice conjoint des responsabilités parentales dans le chef des deux parents qu'ils soient mariés ou non, séparés ou divorcés. Il serait dès lors opportun que la proposition de loi précitée et les amendements parlementaires ci-après soient avisés en même temps, respectivement que la proposition de loi 5553 et le texte sous rubrique soient adoptés simultanément.

d) Le caractère compensatoire de la prestation à allouer après divorce et ses implications au niveau des droits à pension à une pension de vieillesse

Actuellement, la pension alimentaire allouée à l'un des époux après le divorce a un caractère purement alimentaire. Son seul but est d'assurer la subsistance du conjoint divorcé qui ne peut s'adonner à un travail rémunéré ou qui se trouve dépourvu de ressources propres. Le secours pécuniaire de l'actuel

¹ Doc. parl. 5553

article 300 du Code civil dépend partant exclusivement de l'état de besoin du créancier d'aliments et n'a pas pour objet de réparer une situation de disparité économique causée par le divorce.

Les auteurs du projet de loi sous rubrique ont estimé que le secours pécuniaire après divorce ne devrait pas uniquement se limiter à permettre à un conjoint de subvenir à ses besoins, mais qu'il devrait également indemniser, dans une certaine mesure, les inconvénients économiques que la rupture du mariage crée dans de nombreuses situations.

Le Conseil d'Etat s'oppose dans son avis du 16 mars 2004 „à créer un secours alimentaire à caractère mixte tant alimentaire qu'indemnitaire qui viserait à introduire par la petite porte l'appréciation morale du comportement des époux pendant le mariage et de déplacer le combat sur les torts dans le cadre du litige relatif aux aliments.“

La Commission juridique se doit d'attirer dans ce contexte l'attention sur le fait que les affirmations du Conseil d'Etat, selon lesquelles le droit à une contribution d'entretien après mariage dépendrait de la faute, sont dénuées de sens et contredites tant par les dispositions du texte que par l'objectif affiché du projet de loi, à savoir le traitement objectif de l'échec du mariage.

La commission partage le point de vue des auteurs du projet de loi sous examen en ce qui concerne la nécessité de revoir les dispositions relatives au secours après divorce et l'opportunité de prévoir un secours à caractère mixte, même s'ils justifient ce choix de manière quelque peu différente que les auteurs du projet de loi.

Les membres de la commission plaident en faveur d'une conception nouvelle du secours après divorce et, partant, en faveur d'une redéfinition de la notion de „besoin“. Il s'agit d'abandonner l'analyse traditionnelle, au demeurant trop restrictive, du besoin du créancier d'aliments. Le besoin est une notion relative qui ne doit pas dépendre uniquement des besoins élémentaires d'une personne (entre autres nourriture, vêtements, logement, soins médicaux).

Le secours ou la prestation après divorce doit permettre un partage équitable des conséquences économiques du mariage, y compris de son échec. Il s'agit de compenser les inconvénients économiques dus à l'échec du mariage tels que la renonciation par l'un des conjoints à exercer une profession rémunérée pendant le mariage, afin de s'occuper de l'éducation des enfants communs et/ou de l'entretien de la maison familiale. Ce faisant, l'octroi d'un secours ou d'une prestation après divorce doit tenir compte non seulement de l'état de besoin du créancier au sens strict du terme, mais également de l'organisation des besoins des époux pendant le mariage.

La Commission juridique s'est inspirée, en ce qui concernent ses amendements afférents, de la législation et de la jurisprudence canadienne et, dans une moindre mesure, des critères belges en matière d'attribution du secours après divorce.

En droit belge, la loi du 27 avril 2007 portant réforme du droit du divorce consacre le principe „compensatoire“ de la prestation après divorce dans la mesure où le juge se voit reconnaître la possibilité de moduler la prestation, entre autres, en fonction du comportement des époux quant à l'organisation de leurs besoins.

Le Canada, qui est souvent présenté comme précurseur en matière de droit de la famille au sens large du terme, a opéré un revirement notable en ce qui concerne la justification de l'octroi d'un secours après divorce. Si dans les années 80, l'effet conjugué d'une législation en partie trop vague et d'une jurisprudence particulièrement restrictive sur les pensions alimentaires a consacré le principe de la primauté du règlement négocié des effets de la séparation et du divorce et, partant, a amorcé le déclin de la pension alimentaire postdivorce, qui fut de plus en plus considérée comme une mesure transitoire facilitant l'adaptation à une situation nouvelle, la réappropriation de la question des pensions alimentaires par les tribunaux s'est accompagnée d'un changement radical de la conception même du secours après divorce.

En 1992, dans une affaire Moge², la Cour suprême du Canada, rompant avec sa position antérieure, a rejeté, à l'égard des pensions après divorce, le modèle de la rupture nette entre les époux. Dans sa décision novatrice, au demeurant toujours d'actualité, elle a proposé de remplacer le modèle de l'indépendance économique des époux par un ensemble de considérations générales visant à permettre un partage plus équitable des conséquences économiques du mariage. Elle donne une interprétation plus large, partant plus conforme aux réalités socio-économiques dans lesquelles évoluent les couples qui

2 Moge c. Moge (1992) 3 R.C.S. 813, 17 décembre 1992

divorcent, des critères que la loi sur le divorce a introduit en droit canadien en 1985. D'après celle-ci, le secours postdivorce doit tenir compte de plusieurs objectifs. Il doit ainsi:

- prendre en compte les avantages ou les inconvénients économiques qui découlent, pour les époux, du mariage ou de son échec;
- répartir entre eux les conséquences économiques qui découlent du soin de tout enfant à charge, en sus de toute obligation alimentaire relative à tout enfant à charge;
- remédier à toute difficulté économique que l'échec du mariage cause;
- favoriser, dans la mesure du possible, l'indépendance économique de chacun d'entre eux dans un délai raisonnable.

Pour la Cour suprême du Canada, les tribunaux se sont trop souvent limités à ne tenir compte que de la seule indépendance économique au détriment des autres objectifs avec pour résultat que nombreux ex-conjoints, principalement des ex-épouses, se sont retrouvés dans des conditions matérielles précaires.

La Commission juridique, à l'instar de la position de la Cour suprême du Canada, est d'avis que dans les mariages, la répartition des tâches et le mode de vie des époux peuvent avoir des conséquences économiques à long terme qui justifient le caractère en partie compensatoire de la prestation à allouer.

En créant dans le cadre du départage des patrimoines respectifs, une situation égalitaire entre ex-époux au-delà du caractère purement alimentaire, il est possible dès à présent d'inclure la question des droits à pension dans l'ensemble des opérations de liquidation des intérêts patrimoniaux soumis à l'appréciation souveraine des juridictions civiles.

e) L'attribution du logement familial

Le projet de loi sous rubrique prévoit la possibilité pour le juge de concéder le logement familial, qui appartient en propre à l'un des époux, à bail à son conjoint dès lors que les enfants communs résident avec ce dernier.

A l'instar du Conseil d'Etat, la Commission juridique est d'avis que le juge, plutôt que de recourir à un bail forcé, devrait se prononcer sur l'attribution de la jouissance du logement familial à l'un des époux lorsque certaines conditions sont données, le tout sous réserve du versement d'une indemnité compensatoire.

Si le droit de propriété est un droit sacro-saint, il est admis d'y apporter des dérogations au nom de l'intérêt supérieur de l'enfant qui doit primer le droit du propriétaire. L'attribution du logement familial ne saurait aux yeux de la commission être considérée comme une violation flagrante et intolérable du droit de propriété.

Le Conseil d'Etat estime inopportun de distinguer selon que le logement familial appartient en propre à l'un des époux ou constitue un bien commun. „*L'attribution du logement familial [...] devrait cependant englober tous les modes de propriété.*“

La commission propose, afin de tenir compte en partie des critiques du Conseil de l'Ordre du Barreau de Luxembourg, de limiter la durée de l'attribution du logement à deux ans à partir de la date à laquelle le divorce a acquis force de chose jugée. Le logement n'est attribué à l'un des époux que si celui-ci exerce seul l'autorité parentale ou si au moins un des enfants communs âgé de moins de 12 ans a sa résidence principale établie auprès dudit époux, et que l'intérêt de l'enfant l'exige. La durée maximale de deux ans s'explique par la nécessité de limiter dans le temps les dérogations au droit de propriété, afin de permettre notamment aux époux de liquider leur communauté dans des délais raisonnables.

Concernant la limite d'âge des enfants à douze ans, elle se justifie par la finalité de l'attribution du logement familial. L'attribution du logement familial après divorce à l'un des époux permet d'éviter aux enfants, autant que faire se peut, certaines conséquences d'un divorce en ajoutant à la douleur de la séparation un élément perturbateur supplémentaire que peut constituer, le cas échéant, un déménagement. Or, si les enfants ont tous besoins de repères, un adolescent de douze ans est généralement plus à même à gérer les conséquences du divorce de ses parents qu'un enfant en bas âge qui a besoin de plus de temps pour s'habituer à la nouvelle situation.

Le juge peut à tout moment supprimer la jouissance du logement familial si des circonstances nouvelles le justifient. Il en est ainsi en cas de concubinage ou de remariage de l'époux qui s'est vu attribuer

le logement familial ou en cas de remariage du conjoint propriétaire ou copropriétaire du logement familial ou encore de manquements de la part de l'époux attributaire du logement familial à ses obligations.

f) La séparation de corps

A l'instar de l'avis du Conseil d'Etat, il est proposé d'adapter les dispositions relatives à la séparation de corps afin de tenir compte des modifications apportées au niveau des dispositions régissant le divorce. La Commission juridique, partageant notamment le point de vue du Conseil d'Etat, propose que la séparation de corps peut être demandée par les deux époux conjointement, y compris par consentement mutuel.

g) La médiation en matière de divorce et de séparation de corps

Il est suggéré d'introduire le principe de la médiation judiciaire en matière de divorce. Un tel mode de règlement de conflits permettra aux époux de trouver plus facilement des solutions à leurs différends et contribuera à pacifier les relations entre époux. Si le projet de loi sous examen fait allusion à la médiation, il n'en régleme pas pour autant le statut.

Les amendements afférents entendent apporter les précisions nécessaires en s'inspirant d'une part, de la médiation en matière familiale dans le cadre d'une procédure judiciaire telle qu'introduite en droit belge par une loi du 19 février 2001 et d'autre part, des suggestions du Conseil de l'Ordre des Avocats du Barreau de Luxembourg, qui lui s'est inspiré de la législation française en la matière. A noter encore dans ce contexte que la proposition de loi de Madame la Députée Lydie ERR³, déposée en date du 11 juin 2002, et portant introduction de la médiation civile et commerciale dans le Nouveau Code de Procédure Civile a également servi d'inspiration.

*

II. AMENDEMENTS

a) Article 1er Nouvelles dispositions

A. Modifications du Code civil

Article 229 (article 229)

La Commission juridique propose une modification d'ordre purement matériel.

Du divorce par consentement mutuel

Articles 230 à 237 nouveaux (articles 230, 231, 234 et 235 à 240 initiaux)

Ces articles ayant trait au divorce par consentement mutuel ont été réécrits, afin de tenir compte des remarques et critiques émises par le Conseil d'Etat et le Conseil de l'Ordre des Avocats du Barreau de Luxembourg.

L'instance devant laquelle les époux doivent soumettre pour approbation leur convention a été précisée. Il s'agit du président du tribunal civil de l'arrondissement dans lequel les époux ont leur domicile commun respectivement de l'arrondissement dans lequel l'une des parties a son domicile.

Le divorce par consentement mutuel est possible après une année de vie commune.

Il est proposé que les secours fixés dans la convention ne soient pas révisables, sous réserve toutefois qu'une telle révision ait été expressément prévue dans la convention. En effet, les effets du divorce par consentement mutuel sont régis presque entièrement par les conventions préalables signées entre époux. D'après la Commission juridique, les conventions, comme tout contrat, tombent sous le champ d'application de l'article 1134 du Code civil („*Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites.*“).

³ Proposition de loi No 4969 portant introduction de la médiation civile et commerciale dans le Nouveau Code de Procédure Civile

Il échet de noter que dans de nombreux cas les conventions reflètent un règlement transactionnel sur tous les effets patrimoniaux comprenant tant la liquidation du patrimoine commun que la question des secours.

L'article 231 nouveau précise que la demande est introduite par voie de requête conjointe des époux devant le président du tribunal d'arrondissement compétent. Les époux doivent se présenter ensemble et en personne devant le juge qui examine la demande, ainsi que la convention en présence des parties concernées. Comme le fait remarquer à juste titre le Président de la Chambre du divorce du tribunal d'arrondissement de Luxembourg dans son avis, il n'y a pas lieu d'alourdir inutilement la procédure et de prévoir que le juge examine d'abord la convention individuellement avec chacun des époux, puis en présence des deux époux. Si le juge estime que la convention ne préserve pas suffisamment les intérêts des enfants, il doit attirer l'attention des époux sur ce point afin qu'ils prennent position.

Si le juge estime que la convention préserve de manière insuffisante les intérêts des enfants, il peut refuser d'homologuer celle-ci.

Par contre, il n'appartient plus au juge d'examiner si la convention contient des dispositions qui seraient contraires à l'intérêt de l'un des époux et de refuser partant l'homologation de la convention pour ce motif. Il faut, dans la mesure du possible, respecter la volonté des parties qui, il est rappelé, ont la faculté de se renseigner au préalable auprès d'un avocat, voire de se faire assister par un mandataire de leur choix.

L'article 232 nouveau réintroduit le principe d'une double comparution des parties devant le juge, mais prévoit la possibilité pour celui-ci de dispenser les époux d'une deuxième comparution si les époux en font la demande et lorsqu'il n'y a pas de mesures accessoires à régler.

En cas de refus d'homologation, les époux ont, soit la possibilité de réintroduire une nouvelle demande assortie d'une nouvelle convention sans devoir respecter le moindre délai, soit la possibilité d'interjeter appel à l'encontre de la décision de justice.

Contrairement à ce qui était prévu dans le cadre du projet de loi initial, le juge ne peut plus prendre de mesures provisoires jusqu'à la date où le divorce a acquis force de chose jugée, voire il n'a plus la possibilité de proposer une médiation aux époux, alors qu'en principe dans le cadre d'une demande en divorce par consentement mutuel il y a un accord des époux quant aux mesures accessoires.

Du divorce pour rupture irrémédiable des relations conjugales des époux

Articles 238 à 241 nouveaux (articles 232 à 234, 241 à 244 initiaux) – Généralités

La demande en divorce est portée devant le tribunal civil de l'arrondissement dans lequel les époux ont leur domicile commun ou, à défaut, dans lequel la partie défenderesse a son domicile.

La cause est introduite, instruite et jugée dans la forme ordinaire, c'est-à-dire par voie d'assignation conformément à la procédure actuelle. Cet amendement tient compte des critiques formulées à l'égard des innovations procédurales proposées par les auteurs du projet de loi sous rubrique.

L'article 239 nouveau contient une présomption simple, à savoir que la rupture des relations conjugales entre les époux est présumée irrémédiable par la simple introduction de la demande en divorce. Dans la mesure où il s'agit d'une cause de divorce objective, il n'est nul besoin pour le demandeur de rapporter la preuve de la réalité des faits sur lesquels il base sa demande; la simple demande en divorce est la preuve que le maintien des relations matrimoniales n'est plus possible.

Articles 242 à 245 nouveaux (articles 245 à 249 initiaux) – Des mesures provisoires

Le juge des référés est de nouveau compétent pour statuer sur les mesures provisoires à prendre pendant l'instance en divorce. La procédure est celle qui est actuellement en vigueur et qui a fait ses preuves. Il est encore précisé, conformément aux règles actuellement applicables, que le juge peut prendre les mesures provisoires jusqu'à la date à laquelle le jugement prend force de chose jugée.

La reformulation des articles relatifs à la procédure de référé devrait apaiser les inquiétudes du Conseil d'Etat.

Articles 246 à 247 nouveaux – Des moyens d'extinction du divorce

Ces articles ont trait aux fins de non-recevoir de l'action en divorce. Ils n'appellent aucune observation particulière.

Articles 248 à 251 nouveaux (articles 252 à 254 initiaux) – Du prononcé du divorce

Ces articles ont trait au prononcé du divorce et aux voies de recours.

Bien que le Président de la Chambre du divorce du tribunal d'arrondissement de Luxembourg s'interroge sur l'utilité d'une date-butoir, l'auteur des amendements sous-jacents estime, tout comme les auteurs du projet de loi sous rubrique, qu'il est impératif de prévoir une durée pour les opérations de liquidation et de partage afin de permettre aux parties de régler au plus vite les conséquences de leur divorce. Il est cependant d'avis que le tribunal doit pouvoir avoir la faculté de proroger la durée initialement prévue. En effet, il ne faut pas oublier que les opérations de liquidation et de partage peuvent s'avérer le cas échéant particulièrement complexes.

Articles 252 à 253 nouveaux (articles 255 à 256) – Des voies de recours

Ces articles ne donnent pas lieu à observation particulière.

Articles 254 à 256 nouveaux (articles 258, alinéas 2 et 3 et 259 initiaux) – Des mentions et transcriptions

Ces articles n'appellent pas d'observation particulière.

Articles 257 à 260 nouveaux (articles 257, 258, alinéa 1er, 260 et 261 initiaux) – De la date à laquelle le divorce produit ses effets

Ces articles n'appellent pas d'observation particulière.

Articles 261 à 270 nouveaux (articles 262 à 267) – Des effets du divorce quant aux époux

La Commission juridique propose de remplacer la notion de „pension“ par celle de „prestation“, alors que la notion de „pension“ mène à la confusion dans la mesure où l'objectif de cette prestation après divorce, à savoir: créer une situation égalitaire entre époux au-delà du caractère purement alimentaire en reconnaissant à la prestation une nature compensatoire, permet d'inclure la question des droits à pension dans l'ensemble des opérations de liquidation des intérêts patrimoniaux soumis à l'appréciation souveraine des autorités judiciaires. Or, dans ce contexte, il est plus opportun de parler de „prestation“ que de „pension“.

La prestation doit partant permettre au bénéficiaire à laquelle elle est allouée d'assurer son existence tout en essayant de compenser la disparité éventuelle que la rupture du mariage crée dans les cadres de vie respectifs.

Le tribunal tiendra compte dans la détermination de la prestation à allouer après divorce non seulement des ressources et des besoins des deux époux, mais aussi de la durée du mariage ou encore de l'état de santé ou de l'âge des époux en passant par leur qualification professionnelle. Il tiendra également compte des choix professionnels faits par les époux durant le mariage. A noter dans ce contexte que les juges se basent d'ores et déjà sur certains de ces critères suggérés, qui d'ailleurs correspondent très largement à ceux retenus dans le projet de loi initial, pour déterminer s'il y a lieu ou non de procéder au versement d'une prestation après divorce. Ils tiennent ainsi notamment compte de l'état des époux et plus particulièrement du créancier d'aliments et de son aptitude à retrouver un travail rémunéré.

Ces critères ont le mérite d'assurer une certaine homogénéité des décisions de justice. Il s'ensuit que l'auteur de la proposition d'amendements sous-jacente ne saurait partager le point de vue du Conseil d'Etat qui ne voit pas l'utilité de prévoir de tels critères dans le Code civil.

L'article 266 introduit, en outre, le principe du splitting des droits à pension. En effet, le préjudice subi au niveau de la carrière d'assurance pension de vieillesse du fait de l'interruption totale ou partielle de l'activité professionnelle pour se consacrer à l'éducation des enfants doit être pris en considération dans le cadre de la fixation de la prestation compensatoire. Par ailleurs, le tribunal peut décider que la prestation soit versée en tout ou en partie sous forme d'un capital. La fraction de capital attribuée au titre de compensation du préjudice subi au niveau de la carrière d'assurance pension vieillesse doit être mise en compte suivant la technique de l'achat rétroactif du Code de la sécurité sociale. En d'autres termes, le tribunal peut décider qu'il y a lieu à compensation en raison de l'interruption de l'activité professionnelle durant le mariage pour s'occuper par exemple de l'éducation des enfants. Dans ce cas, le montant alloué à titre de compensation sous forme de capital sert intégralement au rachat des droits à pension dans le chef de celui des époux qui est resté à la maison pour s'occuper de l'éducation des enfants.

L'article 269 précise que la prestation après divorce est toujours révisable et révocable. Le caractère en partie „compensatoire“ de la prestation ne saurait empêcher sa révision ou sa suppression. A noter qu'en Belgique, avant la réforme du droit du divorce en 2007, le secours après divorce – mi-indemnitaires mi-alimentaire – était révisable et révocable. Par ailleurs, une comparaison du sort du devoir de secours après divorce montre que de nombreuses législations qui ont opté pour une conception indemnitaire du secours admettent néanmoins que les secours soient révisables. Tel est notamment le cas de l'Espagne.

D'après la version amendée du projet de loi, les parties n'ont plus besoin, dans le cadre de la fixation des secours, de fournir au tribunal une déclaration certifiant l'exactitude de leurs ressources, revenus et patrimoines. Une telle exigence aurait eu, comme le souligne à juste titre le Président de la Chambre du divorce du Tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, comme conséquence de remettre en cause notre système des preuves. En effet, il est rappelé que notre système judiciaire ne reconnaît pas les certificats de déclaration comme mode de preuve.

Il a été encore précisé que la prestation après divorce cesse d'être due au moment du décès du débiteur du secours. Le secours ne doit pas être une charge pour la succession.

Articles 271 à 275 nouveaux (articles 270 à 277 initiaux) – Des effets du divorce quant aux enfants

La Commission juridique propose d'instituer le principe de l'autorité parentale conjointe qu'il est proposé de désigner par les termes de „responsabilité parentale conjointe“, en référence au projet de loi relatif à la responsabilité parentale (doc. parl. 5867). La reformulation des articles 271 à 275 prend en considération tant la proposition de loi portant réforme du droit de la filiation et instituant l'exercice conjoint de l'autorité parentale (doc. parl. 5553), déposée le 14 mars 2006 par les Députés Mme Marie-Josée Frank et M. Laurent Mosar, que l'avis du Conseil d'Etat quant à l'introduction du principe de l'autorité parentale conjointe.

Article 276 nouveau (articles 268 et 269 initiaux) – Du logement familial

En ce qui concerne les effets du divorce quant au logement familial, le bail forcé a fait place à l'attribution forcée sous réserve du versement d'une indemnité compensatoire. Il a été encore précisé que le logement familial pouvait être attribué à celui des conjoints qui exerce seule l'autorité parentale ou auprès duquel les enfants communs âgés de moins de douze ans ont leur résidence principale. Si l'intérêt des enfants est supérieur et prime le droit des propriétaires, l'attribution a été limitée dans le temps. Elle ne peut en principe pas dépasser une durée de cinq ans à partir du moment où le divorce a acquis force de chose jugée.

Articles 277 à 279 nouveaux – De la séparation de corps

Les dispositions relatives à la séparation de corps ont été réécrites, afin de les conformer aux nouvelles dispositions relatives au divorce.

Article 280

Cet article ne donne pas lieu à observation particulière.

Article B. Modifications du Nouveau Code de procédure civile

Cet article complète le Nouveau Code de procédure civile en ce sens qu'il prévoit des dispositions devant régler la médiation en matière de divorce et de séparation de corps, le juge ayant la possibilité de recourir à une telle mesure à condition que les parties marquent leur accord. Les époux peuvent également demander à tout moment de l'instance à ce que le juge désigne un médiateur.

Ainsi, la médiation afférente se distingue des dispositions légales et réglementaires actuelles régissant la médiation.

La commission, en ce qui concerne la tarification des séances de médiation, estime utile que des tarifs dits unitaires, soient indiqués pour qu'une application uniforme soit garantie. Il est proposé de prendre appui sur les tarifs tels que prévus dans le cadre de l'assistance judiciaire.

b) Article II

A l'article 212 du Code civil, la commission propose de remplacer le terme „fidélité“ par celui de „respect“, terme jugé plus approprié et contemporain.

Il est proposé d'ajouter à l'article 214, alinéa 3 in fine du Code civil un bout de phrase relatif à la compensation éventuellement due en cas de perte subie dans la carrière d'assurance pension de vieillesse qui sera prise en compte dans le cadre des opérations de liquidation du régime matrimonial. Ledit ajout, inscrit au niveau d'une disposition organisant le régime primaire que le contrat de mariage ne peut modifier, voire écarter, vise à assurer que désormais, les époux mariés, en connaissance de cause, veillent à réfléchir à organiser leurs retraites dès le début de leur mariage. Le principe incontournable selon lequel les époux doivent l'un et l'autre contribuer aux charges du mariage à proportion de leurs facultés respectives est de sorte étendue. Ladite contribution aux charges doit s'analyser en tant qu'un „mécanisme de participation aux frais“.

La suppression des modifications à apporter aux articles 228, 306 et 308 du Code civil, telle que proposée dans le projet de loi initial, n'est plus de mise eu égard au réagencement proposé par la commission.

Les membres de la commission proposant d'aborder le volet relatif à l'autorité parentale et à la filiation dans le cadre de l'examen, entamé, du projet de loi relatif à la responsabilité parentale (doc. parl. 5867), il est partant proposé de supprimer la modification proposée à l'endroit des articles 313, 315 et 378 du Code civil.

Certains articles du Code civil ont dû être adaptés pour tenir compte des modifications apportées au niveau des règles et de la procédure de divorce.

Il en est ainsi de l'article 1397 du Code civil qui a été modifié de telle manière que les époux peuvent modifier leur régime matrimonial après une année d'application au lieu de deux ans, alors que les auteurs du projet de loi entendent réduire la durée du mariage au cours de laquelle aucun divorce par consentement mutuel ne peut être admis de deux à un an. A noter que le divorce pour rupture irrémédiable des relations conjugales ne peut pas non plus être prononcé au cours de la première année.

L'idée de modifier l'article 183 du Nouveau Code de procédure a été abandonnée. Il est important que le procureur puisse instruire les dossiers les plus critiques sans devoir systématiquement intervenir dans toutes les affaires de divorce ou de séparation de corps. Or, cet article a été modifié par une loi du 25 juin 2004. Il n'est dès lors plus nécessaire de modifier cette disposition.

L'article 228 qui dispose que la femme ne peut contracter un nouveau mariage qu'après trois cents jours révolus depuis la dissolution du mariage précédent par le décès du mari est supprimé.

c) Article III

La Commission juridique propose, au point 3°, de prévoir la faculté pour les époux ensemble ou le demandeur de renoncer à une procédure de divorce ou de séparation de corps déposée avant l'entrée en vigueur des nouvelles dispositions, à condition qu'elle n'a pas encore été toisée en 1ière instance.

Les membres de la Commission juridique sont conscients que les problèmes actuels relatifs à la carrière de pension de vieillesse interrompue par un des époux, généralement l'épouse, ou encore la situation de l'épouse n'ayant pas entamé une carrière professionnelle ne sont guère résolus. Or, une application rétroactive des nouvelles dispositions ne simplifierait certainement pas les situations actuelles, bien au contraire.

A cet égard, il convient de renvoyer à l'avis du Comité du Travail féminin du 26 janvier 1995 relatif au projet de loi 3883 qui affirmait: „*Pour résoudre les cas de rigueur actuels de femmes au foyer divorcées après une longue durée de mariage, „ce partage“ devrait être opéré sinon rétroactivement à tous les divorces déjà prononcés, au moins à tous ceux dont le risque n'est pas encore échu, c.-à-d. dans tous les cas où les époux divorcés ne bénéficient pas encore d'une pension du moment de l'entrée en vigueur de la nouvelle loi, même si le divorce a été prononcé avant cette date.*“

d) Article IV

Cet article ne donne pas lieu à observation.

*

Au nom de la Commission juridique, je vous saurais gré de bien vouloir faire aviser dans les meilleurs délais par le Conseil d'Etat l'amendement exposé ci-avant.

J'envoie copie de la présente, pour information, au Ministre de la Justice et à la Secrétaire d'Etat aux Relations avec le Parlement.

Veuillez agréer, Monsieur le Président, l'expression de ma considération très distinguée.

Le Président de la Chambre des Députés,
Lucien WEILER

*

TEXTE COORDONNE

Art. I.– Nouvelles dispositions

A. Modifications du code civil

Au Titre VI du Livre Ier du Code Civil intitulé „Du Divorce“ les Chapitres Ier, II, III, IV et V sont abrogés et remplacés par les dispositions suivantes:

„Chapitre Ier.– Des cas de divorce

Art. 229.– Le divorce peut être prononcé en eas:

- soit de par consentement mutuel;
- soit de pour rupture irrémédiable des relations conjugales des époux.

Section 1.– Du divorce par consentement mutuel

Art. 230.– Les époux, lorsqu'ils s'entendent sur la rupture du mariage et ses effets, soumettent à l'approbation du président du tribunal civil de l'arrondissement dans lequel ils ont leur domicile commun, respectivement de l'arrondissement dans lequel l'une des parties a son domicile, ou devant le juge qui le remplace, une convention qui règle les conséquences de la rupture tant pendant la procédure qu'après le prononcé du divorce.

Les époux sont tenus de constater par écrit leur convention visant:

- 1° la résidence de chacun des époux pendant la procédure;
- 2° l'administration de la personne et des biens des enfants mineurs, non mariés ni émancipés, issus de leur union ou adoptés par eux, et l'exercice et les modalités d'application de la responsabilité parentale relative à ces enfants tant pendant la procédure qu'après le prononcé du divorce, conformément aux règles définies aux Titres IX et X du Livre Ier;
- 3° la contribution de chacun des époux à l'entretien et à l'éducation desdits enfants, sans préjudice des obligations découlant du chapitre V du Titre V du Livre Ier;
- 4° la pension et/ou la prestation à verser éventuellement par l'un des époux à l'autre, pendant le temps de la procédure et après le prononcé du divorce.

Les époux sont encore tenus de faire préalablement par acte notarié inventaire et estimation de tous leurs biens immeubles et de régler leurs droits respectifs, sur lesquels il leur sera néanmoins libre de transiger. L'estimation des biens meubles se fera en cas d'accord, d'après les déclarations des époux, sinon par prisée. Lorsqu'il n'existe pas de biens à partager entre époux, ils en feront la déclaration dans le projet de convention visée à l'alinéa 1er et il ne sera dressé aucun acte notarié.

L'article 1118 du Code civil s'applique sauf renonciation expresse.

La pension alimentaire entre époux fixée dans la convention n'est plus révisable, à moins que la convention ne le prévoit expressément ou sous réserve des dispositions de l'article 269 du présent code et de l'article 887 du nouveau code de procédure civile.

Art. 231.– La demande est introduite par voie de requête conjointe des époux. L'assistance d'un avocat à la Cour n'est pas obligatoire pour la procédure.

Les époux se présentent ensemble et en personne devant le président du tribunal civil d'arrondissement compétent en vertu de l'article 230 du Code civil, ou devant le juge qui le remplace.

Les époux sont tenus de produire, à l'instant, outre les actes mentionnés à l'article 230,

- les actes de leur naissance et l'acte de mariage,
- les actes de naissance et de décès de tous les enfants de leur union ainsi que des enfants qu'ils ont adoptés.

Le juge examine la demande et la convention en présence des époux. S'il devait avoir des doutes quant à la volonté éclairée et libre des parties concernées de divorcer, le juge peut examiner la demande avec chacun des époux individuellement, avant de réunir les conjoints. Au cas où le juge estime que la convention ne préserve pas suffisamment les intérêts des enfants, il doit attirer l'attention des époux sur ce point afin qu'ils puissent prendre position.

Le juge autorise les époux à résider séparément pendant le temps de la procédure. Le greffier dresse procès-verbal de l'audience; les pièces produites demeurent annexées au procès-verbal. Le procès-verbal est signé par le juge, le greffier et les parties.

Art. 232.– Dans le mois du jour où seront révolus six mois à compter de la première comparution des époux, ceux-ci se présenteront de nouveau ensemble et en personne, devant le président du tribunal compétent ou le juge qui le remplace, et requerront du magistrat, chacun séparément, en présence néanmoins l'un de l'autre, la prononciation du divorce.

A la demande des époux et lorsqu'il n'y a pas de mesures accessoires en cause, le président du tribunal ou le juge compétent peut dispenser les époux d'une deuxième comparution.

Art. 233.– Le président du tribunal ou le juge qui le remplace homologue la convention et prononce le divorce s'il a acquis la conviction que la volonté de chacun des époux est réelle et que chacun d'eux a donné un consentement libre et éclairé.

Le président du tribunal ou le juge qui le remplace peut refuser l'homologation de la convention, et il ne prononce pas le divorce, s'il constate que la convention contient des dispositions qui préservent insuffisamment les intérêts des enfants ou de l'un des époux.

La convention homologuée fait partie intégrante de la décision définitive de divorce.

Art. 234.– En cas de refus d'homologation de la convention, les époux pourront introduire une nouvelle requête et déposer une nouvelle convention devant le magistrat compétent.

Art. 235.– Les époux peuvent interjeter appel contre le jugement qui refuse l'homologation de leur convention et qui ne prononce pas le divorce entre eux. N'est recevable que l'appel interjeté par les deux parties dans le délai de quarante jours, délai qui commence à courir à partir du jour où le jugement a été notifié sous pli recommandé par le greffe aux époux.

Art. 236.– L'appel est interjeté par une requête, qui doit être signée d'un avocat à la Cour et contresignée par les parties. La date du dépôt est constatée par le greffier de la Cour supérieure de justice par une mention portée sur l'original de la requête. La Cour instruit l'affaire en la chambre du conseil. L'arrêt est prononcé en audience publique.

Art. 237.– Le recours en cassation n'est recevable que contre l'arrêt qui refuse de prononcer le divorce et dans le cas seulement où il est formé par les époux agissant conjointement. Les formes et délais prescrits par la loi modifiée du 18 février 1885 sur les pourvois et la procédure en cassation sont observés sans toutefois qu'il y ait lieu à signification du mémoire.

Section 2.– Du divorce pour rupture irrémédiable des relations conjugales

1. Généralités

Art. 238.– La demande en divorce pour rupture irrémédiable doit être introduite par l'un ou les deux époux au tribunal civil de l'arrondissement dans lequel les époux ont leur domicile commun ou à défaut dans lequel la partie défenderesse a son domicile.

Art. 239.– La rupture des relations conjugales des époux est présumée irrémédiable par l’introduction d’une demande en divorce. Cette présomption est irréfragable.

Art. 240.– La demande en divorce est introduite, instruite et jugée dans la forme ordinaire, le ministère public entendu le cas échéant conformément à l’article 183 du nouveau code de procédure civile.

L’assignation contient, à peine de nullité :

- 1° les formalités prévues à l’article 153 du nouveau code de procédure civile,
- 2° l’objet de la demande,
- 3° l’indication de la juridiction qui doit connaître de la demande et du délai pour comparaître,
- 4° les mentions prescrites par les articles 80, 193 et 585 du nouveau code de procédure civile,
- 5° la mention de l’identité des enfants mineurs, non mariés ni émancipés, et
- 6° une proposition de règlement des intérêts concernant la personne, les secours et les biens des époux.

L’assignation contient également s’il y a lieu, les demandes relatives aux mesures provisoires concernant la personne et les secours de leurs enfants mineurs, non mariés ni émancipés.

Dans ce cas, la demande est également portée à l’audience du président, ou du juge qui le remplace, statuant en référé.

Le demandeur joint au rôle les pièces suivantes:

- 1° un extrait de l’acte de mariage;
- 2° un extrait des actes de naissance des enfants.

Art. 241.– Les époux peuvent, à tout moment de la procédure, demander à voir désigner un médiateur conformément aux articles 1252 et suivants du Nouveau Code de Procédure Civile.

2. Des mesures provisoires

Art. 242.– L’administration provisoire de la personne et des biens des enfants est confiée aux père et mère, ainsi qu’il est prévu aux articles 371 et suivants et à l’article 389, sous réserve des décisions qui seraient rendues dans l’intérêt des enfants par le président, ou le juge qui le remplace, statuant en référé sur la demande, soit des parties ou de l’une d’entre elles, soit du procureur d’Etat.

Art. 243.– Le président statuant en référé, le ministère public entendu le cas échéant conformément à l’article 183 du nouveau code de procédure civile, connaît en tout état de cause, dès le dépôt de la demande en divorce au greffe, des mesures provisoires relatives à la personne et aux secours, tant des parties que des enfants. Dans l’intérêt des enfants mineurs, le juge pourra tenir compte des sentiments exprimés par les enfants dans les conditions de l’article 388-1.

Le juge est tenu d’entendre les enfants si ceux-ci en font la demande.

En cas de demande, il autorise les époux à résider séparément pendant tout le temps de la procédure.

Le juge doit proposer aux époux une mesure de médiation conformément aux dispositions du Livre IV du Nouveau Code de Procédure Civile.

Le juge peut également tenir compte de tout accord concernant les effets du divorce trouvé par les parties, dès lors que lesdits accords ne sont pas contraires à l’ordre public et préservent suffisamment l’intérêt des enfants.

Le procureur d’Etat peut prendre tous renseignements utiles concernant la situation morale et matérielle des enfants.

L’information est communiquée en copie aux parties. Lorsque le divorce a été irrévocablement prononcé, et qu’une instance est encore pendante concernant les mesures accessoires, le président du tribunal statuant en référé est compétent, jusqu’au moment où l’instance pendante aura été vidée par une décision coulée en force de chose jugée, pour prendre les mesures provisoires sur lesquelles

il n'a pu être statué définitivement ou qui peuvent être nécessaires en raison de l'instance pendante.

L'article 112 du Nouveau Code de procédure civile est applicable.

Art. 244.– L'un ou l'autre des époux peut, en tout état de cause, à partir de la date d'assignation, prendre pour la garantie de ses droits des mesures conservatoires, notamment requérir l'apposition des scellés sur les biens de la communauté.

Ces scellés sont levés à la requête de la partie la plus diligente; les objets et valeurs sont inventoriés et prisés; l'époux qui est en possession en est constitué gardien judiciaire.

Art. 245.– Toute obligation contractée par un des époux à la charge de la communauté, toute aliénation des biens communs faite par lui dans la limite de ses pouvoirs, postérieurement à la date d'assignation, sera déclarée nulle, s'il est prouvé qu'il y a fraude aux droits de l'autre époux.

3. Des moyens d'extinction du divorce

Art. 246.– L'action en divorce s'éteint par la réconciliation des époux.

Elle s'éteint également par le décès de l'un des époux survenu avant que le jugement ou l'arrêt prononçant le divorce soit devenu définitif.

Art. 247.– Ne produit pas d'effet extinctif un maintien temporaire de la vie commune, si les époux n'y ont consenti que par nécessité ou pour mener l'éducation des enfants à son terme.

4. Du prononcé du divorce

Art. 248.– Le tribunal prononce le divorce et statue sur les conséquences.

Il tiendra compte dans sa décision de tout accord concernant les effets du divorce trouvé par les parties au cours de la procédure, dès lors que lesdits accords préservent suffisamment l'intérêt des enfants.

Art. 249.– Le dispositif du jugement ou de l'arrêt qui prononce le divorce doit énoncer la date de l'assignation. Cette date figurera dans la mention marginale et dans la transcription faites en application de l'article 255.

Art. 250.– Le tribunal ordonne la liquidation et le partage des intérêts patrimoniaux des époux.

Il statue, s'il y a lieu, sur les demandes de maintien dans l'indivision ou d'attribution préférentielle conformément aux dispositions de l'article 1476 du code civil.

Il peut aussi accorder à l'un des époux ou aux deux une avance sur part de communauté ou de biens indivis.

Art. 251.– Si les opérations de liquidation et de partage ne sont pas achevées dans le délai de 6 mois après que le divorce soit devenu définitif, le notaire liquidateur en informe sans tarder le tribunal.

Lorsque les parties peuvent encore s'accorder sur la liquidation et le partage de leurs intérêts patrimoniaux, le notaire établit un rapport sur l'état d'avancement des opérations. Au vu de ce rapport, le tribunal peut proroger le délai initialement prévu pour un nouveau délai de 6 mois pour l'achèvement des opérations de liquidation et de partage.

A défaut, le notaire dresse un procès-verbal des difficultés et des déclarations respectives des parties. Le tribunal statue alors sur les contestations subsistant entre elles.

Dans tous les cas, le tribunal renvoie les parties devant le notaire afin d'établir l'état liquidatif dans un délai de 6 mois.

5. Des voies de recours

Art. 252.– Le jugement ou l'arrêt qui prononce le divorce par défaut sera signifié par huissier de justice commis.

Si cette signification n'a pas été faite à personne, le président ordonnera, sur simple requête, la publication du jugement par extrait dans les journaux qu'il désignera.

Le délai pour faire opposition au jugement ou à l'arrêt par défaut sera de quinze jours à partir de la signification à personne ou, si une publication est ordonnée, à partir du dernier acte de publication.

Art. 253.– L'appel ne sera recevable qu'autant qu'il aura été interjeté dans les quarante jours à compter du jour de la signification du jugement rendu contradictoirement.

S'il s'agit d'un jugement rendu par défaut, le délai commence à courir à partir du jour où l'opposition n'est plus recevable.

Le délai pour se pourvoir à la Cour de cassation contre un jugement sera de deux mois à compter de la signification. Le pourvoi sera suspensif.

Chapitre II.– Des effets du divorce

Section I.– Des mentions et transcriptions

Art. 254.– Le dispositif du jugement ou de l'arrêt qui prononce le divorce est mentionné en marge de l'acte de mariage et des actes de naissance de chacun des époux conformément à l'article 49 du Code civil. Si le mariage a été célébré à l'étranger, le dispositif du jugement ou de l'arrêt est transcrit sur les registres de l'état civil de la commune où l'acte de mariage a été transcrit, sinon sur ceux de la Ville de Luxembourg et mentionné en outre en marge des actes de naissance de chacun des époux.

Art. 255.– La mention ou la transcription est faite par les soins de l'officier de l'état civil, dans les huit jours de la réquisition, y non compris les jours fériés.

Art. 256.– La mention ou la transcription est faite:

- à la diligence des époux ou de l'un d'entre eux en cas de divorce par consentement mutuel;
- au nom de l'époux ou des époux qui ont demandé le divorce à la diligence de son/leurs avocats à la Cour en cas de divorce pour rupture irrémédiable des relations conjugales des époux.

A cet effet, la décision sera signifiée ou remise contre accusé de réception dans le délai d'un mois à compter de la date à laquelle elle est devenue définitive, à l'officier de l'état civil compétent. Cette signification ou remise devra être accompagnée des certificats énoncés à l'article 687 du Nouveau Code de procédure civile, et s'il y a eu arrêt, d'un certificat de non-pourvoi.

En cas de rejet d'un pourvoi contre un arrêt prononçant le divorce, le greffier en chef de la Cour devra dans le mois du prononcé de l'arrêt adresser un extrait dudit arrêt à l'avocat à la Cour de la partie qui a obtenu la décision définitive prononçant le divorce. Le délai prévu pour la réquisition de la mention ou de la transcription ne courra, dans ce cas, qu'à partir de la réception par l'avocat à la Cour de l'extrait de l'arrêt de rejet.

A défaut par l'avocat à la Cour de la partie qui a obtenu le divorce de faire la signification ou la remise dans le délai d'un mois, l'autre partie aura le droit de faire cette signification ou remise et de requérir l'apposition de la mention ou de la transcription.

Section II.– De la date à laquelle le divorce produit ses effets

Art. 257.– Le jugement ou l'arrêt qui prononce le divorce opérera de plein droit la dissolution du mariage à compter du jour où il aura acquis force de chose jugée.

Chacun des époux divorcés peut se remarier aussitôt après cette date.

Art. 258.– La décision de divorce est opposable aux tiers, en ce qui concerne les biens des époux, à partir du jour où les formalités de mention en marge prescrites par les règles de l'état civil ont été accomplies. Lorsque la mention aura été portée à des dates différentes sur l'exemplaire des registres déposés aux archives de la commune et sur celui déposé au greffe, le divorce ne produira d'effets à l'égard des tiers qu'à la date de la mention portée en second lieu.

Art. 259.– La décision de divorce prend effet dans les rapports entre époux, en ce qui concerne leurs biens, à partir du jour du dépôt de la requête conjointe en cas de divorce par consentement mutuel et à partir de l'assignation en divorce dans le cas d'un divorce pour rupture irrémédiable des relations conjugales entre époux.

Les époux peuvent, l'un ou l'autre, saisir le tribunal afin qu'il statue sur le report des effets du jugement à la date telle que stipulée dans la convention de divorce ou à la date à laquelle ils ont cessé de cohabiter et de collaborer.

Art. 260.– Toute obligation contractée par l'un des époux à la charge de la communauté, toute aliénation de biens communs faite par l'un d'eux dans la limite de ses pouvoirs, postérieurement à la demande en divorce, sera déclarée nulle, s'il est prouvé qu'il y a eu fraude aux droits de l'autre conjoint.

Section III. – Des effets du divorce quant aux époux

Art. 261.– Si les époux divorcés veulent contracter entre eux une autre union, une nouvelle célébration de mariage est nécessaire.

Dans l'acte de mariage, on énoncera le lieu et la date de leur première union, la date et le lieu de célébration de la seconde union sont mentionnés en marge de l'acte de mariage de la première union et de l'acte de prononciation du divorce.

Art. 262.– Le divorce est sans incidence sur les stipulations du contrat de mariage, à moins que ce dernier n'en dispose autrement.

Art. 263.– Le divorce est sans incidence sur les droits que l'un des époux tient de la loi ou des conventions passées avec des tiers.

Art. 264.– Le divorce met fin au droit de secours prévu par l'article 212.

Art. 265.– Toutefois l'un des époux peut être tenu de verser à l'autre une pension alimentaire, destinée à subvenir à son entretien.

La pension alimentaire à allouer est fixée selon les besoins de l'époux à qui elle est versée et des ressources de l'autre.

A cet effet, le tribunal tient compte notamment:

- de l'âge et de l'état de santé des époux;
- de la durée du mariage;
- de leur qualification et situation professionnelles au regard du marché du travail, ainsi que de leur disponibilité pour de nouveaux emplois;
- de la déclaration de sincérité faite par chaque partie séparément et dans laquelle chaque époux renseigne sur sa situation patrimoniale exacte et complète.

Art. 266.– Dans l'hypothèse où l'un des époux a interrompu soit partiellement, soit intégralement son activité professionnelle:

- pour des raisons d'ordre familial, ou
- pour favoriser la carrière de l'autre conjoint au détriment de la sienne, ou
- pour encadrer un membre de la famille en situation de dépendance,

l'époux qui a continué à exercer une activité professionnelle est tenu de verser à son conjoint une prestation compensatoire, conformément à l'article 214.

Le tribunal se base, pour ce faire, sur les calculs faits par les services de la Sécurité Sociale.

Art. 267.– L'article 112 du Nouveau Code de Procédure Civile est applicable.

Art. 268.– Le tribunal peut décider que la pension alimentaire à titre personnel et, le cas échéant, la prestation compensatoire à allouer à l'un des époux soient versées en tout ou en partie sous forme de capital dont il fixe le montant et les modalités.

La fraction de capital attribuée au titre de compensation de la perte subie au niveau de la carrière d'assurance pension de vieillesse doit être mise en compte suivant la technique de l'achat rétroactif du Code de la sécurité sociale.

Art. 269.– La pension alimentaire est révisable et révocable, sauf si elle a été allouée sous forme de capital ou si elle a fait l'objet d'une transaction globale.

Elle n'est plus due dans le cas où elle cesse d'être nécessaire, ou en cas de remariage, de partenariat ou de toute autre communauté de vie du créancier avec un tiers. Sont présumées vivre en communauté de vie, les personnes qui vivent dans le cadre d'un foyer commun.

Si par suite de circonstances indépendantes de la volonté du débiteur de la pension alimentaire la situation de celui-ci s'est détériorée, la pension alimentaire peut être révisée sur demande. Il en est de même en cas de modification de la situation du bénéficiaire de la pension alimentaire par suite de circonstances indépendantes de sa volonté.

Une révision de la pension alimentaire est également possible, sur demande, en cas de remariage du débiteur de la pension.

La pension alimentaire n'est plus due au décès du débiteur de celle-ci.

Art. 270.– Lorsqu'il y a allocation d'une pension alimentaire, le tribunal peut autoriser le bénéficiaire à percevoir, à l'exclusion de son ex-conjoint et sans préjudice des droits des tiers, les revenus de celui-ci, les produits de son travail comme les pensions et rentes lui revenant et toutes autres sommes qui lui seraient dues par des tiers dans les proportions qu'il indique et dans les conditions qu'il fixe. Cette décision est sujette à révision en cas de changement de circonstances.

Section IV. – Des effets du divorce quant aux enfants

Art. 271.– Le tribunal statuant sur le divorce se prononcera sur les modalités d'exercice de la responsabilité parentale, en tenant compte de l'entente entre les parents et suivant ce qu'exigera l'intérêt de l'enfant, conformément aux dispositions du Chapitre Ier du Titre IX. – du Livre Ier du Code civil.

Le tribunal entend les enfants si ceux-ci en font la demande. Il peut décider de confier l'enfant à une tierce personne, parente ou non.

Le tribunal de la jeunesse pourra toujours par la suite modifier ou compléter les modalités d'exercice de la responsabilité parentale.

Dans l'intérêt supérieur des enfants mineurs, le juge peut tenir compte des sentiments exprimés par eux dans les conditions de l'article 388-1.

Art. 272.– Le divorce ne met pas fin à l'obligation des parents de contribuer à proportion de leurs facultés à l'entretien et l'éducation de leur enfant et en tenant compte des modalités d'hébergement retenues.

Art. 273.– La contribution à l'entretien et à l'éducation des enfants prend la forme d'une pension alimentaire versée, selon le cas, au parent chez lequel l'enfant a sa résidence habituelle ou qui exerce la responsabilité parentale, ou à la personne à laquelle l'enfant a été confié.

Les modalités et les garanties de cette pension alimentaire sont fixées par le jugement de divorce ou, en cas de divorce par consentement mutuel, par la convention des époux homologuée par le tribunal.

Art. 274.– L'époux auprès duquel les enfants majeurs continuent de vivre pourra demander à son ex-conjoint de continuer à lui verser une pension alimentaire pour les enfants lorsque ceux-ci se trouvent encore, soit en cours d'études justifiées, soit à charge des parents pour infirmité ou autre motif.

Art. 275.– La dissolution du mariage par le divorce prononcé en justice ne privera pas les enfants nés de ce mariage des avantages qui leur étaient assurés par les lois, ou par les conventions matrimoniales de leurs père et mère, mais il n'y aura d'ouverture aux droits des enfants que de la même manière et dans les mêmes circonstances où ils se seraient ouverts s'il n'y avait pas eu de divorce.

Section V.– Des effets du divorce quant au logement familial

Art. 276.– (1) Le juge peut, à la demande de l'époux auprès duquel un ou plusieurs enfants communs âgés de moins de 12 ans ont leur résidence principale, attribuer à celui-ci la jouissance du logement familial qu'il s'agisse d'un bien commun ou d'un bien appartenant en propre à l'autre conjoint.

(2) L'attribution du logement à l'un des époux pourra se faire sous réserve du versement d'une indemnité d'occupation à l'autre conjoint propriétaire ou copropriétaire du logement.

L'indemnité d'occupation sera déduite, le cas échéant, de la pension alimentaire.

(3) Le juge détermine la durée de l'attribution du logement qui ne peut, sauf accord des époux, excéder deux ans à partir de la date à laquelle le divorce a acquis force de chose jugée.

(4) Le juge peut supprimer le droit d'habitation si des circonstances nouvelles le justifient.

Chapitre III.– De la séparation de corps

Art. 277.– La séparation de corps peut être prononcée à la demande de l'un des époux ou des deux époux conjointement dans les mêmes cas et sous les mêmes conditions de fond et de forme que le divorce.

Art. 278.– Lorsque le juge est saisi à la fois d'une demande en divorce et d'une demande en séparation de corps, le juge examine en premier lieu la demande en divorce. Il prononce celui-ci dès lors que les conditions en sont réunies.

Art. 279.– La séparation de corps emportera toujours séparation et partage de biens.

Si la séparation de corps cesse par la réconciliation des époux, ceux-ci demeurent soumis à la séparation de biens, sauf à convenir d'un nouveau régime matrimonial en observant les règles de l'article 1397.

Les articles 254 à 276 sont applicables à la séparation de corps.

Chapitre IV.– Des conflits de lois

Art. 280.– La séparation de corps et le divorce sont régis:

1. par la loi nationale des époux lorsqu'elle leur est commune;
2. par la loi de leur domicile effectif commun lorsqu'ils sont de nationalité différente;
3. par la loi du for lorsque les époux de nationalité différente n'ont pas de domicile effectif commun;
4. par la loi du for lorsque la loi nationale commune des époux est contraire à l'ordre public.“

B. Modification du nouveau Code de procédure civile

Le Nouveau Code de procédure civile est complété par un quatrième livre à la deuxième partie. Les articles 1252 à 1268 sous „Dispositions générales“ seront re-numérotés en conséquence. Le nouveau Livre IV de la deuxième partie a la teneur suivante:

„LIVRE IV

TITRE UNIQUE

La médiation en matière de divorce ou de séparation de corps

Art. 1252.– (1) Le tribunal doit, lorsqu’il est saisi d’une demande en divorce ou de séparation de corps pour rupture irrémédiable des relations conjugales entre époux, proposer aux conjoints une mesure de médiation. En cas d’accord de la part des époux, il nommera un médiateur.

Lorsque les époux ignorent la signification et le fonctionnement de la médiation, le tribunal peut ordonner une séance d’information dont les frais seront couverts par le budget de l’Etat, indépendamment des revenus des époux.

(2) Les parties peuvent, à tout moment de la procédure sauf en matière de référé, demander conjointement au juge de désigner un médiateur en matière de divorce ou de séparation de corps lorsque la demande en divorce ou en séparation de corps est fondée sur la rupture irrémédiable des relations conjugales entre les époux.

Le rejet de la demande conjointe de médiation doit être motivé.

Art. 1253.– (1) Le médiateur a pour mission d’entendre les parties ensemble, le cas échéant séparément, afin que les parties arrivent à une solution des différends qui les opposent.

(2) Le médiateur peut, avec l’accord des époux, entendre les tiers qui y consentent.

(3) Le médiateur informe le tribunal sur l’existence ou non d’un accord.

Art. 1254.– La médiation peut porter sur tout ou partie du litige.

En aucun cas elle ne dessaisit le tribunal de l’affaire, qui peut à tout moment prendre les mesures qui lui paraissent nécessaires.

Art. 1255.– (1) La médiation en matière de divorce ou de séparation de corps peut être confiée à une personne physique dès lors que celle-ci a été agréée à cet effet. En cas de complexité particulière, et si les parties sont d’accord, un co-médiateur peut être nommé.

(2) Pour accepter une mission de médiation dans le cadre d’un divorce ou d’une séparation de corps, la personne physique doit être capable et majeure. Elle doit également figurer sur la liste des médiateurs agréés par le ministre ayant la Justice dans ses attributions après avis du procureur général d’Etat.

(3) Pour être agréée, la personne physique doit:

- être âgée de 30 ans au moins;
- détenir un diplôme universitaire ou disposer d’une expérience professionnelle de cinq ans dans sa profession de base;
- avoir les connaissances en droit requises dans le domaine dans lequel le médiateur entend travailler;
- disposer d’une qualification et d’une formation en médiation de cent cinquante heures au moins, ainsi que d’une pratique adéquate.

En cas de doute sur la formation et/ou l’expérience professionnelle d’une personne, le Ministre de la Justice consulte l’Association Luxembourgeoise des médiateurs agréés (ALMA) pour avis.

(4) Avant d'entrer en fonction, le médiateur prête serment devant le ministre ayant la Justice dans ses attributions. Il doit jurer d'exercer ses missions en toute indépendance, impartialité et en respectant le principe de confidentialité.

Un règlement grand-ducal fixe les critères, la procédure d'agrément aux fonctions de médiateur et le mode de rémunération des médiateurs.

Art. 1256.– (1) La décision qui ordonne une médiation mentionne l'accord des parties, désigne le médiateur et la durée de sa mission. Elle fixe la date à laquelle l'affaire sera réappelée à l'audience.

(2) Les opérations de médiation devront être terminées au plus tard trois mois après la saisine du médiateur, sauf décision contraire du juge. Elles pourront être prolongées sur demande conjointe des parties par simple note au plumentif pour une durée supplémentaire d'un mois.

(3) Le greffier transmet sans délai et par simple courrier la décision qui ordonne la médiation tant au médiateur, qu'aux parties et à leurs avocats.

(4) Le médiateur fait connaître sans délai son acceptation ou son refus au juge.

En cas d'acceptation, il informe les parties du lieu, jour et heure où les opérations de médiation commenceront. Les parties pourront se faire assister par leur avocat.

(5) En cas d'indisponibilité du médiateur, il sera pourvu à son remplacement par note au plumentif.

(6) Le médiateur peut être récusé conformément à ce qui est prescrit aux titres XXV du Livre IV du Nouveau code de procédure civile.

Art. 1257.– Le juge peut mettre fin, à tout moment, à la médiation sur demande d'une partie ou à l'initiative du médiateur.

L'affaire est alors réappelée à une audience à laquelle les parties seront convoquées à la diligence du greffe. Une copie de la convocation est adressée au médiateur pour son information.

A l'audience prévue, le juge, s'il met fin à la mission du médiateur, poursuit l'instance. Le médiateur est informé de la décision.

Art. 1258.– A la fin des opérations de médiation, le médiateur informe par écrit le juge de l'existence ou non d'un accord sans autre indication. En cas d'accord, les parties remettront, le cas échéant, par avocats interposés, une copie de leur accord signé par elles.

Art. 1259.– (1) A l'audience à laquelle l'affaire est réappelée, le juge homologue à la demande des parties l'accord intervenu, après avoir vérifié si les intérêts des enfants sont suffisamment préservés. Il recueille, le cas échéant, l'avis du ministère public.

(2) En cas de désaccord total ou partiel, la procédure judiciaire est poursuivie sauf accord des parties à voir prolonger la mission du médiateur d'un délai supplémentaire d'un mois conformément aux dispositions de l'alinéa (2) de l'article 1256.

Art. 1261.– (1) Les documents produits, les communications faites et les déclarations recueillies au cours de la procédure de médiation sont confidentiels. Ils ne peuvent être ni produits ni invoqués dans la suite de la procédure ni dans le cadre de toute autre instance, sauf accord des parties.

(2) Les documents confidentiels transmis en violation de l'obligation de secret sont écartés d'office.

(3) Sans préjudice quant aux obligations légales, le médiateur ne peut rendre publics les faits dont il prend connaissance du fait de sa fonction. Il ne peut être appelé comme témoin dans une procédure

judiciaire relative aux faits dont il a eu connaissance au cours de la médiation. L'article 458 du code pénal s'applique au médiateur en matière de divorce ou de séparation de corps.

Art. 1262.– (1) La décision qui ordonne, prolonge ou met fin à la médiation en matière de divorce ou de séparation de corps est un jugement interlocutoire qui ne peut faire l'objet d'aucun recours.

(2) Le jugement interlocutoire fixe le montant de la provision à valoir sur la rétribution du médiateur en matière de divorce ou de séparation de corps. La provision est à charge des parties à part égales, sauf si les parties en décident autrement.“

Art. II.– Dispositions modificatives et abrogatoires

I.– Les dispositions suivantes du Code civil sont modifiées comme suit:

1) L'article 212 du Code civil est modifié comme suit:

Art. 212.–

„Les époux se doivent mutuellement fidélité respect, secours et assistance.“

2) L'alinéa 3 de l'article 214 du Code civil est modifié comme suit:

„Si l'un des époux s'acquitte de sa contribution par son activité au foyer, l'autre est obligé de lui fournir tout ce qui est nécessaire pour les besoins de la vie, selon ses facultés et son état, y compris une compensation en cas de perte subie dans la carrière d'assurance pension de vieillesse en cas de divorce ou de séparation de corps.“

3) L'article 227 du Code civil est modifié comme suit:

„**Art. 227.**– Le mariage se dissout:

1° par la mort de l'un des époux;

2° par le divorce ayant force de chose jugée.“

4) L'article 228 du Code civil est abrogé.

5) Le premier alinéa de l'article 1397 du Code civil est modifié comme suit:

„Dans les limites prévues à l'article 1387, les époux pourront apporter à leur régime matrimonial, conventionnel ou légal, toutes les modifications qu'ils jugent à propos et même le changer entièrement, par acte notarié.“

6) Le deuxième alinéa de l'article 1442 du Code civil est modifié comme suit:

„Si toute cohabitation et collaboration avaient pris fin entre eux avant que la communauté ne fut réputée dissoute selon les règles qui régissent les différentes causes prévues à l'article précédent, le juge pourra décider, à la demande de l'un ou de l'autre conjoint, que dans leurs rapports mutuels, l'effet de la dissolution sera reporté à la date où ils avaient cessé de cohabiter ou de collaborer.“

7) L'article 1518 du Code civil est modifié comme suit:

„**Art. 1518.**– Lorsque la communauté se dissout du vivant de l'époux, il n'y a pas lieu à délivrance du préciput mais l'époux au profit duquel il a été stipulé perd ses droits pour le cas de survie, sauf volonté contraire des époux exprimée lors du divorce.“

II.– Les dispositions suivantes du Nouveau Code de procédure civile sont modifiées comme suit:

1) Le deuxième alinéa de l'article 405 est complété de la manière suivante:

„Les personnes qui ne peuvent témoigner peuvent cependant être entendues dans les mêmes conditions, mais sans prestation de serment. Toutefois, les descendants ne peuvent jamais être entendus dans le cadre d'une demande en divorce ou en séparation de corps de leurs père et mère, sous réserve de l'article 388-1 du code civil.“

2) Le premier alinéa de l'article 1029 est libellé comme suit:

„La procédure relative au divorce tant par consentement mutuel que pour rupture irrémédiable des relations conjugales des époux est applicable à la séparation de corps.“

Art. III.– Dispositions transitoires

1. Les dispositions introduites par la présente loi s'appliquent aux procédures de divorce ou de séparation de corps introduites en justice après l'entrée en vigueur de la nouvelle loi.

2. Les procédures de divorce ou de séparation de corps ainsi que les procédures en référé y liées introduites en justice avant l'entrée en vigueur de la présente loi, restent régies par les dispositions en vigueur au moment où ces procédures ont été introduites. Il en va de même des voies de recours exercées. L'appel et le pourvoi en cassation sont formés, instruits et jugés selon les règles applicables lors du prononcé de la décision de première instance.

3. Les époux ensemble ou le demandeur seul peuvent renoncer à une procédure de divorce ou de séparation de corps déposée avant l'entrée en vigueur de la présente loi et qui n'a pas encore été toisée en lière instance.

Art. IV.– Entrée en vigueur

La présente loi entre en vigueur le premier jour du deuxième mois qui suit sa publication au Mémorial.

Service Central des Imprimés de l'Etat

5155/08

N° 5155⁸

CHAMBRE DES DEPUTES

Session ordinaire 2009-2010

PROJET DE LOI

portant réforme du divorce

* * *

AVIS COMPLEMENTAIRE DU CONSEIL D'ETAT

(16.7.2010)

Par dépêche du 13 mai 2009, le Président de la Chambre des députés, en conformité avec l'article 19(2) de la loi du 12 juillet 1996 portant réforme du Conseil d'Etat, a saisi le Conseil d'Etat d'amendements parlementaires au projet de loi sous rubrique, élaborés par la Commission juridique.

Un texte coordonné du projet de loi reprenant les amendements proposés par la commission parlementaire ainsi qu'une série d'observations préliminaires et un commentaire plutôt sommaire des amendements étaient joints à la lettre de transmission. A défaut de se voir saisi d'amendements présentés en bonne et due forme, le Conseil d'Etat base son avis sur le texte coordonné.

L'avis du Conseil d'Etat ne portera que sur les modifications proposées par la commission parlementaire, telles qu'elles découlent du texte coordonné. Par ailleurs, le Conseil d'Etat propose de scinder le projet de loi sous avis en deux, reprenant les modifications prévues au Nouveau Code de procédure civile sous le point B du projet amendé dans un avis à part.

Par ailleurs, le Conseil d'Etat note que la structure du texte proposé ne répond pas aux règles de légistique applicables aux actes législatifs. En vue d'une plus grande cohérence, il y aura lieu de faire abstraction des subdivisions A et B de l'article I et de faire figurer l'ensemble des modifications du Code civil et du Nouveau Code de procédure civile sous deux articles I et II distincts en respectant l'ordre numérique des articles appelés à être modifiés dans lesdits codes.

Le Conseil d'Etat recommande d'énumérer sous l'intitulé les différents codes que le projet de loi entend modifier. Si la commission parlementaire devait suivre le Conseil d'Etat dans ses propositions à l'endroit de l'article 266, l'intitulé serait à adapter de sorte à évoquer la modification du Code de la sécurité sociale.

*

EXAMEN DES ARTICLES*Ad a) Article 1er – Nouvelles dispositions**A. Modifications du Code civil**Article 229*

Conformément au projet de loi initial, la commission parlementaire ne retient que deux formes de divorce: le divorce par consentement mutuel et le divorce pour rupture irrémédiable des relations conjugales des époux, maintenant ainsi l'abrogation du divorce pour cause déterminée, telle que proposée par le Gouvernement. Le Conseil d'Etat renvoie à cet égard à ses observations émises dans son avis du 16 mars 2004, auxquelles il n'entend plus revenir.

En ce qui concerne les modifications d'ordre rédactionnel portées au présent article, le Conseil d'Etat relève que le nouveau libellé fait présumer que le divorce serait prononcé par le consentement mutuel des parties et non pas par le tribunal en cas de consentement mutuel des parties. Afin de redresser cette erreur, il propose de revenir à la version initiale de l'article 229 du Code civil, dont le libellé correspond à l'article 229 du Code civil français.

Les articles 230 à 237 nouveaux ont trait au divorce par consentement mutuel et remplacent les articles 230, 231, 234 et 235 à 240 du projet de loi initial. Les auteurs précisent que les modifications tiennent compte des observations formulées par le Conseil d'Etat et l'Ordre des avocats du Barreau de Luxembourg.

Article 230

Le libellé de cet article, tel que prévu par le projet de loi initial, a été quelque peu modifié. Le Conseil d'Etat approuve le remplacement des termes „projet de convention“ par celui de „convention“ ainsi que la précision de l'instance judiciaire compétente, alors que ces modifications rencontrent les critiques émises dans son avis du 16 mars 2004.

Par ailleurs, il se doit de relever que l'expression „tribunal civil“ est un terme impropre qu'il y aura lieu de supprimer à travers tout le texte du projet. En outre, les termes „ou devant le juge qui le remplace“ sont à supprimer alors que la question du remplacement du juge est une question d'organisation judiciaire interne.

Compte tenu de ces observations, l'alinéa 1 pourra être reformulé de la façon suivante:

„Lorsque les époux s'entendent sur la rupture du mariage et sur ses effets, ils soumettent à l'approbation du président du tribunal de l'arrondissement dans lequel ils ont leur domicile commun ou dans lequel l'une des parties a son domicile, une convention qui règle les conséquences de la rupture tant pendant la procédure qu'après le prononcé du divorce.“

Au point 2° du deuxième alinéa, une référence est faite aux dispositions relatives à la responsabilité parentale prévues par le projet de loi relatif à la responsabilité parentale (doc. parl. *No 5867*) que le Conseil d'Etat examinera dans un avis distinct.

Au point 4°, il suffit d'écrire „et“ et de supprimer le terme „ou“. Il y a lieu de faire suivre le mot „prestation“ par celui de „compensatoire“.

L'alinéa 3 de l'article 230 du projet gouvernemental avait reproduit l'article 276 actuel du Code civil. Ledit texte fut adopté par la loi du 5 décembre 1978 et prévoit que les époux sont tenus de faire procéder, préalablement à l'introduction de la demande en divorce par consentement mutuel, à un inventaire de leurs biens meubles et immeubles par l'organe d'un notaire. Lors des discussions à la Chambre des députés, il avait été précisé que cet inventaire n'était évidemment nécessaire que lorsqu'il y avait des biens communs dont le partage devait être opéré. „L'inventaire estimatif notarié n'est en effet exigé que pour éviter des discussions ultérieures tant sur la nature et la quantité des biens à répartir entre les conjoints que sur la valeur de ces biens. Lorsqu'il n'existe pas de biens à partager, un conflit ultérieur n'est pas à craindre et on ne voit pas pourquoi cette absence de biens devrait faire l'objet d'un constat notarié. Il en est de même des cas où les époux auraient déjà procédé entre eux au partage des biens de sorte que lors de l'introduction de la procédure il n'existe plus de biens. Un inventaire est également inutile dans les cas où il existe des biens, mais où ceux-ci ne sont pas sujets à partage entre les époux, ce qui sera le cas pour les biens propres à chaque époux. Pour ces raisons, il a été proposé d'ajouter au texte un nouvel alinéa, permettant aux époux de faire l'économie d'un acte notarié, en déclarant dans la convention entre parties prévue à l'article 277 qu'ils n'ont pas de biens sujets à partage entre eux. A la même occasion il a été précisé qu'en cas d'inventaire notarié, l'estimation des biens se fait en principe d'après la déclaration des époux. Ce n'est qu'au cas où ceux-ci ne peuvent se mettre d'accord qu'il y aura lieu à prisée.“ (cf. doc. parl. *No 1845* concernant la loi portant réforme du divorce pour cause déterminée du 5 décembre 1978)

Le texte amendé par la commission parlementaire ne prévoit l'inventaire et l'estimation à faire par acte notarié que pour les biens immeubles. Désormais, les biens meubles ne sont plus soumis à un inventaire estimatif notarié. Par contre, l'estimation des biens immobiliers ne pourra plus se faire d'après la déclaration des époux. De même, le libellé actuel impose aux époux de régler leurs droits respectifs, sur lesquels il leur sera néanmoins libre de transiger, qu'au seul égard des biens immeubles. Le Conseil d'Etat peut concevoir qu'il n'est pas nécessaire de soumettre l'inventaire et l'estimation des biens meubles à un acte notarié. Néanmoins, il a du mal à suivre la commission parlementaire dans sa proposition concernant les autres modifications relatives tant à l'estimation des biens immobiliers qu'à l'obligation de régler les droits respectifs des époux que par rapport aux biens immeubles. Pour éviter toutes discussions ultérieures, le Conseil d'Etat recommande d'imposer aux époux de régler

l'ensemble des problèmes relatifs à leurs patrimoines. Soit l'article 1287 du Code judiciaire belge¹, soit l'article 1091 du Code de procédure civile français² pourront servir de modèle. Le Conseil d'Etat souligne par ailleurs que les questions ayant trait au partage des biens meubles et immeubles ne concernent en tout état de cause que les biens communs des époux. Il faudra insérer cette précision dans le texte.

In fine, les termes „projet de convention“ sont à remplacer par „convention“ conformément à la modification opérée à l'alinéa premier.

Le texte amendé prévoit que l'article 1118 du Code civil, relatif à la lésion qui vicie un contrat, s'applique sauf renonciation expresse. Selon la commission parlementaire, cette disposition s'explique du fait que la convention, comme tout contrat, tombe sous l'application de l'article 1134 du Code civil. Le Conseil d'Etat s'interroge sur la portée de cette disposition: quels sont les éléments de la convention qui devraient être soumis à l'application de l'article 1118? Pour ce qui est de la liquidation et du partage de la communauté, l'article 1476 du Code civil prévoit en effet l'application des règles qui sont établies au titre „Des successions“ pour les partages entre cohéritiers (ce principe est d'ailleurs rappelé à l'article 250 du présent projet). Pour déterminer l'existence d'une lésion d'un partage, le mode de calcul diffère de celui de l'article 1118 du Code civil. D'ailleurs, l'action en rescision pour cause de lésion des partages est recevable, même si l'acte qui met fin à l'indivision constitue une transaction. Si l'on considérait l'acte de partage de la communauté des époux comme un contrat, l'article 2051 du Code civil, qui spécifie que les transactions ne peuvent être attaquées pour cause de lésion, serait applicable.

Le nouvel article 233 du projet de loi prévoit que la convention une fois homologuée fait partie intégrante de la décision définitive de divorce. Or, il est généralement admis que la convention homologuée, qui revêt un caractère juridictionnel, ne peut être remise en cause que par l'exercice de l'une des voies de recours ouverte contre la décision de justice. D'après une jurisprudence constante de la Cour de cassation française³, les actions en nullité ou en rescision pour lésions exercées après homologation prononcée par le juge ont été déclarées irrecevables.⁴ La jurisprudence a retenu que la convention définitive ne pouvait être remise en cause sans remettre en cause le consentement des époux et que dès lors l'action en rescision pour lésion de plus du quart était irrecevable. En conclusion, l'application de l'article 1118 serait donc réservée à la durée de la procédure de divorce, dans les cas où une deuxième comparution des parties est prévue. Or, dans cette hypothèse, la partie qui s'estime lésée s'abstiendra de comparaître, de sorte que cette disposition est superflue.

Au vu des contrariétés juridiques inhérentes à cette proposition de la commission parlementaire, le Conseil d'Etat insiste, sous peine d'opposition formelle, sur la suppression de la disposition relative à l'application de l'article 1118.

Le dernier alinéa de l'article amendé semble vouloir consacrer le principe que la pension alimentaire fixée dans la convention ne serait plus révisable, à moins que la convention ne le prévoit (et non pas prévoit comme proposé par la commission parlementaire) expressément. Cette interprétation est d'ailleurs corroborée par le commentaire de l'article amendé. La deuxième partie de la phrase renvoie à l'article 269 nouveau qui pose le principe que la pension alimentaire est toujours révisable et révocable, sauf si elle a été allouée sous forme de capital ou si elle a fait l'objet d'une transaction globale. Les auteurs de l'amendement précisent que les conventions reflètent un règlement transactionnel sur tous les effets patrimoniaux comprenant tant la liquidation du patrimoine commun que la question des secours, ce qui semble expliquer le principe de la non-révision de la pension alimentaire fixée par convention posé par les auteurs. Dès lors, le Conseil d'Etat a quelque mal à saisir l'opportunité du renvoi à l'article 269, de même que celui à l'article 887 du Nouveau Code de procédure civile, qui, à ses yeux, est totalement incompréhensible. Faute d'explication convaincante, il propose la suppression

1 Art. 1287. Les époux déterminés à opérer le divorce par consentement mutuel sont tenus de régler préalablement leurs droits respectifs sur lesquels il leur sera néanmoins libre de transiger.

Ils ont la faculté de faire dresser préalablement inventaire conformément au Chapitre II – De l'Inventaire du Livre IV.

Ils doivent constater dans le même acte leurs conventions au sujet de l'exercice des droits prévus aux articles 745bis et 915bis du Code civil pour le cas où l'un d'eux décéderait avant le jugement ou l'arrêt prononçant définitivement le divorce.

2 Art. 1091. A peine d'irrecevabilité, la requête comprend en annexe une convention datée et signée par chacun des époux et leur avocat portant règlement complet des effets du divorce et incluant notamment un état liquidatif du régime matrimonial ou la déclaration qu'il n'y a pas lieu à liquidation. L'état liquidatif doit être passé en la forme authentique devant notaire lorsque la liquidation porte sur des biens soumis à publicité foncière.

3 Cf. Jurisclasseur.

4 Cf. Arrêt de la Cour de cassation française, chambre civile 1, du 3 mars 2010.

du bout de phrase „ou sous réserve des dispositions de l'article 269 du présent code et de l'article 887 du nouveau code de procédure civile“. D'ailleurs, le Conseil d'Etat considère que cette disposition pourrait utilement être intégrée à l'article 269 de sorte que le dernier alinéa de l'article 230 serait à supprimer en entier. En cas de réagencement de l'article 269, la question de savoir si la disposition concernant la possibilité de réviser la pension alimentaire, en cas de détérioration de la situation du débiteur d'aliments due à des circonstances indépendantes de sa volonté s'applique aux pensions alimentaires fixées dans la convention dans le cadre d'un consentement mutuel, devrait trouver une réponse précise.

Finalement, le Conseil d'Etat note que l'article 230 tel que figurant au projet initial comportait un dernier alinéa qui imposait une condition de durée du mariage d'un an aux époux avant de pouvoir entamer une procédure de divorce par consentement mutuel. Bien que la commission parlementaire déclare dans le commentaire relatif aux amendements vouloir reprendre cette condition, une telle disposition ne figure nulle part dans le texte amendé.

Article 231

La procédure amendée par la commission parlementaire introduit l'assistance facultative par un avocat à la Cour aux parties. Le texte ne précise pas à quel stade de la procédure le ou les avocats seront admis et notamment s'ils peuvent assister leurs parties lors de l'entretien individuel que le juge peut avoir avec chacune d'elles séparément. A noter que le texte de l'article 231 du Code civil français précise que le juge examine la demande avec chacun des époux, puis les réunit. Il appelle ensuite le ou les avocats. Afin d'éviter toute controverse, le Conseil d'Etat recommande de spécifier les devoirs pour lesquels l'assistance des avocats est admissible.

Si le juge a des doutes au sujet de la volonté éclairée et libre des parties de divorcer, il peut examiner la demande avec chacun des époux sans la présence de l'autre avant de les réunir. Le Conseil d'Etat constate que le texte omet de spécifier les suites à donner aux déductions du juge. Il estime qu'il faudra au moins préciser que les époux doivent persister en leur intention de divorcer, faute de quoi la demande serait caduque. La simplification de la procédure de divorce par consentement mutuel envisagée par les auteurs du présent projet de loi par rapport à la procédure existante ne devra pas se faire au détriment de règles de procédure précises, qui sont le garant des droits des justiciables.

Au cas où le juge estime que la convention ne préserve pas suffisamment les intérêts des enfants, le texte prévoit que le juge „doit attirer l'attention des époux sur ce point afin qu'ils puissent prendre position“. Selon le commentaire, il est important que le refus soit précédé d'un débat contradictoire. Cependant, le Conseil d'Etat constate qu'une fois de plus le juge ne tire dans l'immédiat aucune conséquence de ses conclusions. Ce n'est qu'après la deuxième comparution que le juge refusera l'homologation de la convention et le prononcé du divorce s'il constate que la convention contient des dispositions qui préservent insuffisamment les intérêts des enfants. Le Conseil d'Etat aurait une préférence pour le libellé prévu à l'article 1290 du Code judiciaire belge qui prévoit que „le juge peut proposer aux parties de modifier les dispositions des conventions relatives à leurs enfants mineurs si elles lui paraissent contraires aux intérêts de ces derniers“. A noter que ce même article du Code judiciaire belge prévoit expressément que le juge peut lors de la comparution des époux décider d'office d'entendre les enfants. Le projet de loi prévoit une telle disposition dans le cadre de la procédure de divorce pour rupture irrémédiable (articles 243 et 271 du Code civil), mais non pas dans le cadre de la procédure du divorce par consentement mutuel. S'il est vrai que l'article 388-1 du Code civil accorde au mineur capable de discernement le droit d'être entendu par le juge dans toute procédure le concernant, on peut néanmoins s'interroger sur le bien-fondé de cette disparité.

Finalement, le Conseil d'Etat se demande s'il appartient au juge d'autoriser les époux à résider séparément pendant le temps de la procédure. En effet, comme le projet sous avis entend valoriser les accords entre époux, il faudra reconnaître que ce sont les époux eux-mêmes qui se dispensent de cohabiter et que le juge ne pourra que prendre acte de cette dispense, qui devra figurer dans le procès-verbal à établir.

Article 232

La commission parlementaire réintroduit la double comparution des parties, espacée d'un délai de six mois. Une dispense de la deuxième comparution peut être accordée par le juge si les époux le demandent et s'il n'y a pas de mesures accessoires en cause. Le Conseil d'Etat peut marquer son accord

à cette proposition qui prend en compte ses observations formulées dans son avis du 16 mars 2004. Il propose cependant de faire figurer cette disposition à la fin de l'article 231.

Article 233

Le libellé de cet article laisse sous-entendre que le juge, qui a des doutes sur la volonté réelle des époux de divorcer ou sur le consentement libre et éclairé de l'un des époux, pourra refuser d'homologuer la convention et ne pas prononcer le divorce.

En ce qui concerne la nature juridique de la convention homologuée, le Conseil d'Etat renvoie à ses observations sous l'article 230.

Article 234

D'après le Conseil d'Etat, les époux peuvent introduire une nouvelle requête quand bon leur semble. Il ne voit pas l'utilité d'une telle disposition qui, à ses yeux, est superfétatoire.

Articles 235 à 237

Sans observation.

Articles 238 à 241

Ces articles figurant sous la section „Généralités“ ont trait à l'introduction de la procédure de divorce pour rupture irrémédiable. Les auteurs du projet initial avaient prévu une procédure préalable à l'assignation en divorce à introduire par voie de requête. Le Conseil d'Etat s'était prononcé dans son avis précité en faveur de l'introduction de la demande de divorce unilatérale par voie d'assignation plutôt que par voie de requête. La commission parlementaire se rallie à ce point de vue et propose l'introduction de la demande de divorce par assignation. Toutefois, le Conseil d'Etat donne à considérer qu'un seul des époux pourra prendre l'initiative de faire assigner son conjoint de sorte que la demande ne pourra pas être conjointe comme le prévoit l'article 238. Une demande conjointe ne peut se faire que par requête.

L'article 239 pose le principe d'un droit au divorce unilatéral et de la suppression du divorce pour cause déterminée ou pour „faute“. Désormais, la désunion irrémédiable entre les époux sera la seule cause de divorce à côté du consentement mutuel et le divorce sera le constat objectif d'un échec plutôt que la sanction d'une faute. Si beaucoup de législations européennes ont introduit le divorce pour rupture irrémédiable des relations conjugales dans leur système juridique et considèrent la désunion comme un état de fait objectif, constaté indépendamment de toute considération sur le comportement des conjoints pendant la vie commune, elles prévoient cependant les cas de figure dans lesquels la désunion peut être considérée comme irrémédiable. La plupart du temps, la constatation de la désunion pourra être prouvée par une séparation de fait d'un certain laps de temps⁵, qui sera considéré comme preuve irréfragable de la désunion des époux. La séparation de fait des époux peut, dans la plupart des législations, être établie par toutes voies de droit. Le constat de l'existence de la désunion irrémédiable oblige le juge à prononcer la dissolution du mariage, sans avoir à constater la faute et sans avoir à rechercher l'accord de l'autre époux.

Contrairement à la plupart des autres législations européennes, ni le projet de loi initial ni la commission parlementaire n'ont prévu de disposition qui imposerait au demandeur d'établir la réalité de la désunion par une preuve quelconque. Le Conseil d'Etat avait déduit de certaines dispositions du projet initial que les auteurs avaient eu l'intention d'imposer la charge de la preuve de la réalité de la désunion au demandeur en divorce, même si le texte restait muet à cet égard⁶. Le commentaire de la commission parlementaire relatif à l'amendement proposé enlève cependant toute incertitude à cet égard: „Dans la mesure où il s'agit d'une cause de divorce objective, il n'est nul besoin pour le demandeur de rapporter la preuve de la réalité des faits sur lesquels il base sa demande; la simple demande en divorce est la preuve que le maintien des relations matrimoniales n'est plus possible“. Or, le Conseil d'Etat se doit de constater que l'appréciation de la réalité de la désunion est totalement subjective alors qu'elle appartient au seul demandeur. En outre, si le commentaire souligne que l'article 239 nouveau

5 Délai d'un an prévu à l'article 229, paragraphe 3 du code civil belge, délai de deux ans prévu à l'article 114 du code civil suisse, délai de trois ans prévu à l'article 1566, alinéa 2 BGB.

6 Avis du Conseil d'Etat du 16 mars 2004 relatif au projet de loi portant réforme du divorce, p. 14.

contient une présomption simple, le libellé même de l'article érige cette présomption en présomption irréfragable. Le Conseil d'Etat s'interroge dès lors sur l'intention réelle de la commission parlementaire. Il réitère sa position définie dans son avis du 16 mars 2004 selon laquelle il s'était prononcé en faveur d'une solution qui, à côté de la preuve de la désunion irrémédiable par l'accord de l'époux défendeur sur le principe du divorce, érigerait la séparation de fait continue et effective pendant un certain laps de temps en présomption irréfragable de la désunion irrémédiable. C'est d'ailleurs la voie empruntée par le législateur belge dans la loi du 27 avril 2007 réformant le divorce. Une telle solution permet d'empêcher les demandes intempestives et de calmer les appréhensions de certains qui craignent que cette nouvelle procédure aboutisse en une forme de divorce-répudiation. Par ailleurs, elle serait conforme à la démarche adoptée dans le cadre de la procédure du divorce par consentement mutuel où la deuxième comparution est maintenue pour accorder un délai de réflexion aux parties.

Toutes les incohérences inhérentes au texte proposé mettent en cause la sécurité juridique, de sorte que le Conseil d'Etat doit s'opposer formellement à l'article 239.

L'article 240 détaille la forme de l'assignation. Le Conseil d'Etat estime qu'un simple renvoi à la forme ordinaire devrait suffire sans qu'une nouvelle énumération des mentions contenues aux articles 153 et suivants du Nouveau Code de procédure civile (NCPC) soit nécessaire. Même si l'actuel article 236 du Code civil contient certains éléments de procédure, la question se pose si dans le cadre d'une nouvelle législation ils ne devraient figurer dans le NCPC, ceci d'autant plus que l'article 1029 du NCPC, qui détermine d'ores et déjà le contenu de l'assignation en cas de séparation de corps, sera modifié par le présent projet.

Au vu de l'articulation des nouveaux articles 1252 et suivants du NCPC, le Conseil d'Etat estime que l'article 241 est superfétatoire et propose de le supprimer.

Articles 242 à 245

Ces articles se rapportent aux mesures provisoires auxquelles peut donner lieu la demande en divorce. Dans son avis du 16 mars 2004 précité, le Conseil d'Etat s'était formellement opposé aux dispositions du projet initial réglant les mesures accessoires au divorce au motif qu'elles étaient extrêmement floues et lacunaires de sorte à créer une insécurité juridique pour les usagers du droit. Pour apaiser les inquiétudes du Conseil d'Etat, la commission parlementaire propose de revenir à la procédure actuellement en vigueur et de maintenir en gros le contenu des actuels articles 267 et suivants du Code civil.

Le Conseil d'Etat note que, contrairement au texte actuel et au projet de loi initial, la commission parlementaire soustrait à la compétence du juge des référés les mesures relatives aux biens des parties, sans fournir d'explication. La disposition prévue à l'article 268 actuel du Code civil, qui précise que l'époux qui ne dispose pas de revenus suffisants pour subvenir à ses besoins peut demander une pension alimentaire proportionnée aux facultés de l'autre époux, n'est pas non plus reprise par le texte amendé, sans que pour autant la commission se prononce sur cette omission. On peut admettre que le secours alimentaire à allouer au cours de l'instance en divorce devra être fixé selon les critères qui, comme dans le passé, sont à rechercher dans l'article 212 du Code civil et non pas selon les nouveaux critères fixés à l'article 265 du projet sous avis. Pour ces raisons, le Conseil d'Etat insiste à ce que le texte actuel régissant les mesures accessoires à la procédure du divorce, qui a fait ses preuves, soit intégralement maintenu.

Articles 246 et 247

Ces articles ont trait aux fins de non-recevoir de l'action en divorce et reprennent les dispositions des articles 272 et 273 actuels du Code civil relatifs aux fins de non-recevoir contre l'action en divorce pour cause déterminée. Le Conseil d'Etat a du mal à saisir les raisons pour lesquelles ces dispositions sont maintenues dans le cadre du divorce pour rupture irrémédiable. En effet, la fin de non-recevoir découlant de la réconciliation ou du maintien de la vie commune pourrait se concevoir en cas de demande unilatérale formée avant que la désunion ne soit considérée comme irrémédiable par l'écoulement d'un certain laps de temps de la séparation de fait. Dans ce cas, la réconciliation ou le maintien de la vie commune auraient pour effet de démentir le caractère irrémédiable de la désunion. Du moment que l'assignation en divorce présente une présomption irréfragable de la désunion irrémédiable des époux, seuls le désistement ou la mort pourront éteindre l'action en divorce.

Articles 248 à 251

Les articles sous rubrique remplacent les articles 252 à 254 du projet initial et portent sur le prononcé du divorce. Dans la version initiale, le tribunal devait constater le caractère irrémédiable de la rupture des relations conjugales avant de prononcer le divorce et de statuer sur les conséquences. A l'époque, le Conseil d'Etat avait signalé aux auteurs du projet initial qu'en fait les juges ne disposaient plus d'aucun pouvoir d'appréciation puisqu'il n'était pas prévu que le tribunal puisse imposer au demandeur de divorce de fournir la preuve de la réalité de la désunion de sorte qu'il ne pouvait qu'entériner le divorce. En laissant de côté le constat du caractère irrémédiable de la rupture des relations conjugales, la commission parlementaire consolide cette position. A cet égard, le Conseil d'Etat renvoie à ses observations sous les articles 238 à 241.

En ce qui concerne le libellé de l'alinéa premier de l'article 248, le Conseil d'Etat propose de remplacer le terme „conséquences“ par celui d'„effets“.

Ce n'est qu'à défaut d'un accord trouvé par les époux pendant la procédure que le tribunal ordonne la liquidation du régime matrimonial et le partage des intérêts patrimoniaux des époux. Le Conseil d'Etat estime que ni l'agencement des articles 248 à 251 proposés ni le libellé des articles 248 et 250 tiennent suffisamment compte de cette hypothèse. Il considère que le libellé de l'alinéa 2 de l'article 248 devra tenir compte du fait que le juge entérinera les points réglés par les parties concernant les effets du divorce et que l'accord trouvé entre parties fera partie intégrante du jugement de divorce. De même, l'article 250 devrait prévoir que ce n'est qu'à défaut d'accord conclu entre époux que le tribunal ordonne la liquidation et le partage.⁷ Ceci d'autant plus que lors de l'introduction de l'instance, le demandeur, sous peine de nullité, doit fournir une proposition de règlement des intérêts concernant, entre autres, les biens des époux (article 240). Si la liquidation n'a pu intervenir au moment du divorce, il y a lieu d'accélérer le règlement définitif des intérêts patrimoniaux des époux en encadrant les opérations de liquidation et de partage de délais stricts.

La commission parlementaire insiste sur le maintien d'une date butoir concernant la durée des opérations de liquidation et de partage. Ce délai fixé à un an dans le projet initial est ramené à six mois, prorogeable d'une nouvelle période de six mois, le cas échéant. La date butoir proposée était initialement prévue par l'article 267-1 du Code civil français. Or, il est intéressant de noter que, dans un esprit de simplification des règles de partage des intérêts patrimoniaux des époux après le prononcé du divorce, la loi No 2009-526 du 12 mai 2009 de simplification et de clarification du droit et d'allègement des procédures ne fait plus référence à l'échéancier prévu à l'ancien article 267-1 du Code civil⁸ pour dresser l'état liquidatif du patrimoine des époux et soumet, dorénavant, les opérations de liquidation et de partage aux règles du partage judiciaire. Selon le législateur français, les dispositions de procédure spécifiques prévues par cet article seraient difficiles à articuler avec les dispositions prévues au Code de procédure civile relatives au partage judiciaire. Par le renvoi à l'article 1476 du Code civil, la commission parlementaire rappelle que les règles, qui sont établies au titre „Des successions“ pour les partages entre cohéritiers, s'appliquent à la liquidation et au partage des époux. Des problèmes d'articulation similaires à ceux invoqués par le législateur français ne peuvent donc pas non plus être exclus dans le contexte luxembourgeois. Par ailleurs, la question se pose s'il ne vaudrait pas mieux d'intégrer les dispositions procédurales relatives à la liquidation et au partage des intérêts patrimoniaux des époux dans le Nouveau Code de procédure civile.

Articles 252 et 253

Les dispositions prévues sous ces articles sont relatives aux voies de recours et remplacent les articles 255 et 256 du projet initial. En ce qui concerne l'article 252 proposé, la commission parlementaire revient au libellé de l'article 261-1 actuel du Code civil. De ce fait, elle ne reprend pas la possibilité d'acquiescement prévue à l'article 255 du projet initial. En outre, la commission parlementaire revient à la notion de „huissier commis“, abandonnée par les auteurs du projet initial. Le Conseil d'Etat s'interroge sur ce revirement, nullement expliqué dans le commentaire des articles. Il se demande si la commission d'un huissier donne plus de garanties au défaillant et propose de revenir au texte initial. En ce qui concerne le délai pour se pourvoir en cassation, il y aura lieu de remplacer le mot „jugement“

7 Cf. Article 267 du Code civil français: „A défaut d'un règlement conventionnel par les époux, le juge, en prononçant le divorce, ordonne la liquidation et le partage de leurs intérêts patrimoniaux.“

8 Art. 267-1 du Code civil français: „Les opérations de liquidation et de partage des intérêts patrimoniaux des époux se déroulent suivant les règles fixées par le Code de procédure civile.“

par ceux de „une décision rendue en dernier ressort“. Par ailleurs, le Conseil d'Etat recommande d'employer la forme du présent de l'indicatif et non pas celle du futur.

Articles 254 à 256

Ces articles remplacent les articles 258, alinéas 2 et 3 et 259 initiaux et ne comportent pas de modification substantielle par rapport au projet initial. Le Conseil d'Etat estime que la transcription du divorce devrait se faire à la diligence des parties tant pour le divorce par consentement mutuel que pour le divorce pour rupture irrémédiable des relations conjugales. Ainsi, le deuxième tiret de l'article 256 sous avis serait à supprimer. Cependant, le Conseil d'Etat s'interroge sur l'opportunité d'abandonner cette démarche à la discrétion des parties alors que la transcription au registre de l'état civil est une question touchant à l'ordre public. Ne faudrait-il pas, à l'instar de la législation belge, confier ce devoir au greffe?

Articles 257 à 260

Le Conseil d'Etat suggère de revenir au libellé du projet initial en ce qui concerne l'intitulé de la section II qui se lira comme suit: „*De la date à laquelle se produisent les effets du divorce*“. Les articles sous examen remplacent les articles 257, 258, alinéa 1, 260 et 261 du projet initial.

Le Conseil d'Etat constate que la commission parlementaire entend réintroduire la disposition figurant actuellement à l'article 266, alinéa 3 du Code civil que les auteurs du projet de loi initial avaient supprimée. Le Conseil d'Etat s'interroge sur la plus-value de cette disposition.

Articles 261 à 270

Dans l'intitulé de la section III, le Conseil d'Etat propose de remplacer les termes „quant aux époux“ par ceux de „*pour les époux*“.

Les auteurs du projet initial avaient retenu que, dans l'hypothèse d'un divorce prononcé pour cause de rupture irrémédiable des relations conjugales des époux, la perte des avantages matrimoniaux était de principe, sauf accord contraire conclu par les époux. Dans son avis du 16 mars 2004, le Conseil d'Etat avait critiqué cette approche alors qu'il estimait qu'elle ne cadrerait pas avec l'objectif du projet de loi qui visait à abandonner l'idée de faute également dans les conséquences du divorce. Le texte amendé procède à un revirement total que la commission parlementaire ne commente pas autrement. Ce revirement est en ligne avec les modifications apportées par la loi No 2004-439 du 26 mai 2004 aux articles 265 et 265-1 du Code civil français. Le Conseil d'Etat propose de modifier l'article 262 et de remplacer les termes „sur les stipulations du contrat de mariage“ par ceux de „sur les avantages matrimoniaux consentis par l'un des époux au profit de l'autre par contrat de mariage“. Le Conseil d'Etat rappelle que l'article 1096 du Code civil, qui dispose que „Toutes donations faites entre époux pendant le mariage, quoique qualifiées entre vifs, seront toujours révocables“, reste applicable.

Dans son avis du 16 mars 2004 précité, le Conseil d'Etat avait critiqué le caractère indemnitaire de la pension alimentaire que le projet de loi visait à instaurer. Dans le commentaire des articles sous examen, la commission parlementaire explique longuement pour quelles raisons elle ne saurait partager le point de vue du Conseil d'Etat. Cependant, le texte amendé semble suivre les recommandations du Conseil d'Etat. En effet, l'article 265, alinéa 1 ne reprend plus l'objectif fixé par le projet initial, à savoir de „compenser, autant que possible, la disparité que la rupture du mariage crée dans les conditions de vie respectives“. Le nouveau libellé se limite à allouer une pension alimentaire destinée à subvenir à l'entretien du demandeur. Le Conseil d'Etat marque son accord aux critères sur lesquels le tribunal devra baser sa décision. Il constate que la commission parlementaire introduit la notion de „déclaration de sincérité“ à faire par les parties sur leur situation patrimoniale exacte. Cette notion se rapproche de la „déclaration certifiant sur l'honneur l'exactitude de leurs ressources, revenus, patrimoine et conditions de vie“ prévue à l'article 272 du Code civil français. Le législateur français a parallèlement introduit cette notion dans le Code de procédure civile. Le Conseil d'Etat estime que les règles relatives à la forme et au contenu de cette déclaration de sincérité devraient être introduites dans le NCPC, de même qu'une sanction relative à une éventuelle fausse déclaration.

Indépendamment de la pension alimentaire, l'article 266 nouveau introduit le principe d'une prestation compensatoire visant à réparer le préjudice subi par l'époux qui a interrompu son activité professionnelle pour des raisons d'ordre familial ou dans l'intérêt de l'autre conjoint. Par cette disposition, la commission parlementaire entend introduire le principe du splitting des droits à pension. Le Conseil d'Etat avait dans son avis du 16 mars 2004 insisté sur une solution parallèle relative à l'individualisation

des droits et le partage des droits en matière d'assurance pension. Pour tenir compte du fait qu'un époux n'a pas pu exercer une activité professionnelle ou a eu une activité professionnelle réduite pour des raisons familiales, un certain nombre de pays, dont notamment l'Allemagne, l'Angleterre et la Suisse, ont prévu le partage des droits à pension de retraite acquis pendant le mariage. La plupart du temps, le partage se concrétise par le transfert d'une partie des droits du titulaire à son conjoint et en principe non pas par un versement en espèces.

La solution retenue par la commission parlementaire consiste à allouer une prestation compensatoire au conjoint ayant interrompu complètement ou partiellement son activité professionnelle. Le texte proposé prévoit une compensation en cas d'interruption non seulement pour des raisons d'ordre familial, mais encore pour favoriser la carrière de l'autre conjoint au détriment de la sienne ou pour encadrer un membre de famille en situation de dépendance. D'après le Conseil d'Etat, les causes énoncées pour l'abandon ou la réduction de l'activité professionnelle pourraient au demeurant se limiter aux raisons d'ordre familial, qui couvrent à son avis à suffisance de droit l'hypothèse assez subjective d'un abandon de l'activité „pour favoriser la carrière de l'autre conjoint au détriment de la sienne“ ou celle d'encadrer un membre de la famille dépendant.

A la lecture du commentaire de l'article, on pourrait croire que cette prestation se confond avec la pension alimentaire. Or, l'agencement et le libellé des articles n'admettent pas une telle interprétation mais, au contraire, permettent de conclure qu'une prestation compensatoire, qui se distingue de la pension alimentaire par sa nature même, pourra être allouée à l'époux qui a interrompu partiellement ou totalement son activité professionnelle, même s'il n'est pas dans le besoin et ne bénéficie de ce fait pas d'une pension alimentaire.

L'article 265 relatif à la pension alimentaire détermine le mode de fixation de la pension alimentaire „selon les besoins de l'époux à qui elle est versée et des ressources de l'autre“. Par contre, l'article 266, qui impose aux services de la Sécurité sociale de fournir les calculs nécessaires pour évaluer le préjudice, ne donne aucune indication quant à la base des calculs à effectuer.

Sur la base de ces informations, le tribunal devra déterminer le montant de la prestation compensatoire ou le montant du capital à verser à son profit par l'autre conjoint, en se basant comme seul critère sur la disposition prévue à l'article 214. Or, le renvoi à cet article ne donne pas de réponse satisfaisante à cette problématique: cette disposition prévoit en effet qu'à défaut de règle conventionnelle, chaque époux contribue aux charges du ménage à proportion de ses facultés. Dès lors, en fixant le montant de la compensation, le juge devra-t-il évaluer les facultés respectives des époux *ex post*, en tenant compte de leurs ressources pécuniaires, de leurs contributions en nature et de l'intégralité des charges auxquelles les époux ont fait face durant le mariage? Une telle mission du juge, qui s'ajouterait à la détermination de la perte effectivement subie dans la carrière d'assurance pension de vieillesse de l'un des époux par rapport à l'autre, relèverait de l'impossible.

D'après le Conseil d'Etat, il n'est pas admissible que le tribunal se remette aux services de la Sécurité sociale pour calculer une prestation sans qu'on fixe à ceux-ci des lignes de conduite précises.

La sécurité sociale, c'est-à-dire le Centre commun de la sécurité sociale ou l'organisme de pension compétent, peut certes fournir des données sur le revenu professionnel de ses assurés; toutefois, il faut se rendre à l'évidence que ces données connaissent certaines limites:

- Toutes les personnes relevant du droit civil ne sont pas nécessairement assurées auprès de la sécurité sociale luxembourgeoise. Tel est le cas pour les fonctionnaires internationaux, disposant de leur propre régime de sécurité sociale, ou encore de personnes relevant ou ayant relevé sur une certaine période d'un régime de sécurité sociale étranger. Pour les fonctionnaires luxembourgeois, les données disponibles auprès du Centre commun de la sécurité sociale ne le sont qu'à partir de 1999.
- Les revenus professionnels disponibles sont plafonnés en règle générale au quintuple du salaire social minimum.
- La sécurité sociale ne dispose pas de données sur les autres revenus disponibles du ménage.

Au regard du dispositif proposé, on pourrait admettre que les auteurs entendent remplacer ce que le conjoint „aurait gagné“ s'il n'avait pas abandonné ou réduit son activité. Si l'on accepte les données de la sécurité sociale, malgré ces lacunes, en lieu et place d'éléments de preuve à fournir par les parties, les données ne peuvent renseigner que sur le revenu professionnel, dont un assuré disposait au moment où il a cessé ou réduit son activité professionnelle. En aucun cas, les services de la sécurité sociale ne sauraient calculer de manière spéculative quel aurait été le revenu professionnel si la personne concernée n'avait pas abandonné ou réduit son activité professionnelle. De l'avis du Conseil d'Etat, le point

de repère ne peut être constitué que par le salaire dont la personne concernée disposait au moment de l'abandon ou de la réduction de l'activité professionnelle. Cette base permettrait aux services de la sécurité sociale de reconstituer la carrière d'assurance en prenant en compte certains éléments tels les baby-years, les cotisations des aidants prises en charge par l'assurance dépendance ou encore des cotisations versées volontairement à charge du ménage pendant l'interruption ou la réduction de l'activité professionnelle.

Même si le Conseil d'Etat approuve entièrement la volonté de la commission parlementaire de trouver une solution par rapport au partage des droits en matière d'assurance pension, il ne saurait cependant souscrire à la démarche empruntée. Sans vouloir remettre en cause cette souplesse nécessaire en la matière, l'esquisse de la solution reste trop sommaire, de sorte que le Conseil d'Etat doit s'y opposer formellement en raison de l'insécurité juridique qu'elle comporte.

Si le législateur entend poursuivre dans la voie esquissée, deux solutions pourront être envisagées: l'époux qui a interrompu sa carrière se verra attribuer une prestation compensatoire qui représentera le montant des cotisations nécessaire pour couvrir, moyennant un achat rétroactif, soit les périodes d'interruption ou de réduction de la carrière d'assurance pension, soit la moitié de la différence des revenus cotisables ou pensions portés en compte au profit des deux époux pendant la période considérée.

L'article 268 proposé prévoit que la prestation compensatoire peut être versée sous forme de capital et que ce capital doit être employé intégralement au rachat des droits à pension du bénéficiaire. Aux yeux du Conseil d'Etat, la prestation compensatoire qui est échelonnée doit également être versée à l'organisme de pension compétent pour l'achat rétroactif. Par ailleurs, il y a lieu d'accorder à l'organisme de pension une action directe contre le débiteur de la prestation compensatoire.

Finalement, le Conseil d'Etat estime qu'il convient de prévoir certaines adaptations à la législation de la sécurité sociale.

Aussi, le Conseil d'Etat propose-t-il de reformuler l'article 266 et, suivant la solution pour laquelle la commission parlementaire optera, recommande-t-il un des libellés suivants:

Hypothèse 1

„**Art. 266.** Si l'un des époux a interrompu ou réduit son activité professionnelle pour des raisons d'ordre familial, le tribunal détermine à son profit et à charge de l'époux qui a continué son activité professionnelle ou qui a bénéficié d'un revenu de remplacement, une prestation compensatoire représentant le montant des cotisations nécessaire pour couvrir moyennant un achat rétroactif les périodes d'interruption ou de réduction de la carrière d'assurance pension.

Pour ce faire, le tribunal se base sur le montant des cotisations, établi par l'organisme de pension compétent, d'après les règles que celui-ci applique, en prenant en considération la moyenne des revenus cotisables portés en compte pendant les trois mois précédant l'interruption ou la réduction de l'activité professionnelle pour raisons familiales. Sont portées en déduction les cotisations imputées à un autre titre pendant la période considérée.

Le tribunal peut refuser, en tout ou partie, la prestation compensatoire, lorsque celle-ci s'avère manifestement inéquitable pour des motifs tenant à la liquidation du régime matrimonial ou à la situation économique des époux après le divorce.“

Hypothèse 2

„**Art. 266.** Si l'un des époux a interrompu ou réduit son activité professionnelle pour des raisons d'ordre familial, le tribunal détermine à son profit et à charge de l'époux qui a continué son activité professionnelle ou qui a bénéficié d'un revenu de remplacement, une prestation compensatoire représentant le montant des cotisations nécessaire pour couvrir moyennant un achat rétroactif la moitié de la différence des revenus cotisables ou pensions portés en compte au profit des deux époux pendant la période considérée.

Pour ce faire, le tribunal se base sur le montant des cotisations, établi par le ou les organismes de pension compétents, d'après les règles applicables. Sont portées en déduction les cotisations imputées à un autre titre pendant la période considérée.

Le tribunal peut refuser, en tout ou partie, la prestation compensatoire, lorsque celle-ci s'avère manifestement inéquitable pour des motifs tenant à la liquidation du régime matrimonial ou à la situation économique des époux après le divorce.“

Les dispositions suivantes seront applicables dans les deux hypothèses:

L'alinéa 2 de l'article 268 est à libeller comme suit:

„La prestation compensatoire est versée par l'époux débiteur, suivant les modalités de paiement déterminées par le tribunal, à l'organisme de pension compétent pour l'achat rétroactif. L'organisme de pension dispose d'une action directe contre le débiteur de la prestation compensatoire.“

Dispositions additionnelles et transitoires

„**Art. x.** A l'article 174 du Code de la sécurité sociale et à l'article 6 de la loi modifiée du 3 août 1998 instituant des régimes spéciaux pour les fonctionnaires de l'Etat et des communes ainsi que pour les agents de la Société nationale des chemins de fer l'alinéa 1 est complété par la phrase suivante:

„Les conditions prévues ci-avant ne s'appliquent pas, si l'achat est effectué sur base de l'article 266 du Code civil.“ “

„**Art. y.** L'article 197 du Code de la sécurité sociale et l'article 20 de la loi modifiée du 3 août 1998 instituant des régimes spéciaux pour les fonctionnaires de l'Etat et des communes ainsi que pour les agents de la Société nationale des chemins de fer ne s'appliquent pas lorsque le conjoint divorcé a bénéficié d'un achat rétroactif de périodes en application de l'article 266 du Code civil.“

Le texte proposé par le Conseil d'Etat ne tient pas compte des pensions complémentaires souscrites pour l'un des époux par son employeur ou des assurances personnelles de prévoyance vieillesse, souscrites individuellement auprès d'une banque ou d'une compagnie d'assurances. Ces éléments devront être pris en compte lors de la liquidation selon les règles du droit commun.

L'article 267 prévoit l'applicabilité de l'article 112 du NCPC. Pour autant que ce renvoi concerne les pensions alimentaires, il peut être considéré comme superfétatoire. Ce n'est que par rapport à la prestation compensatoire que le renvoi pourrait paraître utile.

Le principe que la pension alimentaire est toujours révisable et révocable, sauf si elle a été allouée sous forme de capital ou si elle a fait l'objet d'une transaction globale, est posé à l'article 269. Si les auteurs du projet initial limitaient une révision de la pension alimentaire aux cas dans lesquels la détérioration de la situation du créancier et du débiteur de la pension était indépendante de leur volonté, la commission parlementaire introduit la possibilité de révision de la pension alimentaire en cas de remariage du débiteur de la pension. Le Conseil d'Etat renvoie à ses observations sous l'article 230 en ce qui concerne la révision des pensions alimentaires fixées dans la convention de divorce par consentement mutuel.

L'article 269 ne se réfère qu'aux seules pensions alimentaires et non pas aux prestations compensatoires puisque celles-ci devront être fixées par rapport au préjudice subi durant le mariage par le bénéficiaire et la situation des ressources du ménage durant cette période, et non pas par rapport aux besoins et ressources actuels des ex-époux.

L'article 269 *in fine* prévoit que la pension alimentaire n'est plus due au décès du débiteur. Qu'en est-il de la prestation compensatoire? Le texte reste muet sur cette hypothèse. Le Conseil d'Etat estime qu'il s'agit d'une dette à charge de la succession et qu'une disposition afférente devra être prévue dans le texte à adopter.

Articles 271 à 275

Ces articles remplacent les articles 270 à 277 du projet initial et règlent les effets du divorce pour les enfants. Selon le commentaire des articles sous examen, la commission parlementaire propose d'instituer le principe de l'autorité parentale conjointe. Cependant, le libellé de l'article 271 ne prévoit pas formellement ce principe mais renvoie au chapitre Ier du titre IX du Livre premier du Code civil dont la modification fait l'objet du projet de loi relatif à la responsabilité parentale (doc. parl. No 5867) que le Conseil d'Etat examinera dans un avis distinct. Le Conseil d'Etat se demande si les dispositions relatives à la pension alimentaire des enfants n'auraient pas pu être supprimées dans la section sous examen, puisqu'elles figurent également, et de surcroît avec un libellé différent, dans le projet de loi relatif à la responsabilité parentale susmentionné qui comprend une section intitulée „*De l'exercice de la responsabilité parentale par les parents séparés*“ dans laquelle sont inclus les parents d'enfants

divorcés.⁹ En tout état de cause, il faudra veiller à la concordance des textes pour éviter toute inégalité de traitement dans le chef des enfants dont les parents se séparent, suivant que les parents sont mariés ou non.

Le texte reprend une partie du libellé de l'article 388-1. Si la commission parlementaire estime ce rappel inévitable, la question se pose pour quelle raison cette disposition est réservée au divorce pour rupture irrémédiable.

Le projet de loi amendé comporte l'ajout d'un nouvel article 272 qui vise à réaffirmer le maintien de l'obligation alimentaire des parents vis-à-vis de leur enfant, mettant expressément l'accent sur la prise en compte des modalités d'hébergement. Le Conseil d'Etat s'interroge sur la plus-value de cet article qu'il propose de supprimer et ceci d'autant plus qu'une telle disposition est prévue par le projet de loi sur la responsabilité parentale. Le cas échéant, l'article 273 pourrait être utilement complété par un ajout au deuxième alinéa. En cas de maintien de cet article, il y aura lieu de redresser le libellé alors que ce n'est pas le divorce qui tient compte des modalités d'hébergement, mais le juge qui fixe la pension alimentaire.

A l'article 274, la commission parlementaire propose de remplacer les termes „lui soit versée une contribution“ par ceux de „continuer à lui verser une pension alimentaire“. Le nouveau libellé fait présumer la continuité de la pension alimentaire qui pourrait cependant ne pas être donnée. En plus, il y aurait lieu de faire concorder le libellé de l'article sous avis avec celui proposé à l'article 376-3 du projet de loi sur la responsabilité parentale mentionnée ci-avant.

Article 276

Cet article modifie les articles 268 et 269 du projet de loi initial. La commission parlementaire prévoit la possibilité d'attribuer la jouissance du logement familial au parent auprès duquel un ou plusieurs enfants communs âgés de moins de 12 ans ont leur résidence habituelle, peu importe que le logement soit un bien commun ou un bien propre de l'autre parent. Dans le commentaire, il est précisé que le logement n'est attribué qu'à celui des époux qui exerce seul l'autorité parentale alors que le texte proposé se réfère à la résidence principale, ce qui n'exclut pas l'hypothèse de l'exercice en commun de la responsabilité parentale. Cette solution a également été adoptée par la législation française dont l'article 285-1 du Code civil précise que: „Si le local servant de logement à la famille appartient en propre ou personnellement à l'un des époux, le juge peut le concéder à bail au conjoint qui exerce seul ou en commun l'autorité parentale sur un ou plusieurs de leurs enfants lorsque ceux-ci résident habituellement dans ce logement et que leur intérêt le commande.“

Le Conseil d'Etat recommande d'ajouter une référence à l'intérêt des enfants qui, bien que prévue dans le commentaire, ne figure pas dans le texte même de l'article.

Ce sera d'ailleurs au tribunal qui statue sur le divorce de prendre cette décision, et non pas au juge comme le prévoit le texte. Le tribunal fixera le montant de l'indemnité d'occupation qui pourra être déduite de la pension alimentaire. Le Conseil d'Etat se demande si seule la pension alimentaire du conjoint est visée ou également celle des enfants. A noter que l'article 373-2-2 du Code civil français prévoit que la pension alimentaire peut être en tout ou partie servie sous forme d'un droit d'usage et d'habitation. Le Conseil d'Etat recommande à la commission parlementaire de préciser ses intentions par rapport à ce point. La commission parlementaire a choisi une limite d'âge de douze ans pour les enfants au-delà de laquelle la demande en attribution du logement familial n'est plus recevable. En outre, la durée maximale de l'attribution est fixée à deux ans. Le Conseil d'Etat n'est pas convaincu que ces limitations permettent d'atteindre l'objectif visé par cette mesure, à savoir „d'éviter aux enfants, autant que faire se peut, certaines conséquences d'un divorce en ajoutant à la douleur de la séparation un élément perturbateur supplémentaire que peut constituer, le cas échéant, un déménagement“. La

⁹ Projet de loi relatif à la responsabilité parentale:

„**Art. 376-2.** En cas de séparation des parents ou entre ceux-ci et l'enfant, la contribution à son entretien et à son éducation prend la forme d'une pension alimentaire versée, selon le cas, par l'un des parents à l'autre ou à la personne à laquelle l'enfant est confié.

Les modalités et les garanties de cette pension alimentaire sont fixées par la convention homologuée visée à l'article 378 ou, à défaut, par le juge compétent en vertu de l'article 377.

Art. 376-3. Le parent qui assume à titre principal la charge d'un enfant majeur qui ne peut lui-même subvenir à ses besoins peut demander à l'autre de lui verser une contribution à son entretien et à son éducation. Le juge peut décider ou les parents convenir que cette contribution sera versée en tout ou en partie entre les mains de l'enfant majeur.“

solution retenue par le législateur français, qui prévoit une durée d'habitation pouvant aller jusqu'à la majorité du plus jeune des enfants, lui semble plus adéquate. Finalement, le Conseil d'Etat recommande de remplacer le terme „juge“, qui se retrouve à plusieurs endroits de l'article 276, par celui de „tribunal“.

Articles 277 à 279

La commission parlementaire suit l'avis du Conseil d'Etat en ce qu'il avait recommandé d'adapter les dispositions relatives à la séparation de corps aux nouvelles règles prévues en matière de divorce. A l'instar du texte français, le Conseil d'Etat propose de compléter l'article 278 par les termes suivants: „A défaut, il statue sur la demande en séparation de corps.“

L'article 279 prévoit que les articles 254 à 276 sont applicables à la séparation de corps. Le Conseil d'Etat estime qu'un simple renvoi au chapitre II relatif aux effets de divorce prête à confusion. En effet, la séparation de corps ne dissout pas le mariage et, si elle met fin au devoir de cohabitation, elle laisse néanmoins subsister le devoir de secours de sorte que notamment le renvoi aux articles 257, 261 et 264 est inexact. Le Conseil d'Etat insiste dès lors que le texte à adopter spécifie les dispositions relatives aux effets du divorce qui seront applicables à la séparation de corps. Il ne faut pas oublier que les articles 1030 et 1020 du NCPC contenant des règles spécifiques de publication du jugement de séparation de corps restent applicables.

De nouveau, le Conseil d'Etat recommande de remplacer le terme „juge“ par celui de „tribunal“ dans le cadre des articles 277 à 279.

Article 280

Cet article pose la règle de conflit de lois en matière de divorce et de séparation de corps. Aux trois cas prévus déjà dans l'actuel article 305 du Code civil est ajouté un quatrième point relatif à l'ordre public. L'article 6 du Code civil impose d'ores et déjà aux Cour et tribunaux d'examiner, avant d'appliquer la loi étrangère, si cette loi n'est pas contraire à l'ordre public interne. Le tribunal fera alors application de la règle de droit luxembourgeois à la place de celle qu'il a décidé d'évincer. L'ajout proposé est donc superfétatoire.

B. Modifications du Nouveau Code de procédure civile

Articles 1252 à 1262

Comme annoncé ci-avant, le Conseil d'Etat se propose d'examiner les articles sous revue dans le cadre d'un avis distinct dès que le projet de loi visant à transposer la directive 2008/52/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 mai 2008, sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale, lui sera parvenu.

Ad b) Article II – Dispositions modificatives et abrogatoires

I. La commission parlementaire propose la modification, voire l'abrogation de plusieurs articles du Code civil qui ne figurent pas sous le titre VI du Livre Ier du Code civil intitulé „Du divorce“.

Le Conseil d'Etat renvoie à ses observations relatives à la structure du projet de loi sous avis.

1) Article 212

Parmi les droits et devoirs énumérés à l'article 212 du Code civil, il est proposé de remplacer le terme „fidélité“ par celui de „respect“ alors que la commission parlementaire juge ce terme „plus approprié et contemporain“. En fait, les deux termes ont une signification différente. Etymologiquement, la fidélité renvoie aux significations de „confiance, de croyance en quelque chose ou en quelqu'un“ et de „loyauté“; le terme induit également une idée „d'engagement personnel, de promesse à maintenir, d'obligations à honorer“. Le devoir de respect mutuel qui fut introduit en 2006 à l'article 212 du Code civil français pour lutter contre les violences conjugales, traduit, dans le domaine des droits fondamentaux, une exigence contemporaine, celle de la reconnaissance de la dignité de l'être humain.¹⁰ Le législateur français, soucieux de prévenir les violences conjugales, a tenu à rappeler l'importance de la notion de respect qui s'impose selon lui tel un nécessaire prérequis. Néanmoins, d'aucuns s'interrogent sur le caractère plutôt symbolique de l'inscription du respect dans la liste des devoirs des époux.

¹⁰ cf. P. Courbe, Droit de la famille Sirey, 5e éd. 2008, No 159.

„Sorte d'écho matrimonial de l'article 1382 du Code civil, le respect apparaît en réalité comme un complément très symbolique largement dépourvu d'incidences d'un point de vue pratique"¹¹. Le Conseil d'Etat note que le législateur français a complété l'article 212 du Code civil par un nouveau devoir au mariage, le devoir de respect, sans pour autant abolir le devoir de fidélité. La volonté de la commission parlementaire de supprimer la notion de fidélité des devoirs du mariage peut surprendre alors que la fidélité a toujours été considérée comme participer de l'essence même du mariage. Cette exigence traditionnelle est d'ailleurs considérée comme un facteur de différenciation majeur par rapport aux autres formes de cohabitation. Il est vrai qu'en abolissant le divorce pour faute, on peut se demander si la fidélité en tant qu'obligation née du mariage n'est pas devenue une obligation sans sanction, ce qui justifierait sa suppression. Mais, comme le Conseil d'Etat l'a souligné dans son avis du 16 mars 2004 précité, il a toujours été admis que la violation des devoirs et obligations du mariage pouvait constituer une faute de nature à engager la responsabilité sur le fondement de l'article 1382 du Code civil, indépendamment de l'action en divorce et selon les règles du droit commun.¹² D'ailleurs, on peut constater que le devoir de fidélité est maintenu dans les législations sur le mariage des pays comme notamment la Belgique ou la Suisse qui ont aboli le divorce pour faute.

2) Article 214

Dans son avis du 16 mars 2004 précité, le Conseil d'Etat estimait que, pour atténuer les conséquences du divorce, il serait opportun de promouvoir toutes les mesures favorisant l'indépendance économique des deux époux dans le mariage et il s'était prononcé en faveur d'une réforme des droits et devoirs du mariage. La commission parlementaire reprend cette idée et propose d'insérer à l'article 214, alinéa 3 *in fine* du Code civil un bout de phrase visant à compenser la perte éventuelle subie par l'un des époux dans sa carrière d'assurance de vieillesse durant le mariage au moment du divorce ou de la séparation de corps. Selon la commission, „le principe incontournable selon lequel les époux doivent l'un et l'autre contribuer aux charges du mariage à proportion de leurs facultés respectives est de sorte étendue. Ladite contribution aux charges doit s'analyser en „mécanisme de participation aux frais““.

Le mariage met à charge des époux certains devoirs d'ordre pécuniaire ressortissant de ce qu'on appelle le régime primaire alors qu'ils sont impératifs pour tous les couples mariés. Ainsi, la contribution aux charges du mariage est une contribution obligatoire pour chaque époux et impose la constitution par les époux d'une communauté économique: „la contribution aux charges traduit concrètement l'obligation pour les deux époux, chargés de la direction matérielle de la famille (...) de constituer ensemble „un pot commun“ de ressources destinées précisément à la vie matérielle de la communauté familiale. (...) Plus large par son objet que l'obligation alimentaire, la contribution aux charges se distingue du devoir de secours entre époux parce qu'en principe la pension alimentaire due en exécution du devoir de secours est fondée sur la constatation de l'état de besoin du conjoint. La contribution aux charges se détermine par rapport aux ressources du couple et au train de vie qu'ils peuvent mener correspondant à ces ressources et non par rapport à un état de besoin.“¹³ La contribution aux charges vise en fait à égaliser les niveaux de vie des époux durant le mariage. L'obligation s'impose tant que dure le mariage et elle disparaît dès que le mariage est dissous.

La notion de charges du mariage pouvant englober, au-delà des dépenses collectives, des dépenses personnelles de l'un des époux, il est donc tout à fait concevable de prévoir que les règlements opérés à titre de contribution à un régime de sécurité sociale pour l'un des époux participent à l'exécution de son obligation de contribuer aux charges du mariage de l'autre époux. Selon l'article 214, alinéa 4, l'époux qui ne remplit pas ses obligations peut y être contraint par l'autre époux selon la procédure prévue à l'article 1011 du NCPC. Or, la version amendée de l'article 214, alinéa 3, n'introduit pas une obligation de contribution se traduisant par une cotisation effective et régulière à une caisse de pension *durant* le mariage. Ce n'est qu'à la dissolution du mariage qu'une compensation destinée à combler la perte subie relative à la carrière d'assurance pension de vieillesse pourra être exigée pour assurer l'achat rétroactif de périodes d'assurance. Tout en renvoyant à ses observations formulées sous l'article 266, le Conseil d'Etat émet ses doutes quant à l'opportunité de la démarche choisie par la commission parlementaire. On peut en effet se demander si l'article 214 présente le cadre adéquat pour une obligation qui n'est exigible qu'à la dissolution du mariage alors que la contribution aux charges du mariage

11 cf. Encyclopédie Dalloz civil, Mariage (4° effets), No 74.

12 cf. Jurisclasseur, notarial répertoire, fasc. 10, art. 212 à 215 du Code civil, Nos 43 à 47.

13 Jurisclasseur, notarial répertoire, art. 212 à 215, fasc.10, Mariage: fasc. 170, No 59.

est par essence une obligation qui s'exécute au quotidien pendant le mariage, faute de quoi elle peut prêter à exécution forcée. Force est de constater que l'exécution forcée prévue à l'alinéa 4 de l'article 214 reste inapplicable tant que dure le mariage pour ce volet de la contribution alors qu'elle pourrait durant le même temps s'exercer pour les autres charges. Une telle situation est donc inacceptable de sorte que le Conseil d'Etat ne saurait marquer son accord à la proposition de modification de l'article 214, alinéa 3 dont il suggère la suppression.

Si la commission parlementaire veut favoriser la constitution d'une carrière autonome pour l'époux qui ne s'adonne pas ou qui ne s'adonne qu'à une activité professionnelle partielle pour des raisons d'ordre familial et accorder une protection vieillesse individualisée, elle devra introduire une disposition prévoyant une obligation d'assurer le risque vieillesse de cet époux à charge du ménage. Combinée à un système de partage des droits tel que préconisé à l'article 266, cette obligation aura l'avantage d'assurer à chaque conjoint des droits individuels, indépendamment des modes de répartition du travail domestique et professionnel au sein du couple.

3) Article 227

Sans observation.

4) Article 228

Le délai de viduité à respecter en cas de divorce sera abrogé dans le contexte de l'article 257. Avec l'abrogation de l'article 228, le délai de viduité imposé à une femme en cas de décès de son conjoint est également supprimé. Le Conseil d'Etat approuve l'abrogation de cette disposition qui est d'ailleurs proposée une nouvelle fois dans le cadre du projet de loi *No 5914* ayant pour objet de modifier l'âge légal du mariage et les dispositions y afférentes, ainsi que d'abroger les délais de viduité et de compléter certaines dispositions du Code civil.

5) Article 1397

Selon la commission parlementaire, l'alinéa 1er de cet article est à modifier de sorte à permettre aux époux de modifier leur régime matrimonial après une année d'application au lieu de deux ans. Or, le texte proposé supprime le délai de deux années d'application exigé actuellement sans le remplacer par un autre délai. Par ailleurs, dans le commentaire de l'article, les auteurs des amendements font référence à une condition de durée d'un an de mariage avant l'introduction d'une procédure de divorce par consentement mutuel et soulignent que le divorce pour rupture irrémédiable des relations conjugales ne pourra pas non plus être prononcé au cours de la première année. Ce commentaire laisse le Conseil d'Etat perplexe alors qu'il ne voit pas de quelle disposition du texte amendé les auteurs déduisent cette conclusion. Le cas échéant, le texte est à revoir sur ce point.

6) et 7) Articles 1442 et 1518

Le libellé de ces deux articles reste le même que dans le projet initial de sorte que le Conseil d'Etat n'y revient plus.

II. Modification des articles du NCPC

1) Article 405

Cet article n'a pas été amendé par la commission parlementaire et ne donne donc pas lieu à observation.

2) Article 1029

Le Conseil d'Etat renvoie à ses observations sous l'article 240.

Ad c) Article III – Dispositions transitoires

Sans observation.

Ad d) Article IV – Entrée en vigueur

Sans observation.

Ainsi délibéré en séance plénière, le 16 juillet 2010.

Le Secrétaire général,

Marc BESCH

Le Président,

Georges SCHROEDER

6272/05, 4969/03, 5155/09

N^{os} 6272⁵**4969³****5155⁹****CHAMBRE DES DEPUTES**

Session ordinaire 2010-2011

PROJET DE LOI

portant

- introduction de la médiation en matière civile et commerciale dans le Nouveau Code de procédure civile;
- transposition de la Directive 2008/52/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 mai 2008 sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale;
- et modification de la loi modifiée du 10 août 1991 sur la profession d'avocat

PROPOSITION DE LOIportant introduction de la médiation civile et commerciale
dans le Nouveau Code de Procédure Civile**PROJET DE LOI**

portant réforme du divorce

* * *

AVIS DU CONSEIL D'ETAT

(5.7.2011)

Par dépêche du 7 avril 2011, le Premier Ministre, Ministre d'Etat, a soumis à l'avis du Conseil d'Etat le projet de loi portant – introduction de la médiation civile et commerciale dans le Nouveau Code de procédure civile; – transposition de la Directive 2008/52/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 mai 2008 sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale; – et modification de la loi modifiée du 10 août 1991 sur la profession d'avocat. Le texte du projet de loi, élaboré par le ministre de la Justice, était accompagné d'un exposé des motifs, d'un commentaire des articles ainsi que d'un tableau de concordance entre la directive 2008/52/CE à transposer et le projet de loi.

Les avis de l'Union luxembourgeoise des consommateurs et de la Chambre des salariés ont été communiqués par dépêches respectivement des 1er et 8 juin 2011. Par dépêche du 22 juin 2011, l'avis de l'Ordre des avocats du barreau de Luxembourg a été communiqué au Conseil d'Etat. Par une autre dépêche du 22 juin 2011, il a par ailleurs eu communication de l'avis de l'Association luxembourgeoise de la médiation et des médiateurs agréés (ci-après ALMA).

Comme le projet de loi aura nécessairement un impact sur le budget de l'Etat, le Conseil d'Etat insiste à ce que la fiche financière, qui doit en vertu de l'article 79 de la loi modifiée du 8 juin 1999

sur le budget, la comptabilité et la trésorerie de l'Etat accompagner tout projet de loi susceptible de grever le budget de l'Etat, soit jointe au projet de loi.

Dans le cadre du présent avis, le Conseil d'Etat prendra également en compte la proposition de loi (No 4969) portant introduction de la médiation civile et commerciale dans le Nouveau Code de Procédure Civile, déposée par la députée Lydie ERR en date du 11 juin 2002 de même que les amendements parlementaires du 13 mai 2009 au projet de loi portant réforme du divorce (No 5155⁷) prévoyant sous B. des modifications au Nouveau Code de procédure civile en vue d'introduire la possibilité de recourir à la médiation en matière de divorce et de séparation de corps. Le Conseil d'Etat avait déjà émis un avis complémentaire en date du 16 juillet 2010 sur les autres volets de ces amendements parlementaires (cf. doc. parl. No 5155⁸) relatifs audit projet de loi portant réforme du divorce, dont il avait proposé d'extraire la partie sous B. relative à la modification du Nouveau Code de procédure civile.

Le texte de la proposition de loi était accompagné d'un exposé des motifs et d'un commentaire des articles. Par dépêche du 12 novembre 2002, la prise de position du Gouvernement sur cette proposition de loi a été communiquée au Conseil d'Etat.

*

CONSIDERATIONS GENERALES

La directive 2008/52/CE, du 21 mai 2008, que le projet de loi sous avis propose de transposer en droit national, a pour objet d'encourager le recours à la médiation comme moyen de règlement amiable des litiges en matière civile et commerciale au sein de l'espace judiciaire européen, ainsi que de garantir une articulation satisfaisante entre la médiation et les procédures judiciaires. Elle a un champ d'application confiné aux litiges transfrontaliers qui se rapportent „aux matières civiles et commerciales“, incluant tous les modes alternatifs de résolution des litiges transfrontaliers, qu'ils aient un caractère judiciaire ou extrajudiciaire. La directive constitue une législation-cadre qui vise, d'une part, à garantir un standard minimum du processus de médiation et, d'autre part, à permettre de manière simplifiée la reconnaissance dans un Etat membre d'un accord intervenu dans un autre Etat membre. Si les dispositions de la directive ne s'appliquent en principe qu'à la médiation des litiges transfrontaliers, rien n'empêche cependant les Etats membres de les appliquer également aux processus de médiation interne. Convaincus de la plus-value d'un cadre juridique clair et prévisible pour la médiation, les auteurs du projet de loi proposent de reprendre également pour les litiges nationaux les principes énoncés par la directive. Le Conseil d'Etat peut suivre les auteurs dans cette démarche alors qu'il importe de ne pas créer de disparité entre les médiations transfrontalières et les médiations internes en ce qui concerne la qualité de l'encadrement et de garanties qui les entourent.

Pour satisfaire au caractère transfrontalier de la directive, un minimum de règles, qui visent à une harmonisation des pratiques dans les divers Etats membres, doivent être instaurées portant sur la qualité de la médiation et les garanties devant y être attachées: formation, confidentialité, caractère exécutoire des accords issus de la médiation, effets de la médiation sur les délais de prescription des procédures judiciaires.

Le Conseil d'Etat analysera la conformité du projet sous avis avec les impératifs de la directive, tout en se prononçant sur l'opportunité d'emprunter, le cas échéant, des dispositions à la proposition de loi ou aux amendements parlementaires en vue d'une transposition plus adéquate.

*

EXAMEN DES TEXTES

Observation liminaire

Le dispositif devra prévoir pour chacun des actes à modifier un article numéroté en chiffres romains et spécifier ensuite toutes les modifications se rapportant à un même acte en les numérotant de la manière suivante: 1., 2., 3.

Il se lira comme suit:

Art. 1er. Le Nouveau Code de procédure civile est modifié comme suit:

1° L'intitulé...

2° ...

La première partie du Chapitre III du titre II qu'il est prévu d'insérer dans la Deuxième partie du Livre III du Nouveau Code de procédure civile (ci-après NCPC) doit être une section 1 et la deuxième partie de ce même chapitre une section 2.

Article 2 (Article 1er, point 2 selon le Conseil d'Etat)

L'article 2 a pour objet d'insérer un Titre II dans la Deuxième partie du Livre III du Nouveau Code de procédure civile:

Article 1251-1 du NCPC

Cet article vise à tracer le champ d'application de la future loi, conformément à l'article 1er de la directive. Le champ d'application diffère ainsi du champ d'application proposé tant par la proposition de loi que par les amendements parlementaires.

En ce qui concerne le champ d'application spatial, aucune transposition n'est nécessaire concernant l'article 2 de la directive se rapportant aux litiges transfrontaliers dès lors que les auteurs ont fait le choix de transposer la directive également pour les médiations purement internes.

Pour ce qui est du champ d'application matériel, il est limité par la directive aux médiations intervenant en „matière civile et commerciale“ sans que la directive ne donne aucune définition de la „matière civile et commerciale“. La notion de „matière civile et commerciale“ doit être interprétée conformément au droit de l'Union européenne. Dans un arrêt du 28 avril 2009, la Cour de Justice de l'Union européenne a rappelé qu'„il convient de ne pas interpréter la notion de matière civile et commerciale comme un simple renvoi au droit interne de l'un ou de l'autre des Etats membres concernés. Ladite notion doit être considérée comme une notion autonome qu'il faut interpréter en se référant, d'une part, aux objectifs et au système du [droit communautaire] (...) et, d'autre part, aux principes généraux qui se dégagent de l'ensemble des ordres juridiques nationaux“.¹ D'ailleurs, la directive reprend le champ couvert par la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 et le règlement dit Bruxelles I (règlement No 44/2001 du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale). En plus, la directive inclut certains domaines touchant au droit des personnes et de la famille, tels qu'ils procèdent notamment du règlement No 2201/2003 du 27 novembre 2003 relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et de responsabilité parentale dit Bruxelles IIbis. Le considérant 21 de la directive mentionne les accords de médiation susceptibles d'intervenir „dans le domaine du droit de la famille“. Cependant, la directive écarte de son champ d'application „les droits et obligations dont les parties ne peuvent disposer en vertu de la législation pertinente applicable“. Le considérant 10 de la directive souligne que de tels droits et obligations sont particulièrement fréquents en droit de la famille et en droit du travail, mais la directive n'exclut pas la totalité de ces matières de son champ d'application.

Pour délimiter le champ d'application de la future loi conformément à la directive, les auteurs du projet de loi reprennent au paragraphe 1er le libellé de l'article 1724 du Code judiciaire belge qui prévoit que les différends susceptibles d'être réglés par transaction peuvent faire l'objet d'une médiation. Aux termes de l'article 2045 du Code civil, „Pour transiger, il faut avoir la capacité de disposer des objets compris dans la transaction“. La transaction constituant un contrat synallagmatique est soumise aux règles générales régissant ces contrats. Selon l'article 6 du Code civil, on ne peut déroger

¹ CJCE, *Apostolides*, C-420/07.

par des conventions particulières aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs. Ainsi, la future loi veut écarter du champ d'application les matières qui sont d'ordre public et exige la capacité des parties de disposer des objets de la médiation.

Selon le Conseil d'Etat français², le critère devant guider l'inclusion ou non de la médiation familiale est celui de la libre disposition des droits des parties. „Un départ doit être effectué, à cet égard, entre les médiations, mettant en cause des droits patrimoniaux, qui entrent dans le champ de la directive, et celles mettant en cause des droits extrapatrimoniaux (droits personnes: état, capacité des personnes, divorce, filiation, autorité parentale...) qui en sont en principe exclues.“ D'ailleurs l'article 1224 du NCPC relatif aux arbitrages prévoit également que „toutes personnes peuvent compromettre sur les droits dont elles ont la libre disposition“, et l'article 1225 du NCPC précise qu'„on ne peut compromettre sur les causes qui concernent l'état et la capacité des personnes, les relations conjugales, les demandes en divorce et en séparation de corps, la représentation des incapables, les causes de ces mêmes incapables et celles des personnes absentes ou présumées absentes“.

Malgré le fait que certains droits et obligations échappent à la libre disposition des parties, les auteurs énumèrent au paragraphe 3 les matières pour lesquelles le juge peut proposer une médiation familiale, qui se conçoit comme une médiation judiciaire spécifique: le divorce, la séparation, les obligations alimentaires, la contribution aux charges du mariage, l'obligation d'entretien d'enfants et l'exercice de l'autorité parentale.

A l'instar du règlement Bruxelles I, la directive exclut de son champ les compétences régaliennes des Etats membres, qui ne sauraient donner lieu à des médiations, à savoir „les matières fiscale, douanière ou administrative“, auxquelles elle ajoute celles relatives à „la responsabilité de l'Etat pour des actes ou des omissions commis dans l'exercice de la puissance publique („acta jure imperii“)“. Cette restriction est reprise par le paragraphe 2 de l'article 1251-1 du projet de loi. Le Conseil d'Etat estime que l'exclusion qui a trait à la responsabilité de l'Etat n'a pas à être reprise dans la future loi dès lors que la loi modifiée du 1er septembre 1988 relative à la responsabilité civile de l'Etat et des collectivités publiques ne consacre pas une différenciation de ce type. Il insiste dès lors à voir omettre cette différenciation. En outre, ce paragraphe exclut expressément les dispositions relatives au droit de la famille et au droit du travail qui sont d'ordre public. Le Conseil d'Etat considère qu'on pourrait omettre le paragraphe 1er et intégrer au paragraphe 2 l'exception visée par l'article 1er de la directive, à savoir les droits et obligations dont les parties ne peuvent disposer au lieu de reprendre l'illustration donnée par le considérant 10. Il s'interroge d'ailleurs sur le sort des médiations effectuées dans les matières reconnues comme d'ordre public par l'article L. 010-1 du Code du travail. Cette problématique n'a pas été abordée par le projet de loi. Le paragraphe 3 (paragraphe 2 selon le Conseil d'Etat) pourra être considéré comme une dérogation au paragraphe qui précède. Sous réserve de l'observation rédactionnelle que le Conseil d'Etat émet à l'endroit du paragraphe 2 de l'article sous avis, l'article 1251-1, paragraphe 1er se lira donc comme suit:

„(1) En matière civile et commerciale, tout différend, à l'exception des droits et obligations dont les parties ne peuvent disposer, peut faire l'objet d'une médiation soit volontaire, soit judiciaire.“

Le paragraphe 2 fait la distinction entre la médiation volontaire et judiciaire pour résoudre les litiges en matière civile et commerciale, sans préjudice de la médiation familiale visée au paragraphe 3. Les termes „médiation volontaire“ et „médiation judiciaire“ figurent également dans le Code judiciaire belge et dans la proposition de loi *No 4969*. Le Conseil d'Etat s'interroge sur la pertinence du terme „médiation volontaire“ alors que toute médiation prévue par la directive doit être un processus volontaire. La définition figurant à l'article 3a) de la directive, telle que reprise par l'article 1251-2, démontre que c'est la volonté des parties de trouver un accord amiable, quelle que soit la dénomination du processus utilisé à cette fin, qui doit primer. Ce que les auteurs visent par „médiation volontaire“ se réfère à la disposition de l'article 3a) de la directive qui fait la distinction entre le processus engagé par les parties elles-mêmes et celui suggéré ou ordonné par une juridiction ou prescrit par le droit de l'Etat membre. Dans son étude du 29 juillet 2010³, le Conseil d'Etat français recourt au terme „médiation conventionnelle“ pour désigner la médiation extrajudiciaire. Le Conseil d'Etat recommande de

² „Développer la médiation dans le cadre de l'Union européenne“, Etude adoptée par l'Assemblée générale du Conseil d'Etat le 29 juillet 2010.

³ *op. cit.*

remplacer le terme „volontaire“ soit par le mot „conventionnelle“, soit, comme précisé dans la directive, par les termes „engagée par les parties“.

Article 1251-2 du NCPC

Le paragraphe 1er définit la „médiation“ en s'appuyant sur la définition de l'article 3a) de la directive. A cet égard, le Conseil d'Etat renvoie aux développements du Conseil d'Etat français dans son étude citée ci-avant concernant la préconisation d'une transposition littérale de la définition prévue par la directive. Selon le Conseil d'Etat français, „la sécurité juridique commande que les définitions énoncées dans les directives soient fidèlement transposées dans les codes et cette définition est essentielle car elle conditionne le classement qui doit être effectué entre les processus pouvant être qualifiés de „médiation“ et ceux qui ne satisfont pas aux critères tirés de la directive“. Aussi, insiste-t-il sur la reprise du mot „structuré“ dans la définition de la médiation, alors que ce terme signifie un minimum de formalisme dans le déroulement de la médiation et de garanties apportées aux parties quant au déroulement du processus. Le Conseil d'Etat adhère à cette approche et recommande aux auteurs d'intégrer le mot „structuré“ dans la définition. Par contre, la confidentialité étant une des garanties prévues par l'article 7 de la directive et développée plus amplement aux articles 1251-4 et 1251-5 qui transposent cet article, pourra être supprimée dans la définition, de même que la référence aux qualités du médiateur qui figurent au paragraphe 2.

Le paragraphe 2 définit le médiateur conformément à l'article 3b) de la directive. Il établit en outre les missions du médiateur et souligne le rôle de „facilitateur“ du médiateur: le médiateur n'a en effet pas pour mission de proposer lui-même des solutions aux différends, mais uniquement d'aider au rapprochement des points de vue entre parties dans leur recherche d'un accord. Ces missions figurent également à l'article 1253 proposé par la commission parlementaire dans ses amendements au projet de loi *No 5155* portant réforme du divorce. Les auteurs ajoutent que le médiateur ne dispose pas de pouvoirs d'instruction. Cette précision figure également à l'article 131-8 du Code de procédure civile français.

Ces dispositions ne donnent pas lieu à observation.

Selon le paragraphe 3, la médiation peut être confiée à un médiateur agréé ou à un médiateur non agréé. L'agrément est obligatoire si le médiateur est une personne morale ou dans le cas d'une médiation familiale. Pour la médiation judiciaire, le médiateur peut, sous certaines conditions, ne pas être agréé. Cette disposition diffère tant de la proposition de loi que des amendements parlementaires, qui ne prévoient que la médiation par une personne physique soumise obligatoirement à un agrément.

L'article 4 de la directive insiste sur la qualité de la médiation et encourage l'élaboration de codes de bonne conduite et autres mécanismes efficaces de contrôle de la qualité relatifs à la fourniture de services de médiation. L'ALMA préconise dans son avis susmentionné de rendre l'agrément obligatoire pour tout médiateur intervenant dans le cadre des médiations „volontaires“ ou „judiciaires“, afin de garantir une médiation de qualité. Selon cette association, l'agrément constitue une garantie de sérieux et de qualité. Il établit un socle minimum de critères auxquels doit satisfaire tout médiateur professionnel, travaillant au sein d'une association ou en libéral, et quel que soit le domaine de la médiation dans lequel il intervient. Au-delà de ses compétences en médiation, le médiateur veillera à acquérir des connaissances complémentaires et indispensables en fonction du type de médiation qu'il exerce (p. ex. connaissances en droit, psychologie). La proposition de loi et les amendements parlementaires prévoient l'institution d'un agrément, qui est d'ailleurs également requis par l'article 1726 du Code judiciaire belge.

Dans son avis susmentionné, le Conseil d'Etat français estime que l'exigence d'un mécanisme efficace de contrôle de la qualité relatif à la fourniture de services de médiation, telle que préconisée à l'article 4 de la directive, est difficilement conciliable avec la volonté de préserver la souplesse du processus de médiation et l'autonomie des parties. Selon lui, l'objectif doit être de parvenir à un système souple, peu coûteux et néanmoins efficace, c'est-à-dire conforme aux exigences imposées par la directive „Services“ (directive 2006/123/CE du 12 décembre 2006 relative aux services dans le marché intérieur). Il écarte le contrôle au moyen d'un système d'agrément des médiateurs qui reviendrait selon lui à créer une nouvelle profession réglementée, „vraisemblablement en contradiction avec la directive Services“. Partageant cette optique, le Conseil d'Etat considère que si les auteurs du projet de loi maintiennent l'exigence d'un agrément pour l'exercice de la médiation, ils devront prendre garde à ce que ce choix s'accompagne de toutes les précautions requises aux fins d'assurer le respect des dispositions de la directive „Services“. En admettant que la nécessité d'un agrément peut se justifier pour

des raisons de bonne administration de la justice, il faudra cependant veiller à ce que l'autorisation prévue ne soit pas discriminatoire, qu'elle soit propre à garantir la réalisation de l'objectif poursuivi et qu'elle n'aille pas au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre cet objectif. La question se pose d'ailleurs s'il ne suffirait pas de fixer, à l'instar de l'article 131-5 du Code de procédure civile français⁴, les conditions pour l'exercice de la médiation dans la loi.

Le Conseil d'Etat se doit de constater que le projet de loi ne fixe pas les conditions de l'agrément prévu, mais renvoie à un règlement grand-ducal qui devra fixer les critères, la procédure d'agrément et le mode de rémunération des médiateurs. L'introduction d'un régime d'agrément constitue une restriction à la liberté de commerce et relève de ce fait de la loi formelle en vertu de l'article 11, paragraphe 6 de la Constitution. Aussi, le Conseil d'Etat doit-il s'opposer formellement à la disposition en projet qui est contraire à l'article 32, paragraphe 3 de la Constitution en ce qu'elle relègue dans une matière réservée à la loi les conditions et les modalités à un règlement grand-ducal. Il insiste à ce que les critères exigés pour l'exercice de la médiation tant par les personnes physiques que par les personnes morales soient clairement définis dans la loi. Comme l'exige l'ALMA, des conditions claires en matière de formation et de déontologie devraient être posées. La proposition de loi *No 4969* contient des conditions de qualification pouvant utilement être reprises par le projet de loi. D'ores et déjà, le Conseil d'Etat se prononce contre une condition d'âge telle que prévue dans la proposition de loi alors qu'elle est difficilement justifiable par rapport à l'égalité de traitement et pourrait être considérée comme une discrimination basée sur l'âge.

Il est reconnu qu'un des principaux apports de la directive est l'obligation figurant à son article 4 qui met à la charge des Etats membres d'encourager la formation des médiateurs et l'élaboration de codes volontaires de bonne conduite et de mécanismes assurant effectivement la qualité de la médiation. La directive n'exige pas d'un médiateur d'être un professionnel, mais d'agir avec efficacité, impartialité et compétence, et ce „quelle que soit l'appellation ou la profession de ce tiers dans l'Etat membre concerné et quelle que soit la façon dont il a été nommé pour mener ladite médiation dont il a été chargé“. A cette fin, les Etats membres sont invités à promouvoir la formation initiale et continue des médiateurs. Aucune disposition du projet de loi ne vise à transposer cette recommandation en matière de formation des médiateurs et de l'élaboration d'un code de bonne conduite. Le Conseil d'Etat invite les auteurs à combler cette lacune.

Article 1251-3 du NCPC

Pour encourager le recours à la médiation, les auteurs prévoient une disposition spécifique aux clauses contractuelles de médiation. Une telle clause figure également à l'endroit de l'article 1252 de la proposition de loi *No 4969* dont le commentaire précise qu'une telle clause tend à un engagement de recourir à la médiation si un différend se présente et oblige les parties à recourir par leur propre volonté à une médiation, sans que cela signifie qu'elles doivent pour autant arriver à un accord de médiation.

Selon le paragraphe 2, la clause de médiation doit être soulevée *in limine litis* devant le juge ou l'arbitre saisi d'un différend faisant l'objet d'une clause de médiation pour que l'examen de la cause soit suspendu.

Cet article qui reproduit l'article 1725 du Code judiciaire belge ne donne pas lieu à observation.

4 Code de procédure civile français:

Art. 131-5. La personne physique qui assure l'exécution de la mesure de médiation doit satisfaire aux conditions suivantes:

1. Ne pas avoir fait l'objet d'une condamnation, d'une incapacité ou d'une déchéance mentionnée sur le bulletin No 2 du casier judiciaire;
2. N'avoir pas été l'auteur de faits contraires à l'honneur, à la probité et aux bonnes moeurs ayant donné lieu à une sanction disciplinaire ou administrative de destitution, radiation, révocation, de retrait d'agrément ou d'autorisation;
3. Posséder, par l'exercice présent ou passé d'une activité, la qualification requise eu égard à la nature du litige;
4. Justifier, selon le cas, d'une formation ou d'une expérience adaptée à la pratique de la médiation;
5. Présenter les garanties d'indépendance nécessaires à l'exercice de la médiation.

Article 1251-4 du NCPC

Il ressort du commentaire de cet article que cette disposition qui vise à transposer l'article 7 de la directive est inspirée par l'article 1728 du Code judiciaire belge et consacre le principe de la confidentialité.

Au paragraphe 1er, les auteurs prévoient que les documents et les communications recueillies au cours d'un processus de médiation et pour les besoins de celle-ci sont confidentiels. Pour être conforme à la directive, le Conseil d'Etat recommande d'ajouter les termes „ou en relation avec le processus de médiation“. En outre, il estime que l'obligation de confidentialité ne peut être levée pour permettre l'homologation par le juge de l'accord de médiation, qu'en cas d'accord de toutes les parties. L'article 1728 du Code judiciaire belge prévoit également cette possibilité. La proposition de loi exige en plus que l'accord des parties soit formel et écrit. D'ailleurs, la directive n'empêche pas les Etats membres d'appliquer des mesures plus strictes en vue de préserver la confidentialité de la médiation.

Le paragraphe 2 vise à transposer les exceptions prévues à l'article 7, points a) et b) de la directive qui, selon le Conseil d'Etat, sont d'interprétation stricte. Aussi, le 1er tiret devra-t-il figurer au paragraphe 1er, comme mentionné ci-avant. En ce qui concerne le 2ème tiret, il y aura lieu de préciser que l'exception porte sur la divulgation du contenu de l'accord issu de la médiation qui est nécessaire pour mettre en œuvre ou pour exécuter ledit accord.

Les sanctions prévues au paragraphe 3 en cas de violation de l'obligation de confidentialité ne s'appliquent, à l'instar de l'article 1728 du Code judiciaire belge, qu'aux parties. En ce qui concerne l'obligation du médiateur, l'article 1251-5 rappelle, tout comme le législateur belge, que le médiateur tombe sous l'application de l'article 458 du Code pénal. Il doit en être de même quant aux personnes participant à l'administration du processus de médiation.

Articles 1251-6 à 1251-9 du NCPC

Ces articles figurent sous le chapitre II intitulé „De la médiation volontaire“. Le Conseil d'Etat renvoie à ses observations sous l'article 1251-1 relatives à la terminologie proposée. C'est la médiation sur l'initiative propre des parties qui est visée par les dispositions figurant sous ce chapitre.

Le projet de loi prévoit que l'accord issu de cette médiation comportera les mêmes avantages que la médiation judiciaire, que la médiation soit effectuée par un médiateur agréé ou non agréé.

S'il est vrai que les articles 1251-6 à 1251-9 reprennent largement les dispositions du Code judiciaire belge figurant sous les articles 1730 à 1733 dudit code, le projet de loi en diffère en ce que l'article 1251-9 n'exige que l'accord des parties pour soumettre l'accord de médiation pour homologation au juge compétent, tandis que l'article 1733 du Code de procédure belge impose comme condition supplémentaire l'agrément du médiateur. Comme relevé ci-devant, la proposition de loi de même que les amendements parlementaires ne prévoient pas la possibilité d'une médiation menée par un médiateur non agréé.

[Articles 1251-10 à 1251-14 du NCPC]

Ces articles figurent sous le chapitre III relatif à la médiation judiciaire. La première partie de ce chapitre intitulée „Dispositions générales“ doit figurer sous une section 1 et la deuxième partie intitulée „Dispositions relatives à la médiation familiale“ sous une section 2.

Article 1251-10 du NCPC

A tout stade de la procédure, il est loisible aux parties, le cas échéant sur proposition du juge, de recourir à une médiation. Sont exclues les procédures devant la Cour de Cassation et en référé. Selon le commentaire de l'article, le médiateur désigné pour une médiation judiciaire est en principe un médiateur agréé. Or, la dernière phrase du paragraphe 1er fait croire que le médiateur pourrait être agréé après sa désignation. Si l'agrément doit être préalable, il y aura lieu de reformuler la dernière phrase qui se lira comme suit: „Les parties s'accordent sur le nom d'un médiateur agréé“. Par dérogation à ce principe, les parties peuvent, sauf pour la médiation familiale, demander au juge la désignation d'un médiateur non agréé. Le juge ne pourra refuser la désignation du médiateur non agréé que si ce dernier ne „répond manifestement pas aux conditions fixées pour le médiateur judiciaire“. Comme aucune condition n'est fixée par la loi pour l'obtention de l'agrément, le Conseil d'Etat doit s'opposer formellement au libellé proposé qui crée une incertitude juridique. En cas d'inclusion des critères dans la loi, une référence pourra être faite à ces critères pour lever toute incertitude.

Le Conseil d'Etat estime que dans la logique du texte proposé, il y aurait lieu de faire figurer la première phrase du paragraphe 6 sous le paragraphe 4 qui deviendra le paragraphe 5. L'alinéa 2 du paragraphe 6 pourra figurer comme alinéa 2 du nouveau paragraphe 5. Les paragraphes subséquents seront à renuméroter. La référence à l'article 1251-12, paragraphe 4, figurant à l'actuel paragraphe 7, alinéa 2, est erronée et devra être remplacée par la référence à l'article 1251-11, paragraphe 5.

Finalement, le Conseil d'Etat constate que les articles 1251-3, paragraphe 2, 1251-6, paragraphe 2 et 1251-10, paragraphe 7, visent à transposer l'article 8 de la directive qui impose aux Etats membres de veiller à ce que les parties qui choisissent la médiation pour tenter de résoudre un litige ne soient pas empêchées par la suite d'entamer une procédure judiciaire ou une procédure d'arbitrage concernant ce litige du fait de l'expiration des délais de prescription pendant le processus de médiation.

Articles 1251-11 à 1251-14 du NCPC

Ces articles, qui s'inspirent des articles 1735 à 1737 du Code judiciaire belge, ont un contenu analogue à celui des articles 1252 et suivants proposés par les amendements parlementaires. Le Conseil d'Etat se demande si le paragraphe 2 de l'article 1251-13 relatif à l'homologation de l'accord de médiation ne pourrait pas utilement figurer sous le chapitre IV intitulé „De l'homologation et du caractère exécutoire des accords de médiation“. Comme l'accord de médiation n'a, en lui-même, aucune force exécutoire, il doit être homologué par le juge pour recevoir force exécutoire. Le Conseil d'Etat estime qu'une telle disposition fait défaut dans le texte sous avis. Il propose de compléter le paragraphe 2 *in fine* par la phrase suivante:

„L'homologation confère force exécutoire à l'accord issu de la médiation.“

[Articles 1251-15 à 1251-18 du NCPC]

Ces articles sont relatifs à la médiation familiale. Comme relevé ci-avant, la médiation familiale se conçoit dans l'esprit du projet de loi comme une médiation judiciaire spécifique.

Article 1251-15 du NCPC

Cet article prévoit que le juge saisi dans une des matières prévues à l'article 1251-1, paragraphe 3 (divorce, séparation, obligations alimentaires, contribution aux charges du mariage, obligation d'entretien d'enfants et exercice de l'autorité parentale) peut proposer aux parties une mesure de médiation et qu'il ordonne une réunion d'information gratuite faite par un médiateur agréé. Dans le libellé proposé, il faudra insérer le mot „il“ devant „ordonne“. Une disposition analogue figure à l'article 378-3 du projet de loi *No 5867* relative à la responsabilité parentale, avec la différence que le juge n'ordonne pas la séance d'information mais qu'il peut enjoindre aux parties de participer à une telle réunion. L'article 243 de la version amendée du projet de loi *No 5155* portant réforme du divorce oblige le juge statuant en référé à proposer aux époux une mesure de médiation. Il y aura lieu de veiller à la mise en cohérence des diverses dispositions en projet. En ce qui concerne l'obligation de recourir à un médiateur agréé, le Conseil d'Etat renvoie à ses observations sous l'article 1251-2.

Article 1251-16 du NCPC

Le Conseil d'Etat propose de remplacer la dernière phrase de l'article sous avis comme suit:

„En cas d'accord, le juge nomme le médiateur.“

Selon les auteurs, le médiateur choisi par les parties doit disposer obligatoirement d'un agrément.

Article 1251-17 du NCPC

Vu le changement dans la numérotation proposée par le Conseil d'Etat à l'endroit de l'article 1251-10, il faudra, le cas échéant, modifier les références prévues au présent article.

Article 1251-18 du NCPC

Le Conseil d'Etat propose de faire figurer également cette disposition concernant l'homologation des accords de médiation familiale, sous le chapitre IV. L'article 183 du NCPC étant de toute façon applicable, le Conseil d'Etat ne saisit pas l'opportunité de l'ajout de l'alinéa 2 et en demande la suppression.

[Articles 1251-19 à 1251-21 du NCPC]

Ces articles figurent sous le Chapitre IV relatif à l'homologation et au caractère exécutoire des accords de médiation.

Article 1251-19 du NCPC

Les auteurs incluent les accords de médiation volontaire dans la procédure d'homologation. Ils proposent d'introduire expressément la possibilité de rendre exécutoires les accords conclus entre professionnels et consommateurs auprès d'un organe de résolution extrajudiciaire luxembourgeois notifié à la Commission européenne.

Le Conseil d'Etat constate que les procédures visées au paragraphe 2 ne sont pas soumises aux mêmes obligations de qualité que celles prévues par la directive que le projet de loi se propose de transposer. Par ailleurs, il relève que les Recommandations citées sont dépourvues de force juridique et qu'elles n'ont pas fait l'objet d'une transposition autonome en droit luxembourgeois. Si le législateur entend instituer un tel mécanisme de résolution extrajudiciaire des litiges de consommation, il devra prévoir un cadre spécifique et complet. L'introduction de ce mécanisme par le biais du paragraphe 2 ne saurait être admise et le paragraphe 2 est à supprimer, sous peine d'opposition formelle. En conséquence, l'alinéa 2 du paragraphe 3 devra être également supprimé. Le paragraphe 3 (2 selon le Conseil d'Etat) énumère les causes de refus d'homologation des accords de la médiation volontaire.

Le Conseil d'Etat renvoie à ses observations formulées sous l'article 1251-13 en ce qui concerne l'homologation de l'accord de médiation en vue de lui conférer force exécutoire.

Article 1251-20 du NCPC

Le considérant 20 de la directive indique que le contenu d'un accord issu de la médiation qui est rendu exécutoire dans un Etat membre devrait être reconnu et déclaré exécutoire dans les autres Etats membres, conformément au droit communautaire ou national applicable, par exemple sur la base du règlement (CE) No 44/2001⁵ ou du règlement (CE) No 2201/2003⁶. L'article 6 de la directive impose aux Etats membres de veiller à ce que les parties, ou l'une d'elles avec le consentement des autres, puissent demander que le contenu d'un accord écrit issu d'une médiation soit rendu exécutoire tant par le juge national que par ceux des autres Etats membres.

Le paragraphe 1er de l'article 1251-20 définit la procédure en vue d'obtenir la reconnaissance et l'exécution d'un accord de médiation conclu dans un autre Etat membre de l'Union européenne et homologué dans cet Etat membre. A noter que la procédure applicable devrait être celle prévue pour la reconnaissance et l'exécution au Luxembourg de toutes les décisions judiciaires en matière civile et commerciale rendues et exécutoires dans un Etat étranger (articles 546-1 et suivants du NCPC). Le Conseil d'Etat estime qu'une telle précision devrait figurer au paragraphe 1er. D'ailleurs, pour la reconnaissance et l'exécution d'un accord déjà rendu exécutoire dans un autre Etat membre, il ne semble pas nécessaire de requérir le consentement de toutes les parties pour déposer la requête. La version d'un article 1538 à insérer au Code de procédure français telle que proposée en France dans le cadre de la transposition de la directive en droit national et libellée comme suit: „L'accord issu de la médiation, rendu exécutoire par une juridiction ou une autorité d'un autre Etat membre de l'Union européenne dans les conditions prévues par les dispositions de l'article 6 de la directive 2008/52/CE du 21 mai 2008 du Parlement européen et du Conseil sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale, est reconnu et déclaré exécutoire en France dans les conditions prévues par les articles 509-2 à 509-7“ pourra utilement servir d'inspiration.

Le paragraphe 2 de l'article 1251-20 en projet se réfère aux accords de médiation conclus dans un autre Etat membre de l'Union européenne, mais qui n'ont pas encore été rendus exécutoires dans cet autre Etat membre. Le Conseil d'Etat admet que dans cette hypothèse le consentement de toutes les parties pour le dépôt de la demande d'homologation s'impose.

L'article 6 de la directive prévoit que, pour être exécutoire dans un Etat membre, le contenu de l'accord entre les parties doit être conforme au droit dans l'Etat membre dans lequel la demande est

5 Règlement (CE) No 44/2001 du Conseil du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, modifié en dernier lieu par le règlement (CE) No 1791/2006.

6 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, modifié par le règlement (CE) No 2116/2004.

formulée. En plus, le droit de l'Etat membre où l'accord a été conclu doit prévoir la possibilité de le rendre exécutoire. La directive ne permet pas aux parties de contourner la loi d'un Etat membre qui ne prévoit pas la possibilité de rendre exécutoire un accord issu de la médiation dans le domaine du droit de la famille et de demander que cet accord soit rendu exécutoire dans un autre Etat membre.

Le paragraphe 2 proposé par les auteurs énumère les motifs de refus tenant tant au droit national qu'au droit de l'autre Etat membre. Pour distinguer entre les deux hypothèses visées par les paragraphes 1er et 2, le Conseil d'Etat estime qu'il y a lieu de reformuler le paragraphe 2 de la manière suivante:

„(2) En vue d'obtenir l'homologation aux fins de conférer force exécutoire à un accord de médiation conclu dans un autre Etat membre de l'Union européenne, les parties ou l'une d'entre elles avec le consentement de toutes les autres parties déposent une requête auprès du président du tribunal d'arrondissement. L'accord de médiation est joint à la requête.

Le juge refuse l'homologation de cet accord de médiation

– si celui-ci est ...

Le juge refuse également l'homologation de l'accord de médiation ...“

Article 1251-21 du NCPC

Cette disposition établit des règles de compétence territoriale conformément aux dispositions de l'article 1250 du NCPC.

Article II

La loi modifiée du 10 août 1991 sur la profession d'avocat est complétée pour assurer l'assistance judiciaire en matière de médiation civile et commerciale. L'ajout prévu à l'article 37-1, paragraphe 2 exclut les frais liés à une médiation volontaire. Le Conseil d'Etat regrette cette décision du Gouvernement alors qu'une médiation engagée entre parties pourrait apporter une solution extrajudiciaire plus économique et rapide que le recours à la justice. Les frais liés à une médiation judiciaire ou familiale effectuée par un médiateur non agréé ne sont pas couverts par l'assistance judiciaire. Le Conseil d'Etat estime cependant que les frais liés à une médiation judiciaire effectuée par un médiateur non agréé, désigné par le juge conformément à l'article 1251-10, paragraphe 3, devront être couverts par l'assistance judiciaire. Il est évident que le libellé envisagé ne concerne que l'hypothèse du maintien de l'agrément du médiateur.

Article III

Les dispositions transitoires prévues à cet article ne donnent pas lieu à observation. L'intitulé prévu à cet article est à supprimer alors que les articles I et II ne comportent pas non plus d'intitulé.

Ainsi délibéré en séance plénière, le 5 juillet 2011.

Le Secrétaire général,

Marc BESCH

Le Président,

Georges SCHROEDER

CTIE – Division Imprimés et Fournitures de bureau

5155/10

N° 5155¹⁰

CHAMBRE DES DEPUTES

Session ordinaire 2015-2016

P R O J E T D E L O I

portant réforme du divorce

* * *

ARRETE GRAND-DUCAL DE RETRAIT DU ROLE DES AFFAIRES

(1.6.2016)

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

Sur le rapport de Notre Ministre de la Justice et après délibération du Gouvernement en Conseil;

Arrêtons:

Article unique.— Notre Ministre de la Justice est autorisé à déposer en Notre nom le retrait du projet de loi n° 5155 portant réforme du divorce.

Palais de Luxembourg, le 1^{er} juin 2016

Le Ministre de la Justice,

Félix BRAZ

HENRI

CTIE – Division Imprimés et Fournitures de bureau

CHAMBRE DES DEPUTES

Session ordinaire 2011-2012

LB/pk

Commission juridique

Procès-verbal de la réunion du 14 mars 2012

ORDRE DU JOUR :

1. 5914 Projet de loi ayant pour objet de modifier l'âge légal du mariage et les dispositions y afférentes, ainsi que d'abroger les délais de viduité et de compléter certaines dispositions du Code civil
- Rapporteur: Monsieur Paul-Henri Meyers

- 5908 Projet de loi ayant pour objet de lutter contre les mariages et partenariats forcés ou de complaisance ainsi que de modifier et compléter certaines dispositions:
- du Code civil
- du Nouveau Code de procédure civile
- du Code pénal

- 5155 Projet de loi portant réforme du divorce
- Rapporteur: Madame Christine Doerner

- 5867 Projet de loi relatif à la responsabilité parentale
- Rapporteur: Madame Christine Doerner

- 6039 Projet de loi portant modification de certaines dispositions du Code civil

- 6172 Projet de loi portant réforme du mariage et de l'adoption et modifiant :
 - a) le Code civil
 - b) le Nouveau Code de procédure civile
 - c) le Code d'instruction criminelle
 - d) la loi modifiée du 16 avril 1979 fixant le statut général des fonctionnaires de l'Etat
 - e) la loi modifiée du 24 décembre 1985 fixant le statut général des fonctionnaires communaux
 - f) la loi modifiée du 14 mars 1988 portant création d'un congé d'accueil pour salariés du secteur privé
 - g) la loi du 23 octobre 2008 sur la nationalité luxembourgeoise
- Continuation de l'examen du Titre II "Des actes de l'état civil" du Livre 1er

2. 6343 Projet de loi portant :
 - 1) approbation du Protocole contre le trafic illicite de migrants par terre, air et mer, signé à Palerme, le 12 décembre 2000, additionnel à la Convention des

Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée du 15 novembre 2000

2) modification du Code pénal

3) modification du Code d'instruction criminelle

4) modification de la loi modifiée du 29 août 2008 sur la libre circulation des personnes et l'immigration

- Désignation d'un rapporteur

- Présentation du projet de loi

- Examen de l'avis du Conseil d'Etat

3. Divers

*

Présents : M. Marc Angel, M. Xavier Bettel, M. Félix Braz, Mme Christine Doerner, M. Jacques-Yves Henckes, M. Jean-Pierre Klein, M. Paul-Henri Meyers, M. Gilles Roth, M. Lucien Weiler

Mme Marie-Anne Ketter, Mme Claudine Konsbruck, du Ministère de la Justice

M. Laurent Besch, de l'administration parlementaire

Excusés : M. Alex Bodry, M. Léon Gloden, Mme Lydie Polfer

*

Présidence : M. Gilles Roth, Président de la Commission

*

1. **5914** **Projet de loi ayant pour objet de modifier l'âge légal du mariage et les dispositions y afférentes, ainsi que d'abroger les délais de viduité et de compléter certaines dispositions du Code civil**

5908 **Projet de loi ayant pour objet de lutter contre les mariages et partenariats forcés ou de complaisance ainsi que de modifier et compléter certaines dispositions:**

- du Code civil

- du Nouveau Code de procédure civile

- du Code pénal

5155 **Projet de loi portant réforme du divorce**

5867 **Projet de loi relatif à la responsabilité parentale**

6039 **Projet de loi portant modification de certaines dispositions du Code civil**

6172 **Projet de loi portant réforme du mariage et de l'adoption et modifiant :**

a) le Code civil

b) le Nouveau Code de procédure civile

c) le Code d'instruction criminelle

d) la loi modifiée du 16 avril 1979 fixant le statut général des fonctionnaires de l'Etat

- e) la loi modifiée du 24 décembre 1985 fixant le statut général des fonctionnaires communaux
- f) la loi modifiée du 14 mars 1988 portant création d'un congé d'accueil pour salariés du secteur privé
- g) la loi du 23 octobre 2008 sur la nationalité luxembourgeoise

Article 63 (continuation de l'examen de l'article 63)

Paragraphe (2), point 1)

La suppression proposée de l'examen médical prénuptial implique l'abrogation de la loi de 1972 et la suppression des alinéas 2 et 3 de l'article 169 du Code civil.

Le représentant du Ministère de la Justice continuera aux membres de la commission la lettre afférente du Ministère de la Santé.

M. le Rapporteur rappelle la décision de la commission de supprimer l'audition préalable des futurs conjoints par l'officier de l'état civil.

*«Art 63. (1) Avant la célébration du mariage, l'officier de l'état civil **fera fait** une publication par voie d'affiche apposée à la porte de la maison commune. Cette publication **énoncera** énonce les prénoms, noms, professions, domiciles et résidences des futurs époux, ainsi que le lieu où le mariage **devra doit** être célébré.*

~~(2) L'officier de l'état civil ne pourra procéder à la publication prévue à l'alinéa ci-dessus, ni en cas de dispense de publication, La publication prévue au premier paragraphe ou, en cas de dispense de publication accordée conformément aux dispositions de l'article 169, alinéa 1er, ci-après, à la célébration du mariage qu'après la remise, par chacun des futurs époux, d'un certificat médical, datant de moins de deux mois et attestant, à l'exclusion de toute autre indication, que l'intéressé a été examiné en vue du mariage la célébration du mariage est subordonnée:~~

A la remise, pour chacun des futurs époux, des pièces suivantes:

- les pièces exigées par les articles 70 ou 71 et, le cas échéant, par l'article 73;*
- la justification de l'identité, du domicile ou de la résidence, et de la capacité matrimoniale, au moyen de pièces délivrées par une autorité publique.*

(3) L'officier de l'état civil, qui ne se conforme pas aux prescriptions des paragraphes précédents, est puni des peines prévues à l'article 264 du Code pénal.»

Articles 70 et 71 (article 1^{er}, point 3. et point 4. du projet de loi n°5908)

Il est proposé de modifier le libellé de l'article 70 en précisant que la copie intégrale de l'acte de naissance ne doit pas dater de plus de six mois. Cette obligation vise l'acte de naissance établi tant par les autorités luxembourgeoises que par les autorités étrangères.

Cette modification est dictée pour des considérations de sécurité juridique en ce qu'une copie trop ancienne de l'acte de naissance risque de ne pas mentionner un changement de l'état éventuel du futur conjoint.

La 2^e phrase de l'article 70 est reprise en tant qu'alinéa 1^{er} nouveau de l'article 71 et ce dans un souci d'assurer une cohérence juridique et la lisibilité du texte en question.

L'alinéa 2 nouveau reprend le libellé actuel de l'article 71.

«Art 70. (L. 16 mai 1975) L'officier de l'état civil se fera remettre une copie intégrale de l'acte de naissance de chacun des futurs époux conjoints. ~~Celui des époux conjoints qui sera dans l'impossibilité de se le procurer, pourra le suppléer, en rapportant un acte de notoriété délivré par le juge de paix du lieu de sa naissance, ou par celui de son domicile.~~

Art 71. (~~L. 16 mai 1975~~) Celui des époux conjoints qui sera dans l'impossibilité de se le procurer, pourra le suppléer, en rapportant un acte de notoriété délivré par le juge de paix du lieu de sa naissance, ou par celui de son domicile. L'acte de notoriété contiendra la déclaration faite par trois témoins, de l'un ou de l'autre sexe, parents ou non parents, des prénoms, nom, ~~profession~~ et domicile du futur époux conjoint et de ceux de ses père et mère, s'ils sont connus; le lieu, et, autant que possible, l'époque de sa naissance, et les causes qui empêchent d'en rapporter l'acte. Les témoins signeront l'acte de notoriété avec le juge de paix; et s'il en est qui ne puissent ou ne sachent signer, il en sera fait mention.»

Article 73 (article II, point 1° du projet de loi n°5914)

L'adaptation du libellé proposée devient nécessaire suite aux modifications suggérées à l'endroit des articles 148 à 150 du Code civil.

Il est proposé de supprimer à l'endroit de l'alinéa 1^{er} le terme «*profession*» et de conjuguer aux alinéas 1^{er} et 2 les verbes à l'indicatif présent.

La compétence actuellement reconnue pour les agents diplomatiques et consulaires luxembourgeois en poste à l'étranger de recevoir l'acte de consentement afférent à l'étranger est supprimée en concordance avec la position du Ministère des Affaires étrangères qui a retenu que les agents diplomatiques et consulaires luxembourgeois ne sont pas à considérer comme étant investis de la fonction d'officier de l'état civil et partant incompétents pour recevoir de tels actes de consentement.

La loi française a réglé en détail les compétences relatives à l'état civil respectives dont sont investis les agents diplomatiques et consulaires.

Un membre de la commission fait observer que tout citoyen européen se trouvant dans un pays étranger dispose désormais de la faculté de demander assistance consulaire à toute ambassade ou consulat d'un Etat membre de l'Union européenne dans ce pays.

Le représentant du Ministère de la Justice propose d'envoyer un courrier circonstancié au Ministère des Affaires étrangères lui demandant s'il entend maintenir sa ligne de conduite au sujet des compétences de l'état civil des agents diplomatiques et consulaires en poste à l'étranger.

«Art 73. L'acte authentique du consentement des père et mère ~~ou aïeuls et aïeules~~, ou, à leur défaut, celui de la famille, contiendra les prénoms, noms, ~~professions~~ et domiciles du futur époux, et de tous ceux qui auront concouru à l'acte, ainsi que leur degré de parenté.

(~~L. 12 juin 1898~~) Hors le cas prévu par l'article 160, c Cet acte de consentement pourra être donné soit devant un notaire, soit devant l'officier de l'état civil du domicile ou de la résidence ~~de l'ascendant des père et mère~~, et, à l'étranger, par les autorités qui ont compétence pour recevoir cet acte, ~~par les agents diplomatiques ou consulaires du Grand-Duché.~~»

Article 75 (article IX, point 1°, premier tiret du projet de loi n°6172)

*«**Art 75.** (L. 21 février 1985) Le jour désigné par les parties, après le délai de publication, l'officier de l'état civil, dans la maison commune, fera lecture aux parties des pièces ci-dessus mentionnées, relatives à leur état et aux formalités du mariage et des articles 212, 213, alinéa 1er, 214, alinéas 1er et 3, et 215, première phrase.*

*Toutefois, en cas d'empêchement grave, le procureur d'Etat du lieu du mariage pourra requérir l'officier de l'état civil de se transporter au domicile ou à la résidence de l'une des parties pour célébrer le mariage. En cas de péril imminent de mort de l'un des futurs **époux conjoints**, l'officier de l'état civil pourra s'y transporter avant toute réquisition ou autorisation du procureur d'Etat, auquel il devra ensuite, dans le plus bref délai, faire part de la nécessité de cette célébration, hors de la maison commune. Mention en sera faite dans l'acte de mariage.*

L'officier de l'état civil recevra de chaque partie, l'une après l'autre, la déclaration qu'elles veulent se prendre pour mari et femme; il prononcera, au nom de la loi, qu'elles sont unies par le mariage, et il en dressera acte sur-le-champ.»

Article 76 (article II, point 2° du projet de loi n°5914, article 1^{er}, point 1), premier tiret du projet de loi n°6039 et article IX, point 1°, premier tiret du projet de loi n°6172)

La commission propose, à raison des amendements proposés à l'endroit des articles 148 à 150 du Code civil, de supprimer les termes «*aïeuls et aïeules*». L'accord de ces derniers n'étant plus exigé dans les cas où l'accord des ascendants est actuellement requis.

Le terme «*époux*» est remplacé par celui de «*conjoint*».

Point 3)

A raison du libellé amendé de l'article 148, il y a lieu d'ajouter, après le bout de phrase «*[...] tuteur ad hoc*» les termes «*et, le cas échéant, l'accord du juge des tutelles*»

Point 4)

La commission unanime décide de maintenir le point 4) en ce que l'acte de mariage contient les prénoms et noms du précédent conjoint de chacun des époux. Ainsi, un recensement systématique des renseignements et informations utiles est assuré. Ces renseignements ont la fonction d' «*éléments de preuve*» en cas d'opposabilité au mariage ou à la filiation.

Contenu de la lecture obligatoire de l'officier de l'état civil appelé à célébrer un mariage

Il échet de préciser que l'article 75 du Code civil énonce les pièces dont l'officier de l'état civil célébrant un mariage doit donner lecture en renvoyant «*aux pièces ci-dessus mentionnées relatives à leur état*», c'est-à-dire aux pièces telles que visées aux articles 63 à 74 du Code civil.

Il s'ensuit que ledit officier de l'état civil n'est pas obligé de par la loi de donner lecture des énonciations contenues dans l'acte de mariage et détaillées comme telles par l'article 76, article subséquent à l'article 75.

Pour le surplus, il est renvoyé au guide pratique de l'officier de l'état civil qui, par son caractère exhaustif, constitue le document de référence

[à préciser dans le rapport]

«**Art 76.** (L. 21 février 1985) On énoncera, dans l'acte de mariage:

1) les prénoms, noms, ~~professions~~, lieux et dates de naissance et domicile des **époux conjoints**;

2) les prénoms, noms, ~~professions~~ et domiciles des pères et mères;

3) le consentement des pères et mères, ~~aïeuls et aïeules~~, celui du conseil de famille **et**, celui du tuteur ad hoc **et, le cas échéant, le juge des tutelles**, dans les cas où ils sont requis;

4) les prénoms et nom du précédent conjoint de chacun des **époux conjoints**;

5) les publications dans les divers domiciles;

6) la déclaration des contractants de se prendre pour **époux conjoint**, et le prononcé de leur union par l'officier public.

Il sera fait mention de la célébration du mariage en marge de l'acte de naissance de chacun des **époux conjoints**.

Un extrait des conventions matrimoniales des **époux conjoints** est transmis, à la diligence du notaire qui les aura reçues, au parquet général à fin de conservation au répertoire civil et d'inscription dans un fichier, faute de quoi les clauses dérogatoires au droit commun ne pourront être opposées aux tiers qui ont contracté avec les époux dans l'ignorance de ces conventions matrimoniales.»

Articles 79 (article IX, point 1° du projet de loi n°6172 et article 1^{er}, point 1), deuxième tiret du projet de loi n°6039) et 79-1 (article IX, point 2° du projet de loi n°6172 et article 1^{er}, point 1) du projet de loi n°6039)

La suppression du terme «*profession*» à l'article 79 et à l'article 79-1, alinéa 2 n'appelle pas d'observation.

«**Art 79.** (L. 16 mai 1975) L'acte de décès contiendra le jour, l'heure et le lieu du décès, les prénoms, nom, ~~profession~~ et domicile de la personne décédée; les prénoms et nom de son **époux conjoint** si la personne décédée était mariée, veuve ou divorcée; les prénoms, nom, âge, profession et domicile du déclarant et, s'il est parent, son degré de parenté.

Le même acte contiendra de plus, autant qu'on pourra le savoir, les prénoms, noms, ~~profession~~ et domicile des père et mère du décédé, ainsi que la date et le lieu de la naissance de ce dernier.

Il sera fait mention du décès en marge de l'acte de naissance de la personne décédée.»

«**Art 79-1.** (L. 23 décembre 2005) Lorsqu'un enfant est décédé avant que sa naissance ait été déclarée à l'état civil, l'officier de l'état civil établit un acte de naissance et un acte de décès sur production d'un certificat médical précisant les jours et heures de sa naissance et de son décès.

Si l'enfant est mort-né, l'officier de l'état civil établit un acte d'enfant sans vie. Cet acte est inscrit à sa date sur les registres de décès et il énonce les jours, heure, et lieu de l'accouchement, le sexe de l'enfant, le nom et les prénoms qui lui sont donnés au cas où les parents le souhaitent, les prénoms et noms, ~~profession~~ et domicile des père et mère ainsi que les lieux et dates de naissance pour autant qu'ils sont connus.»

Article 95 (article IX, point 1°, premier tiret du projet de loi n°6172)

La substitution du terme «conjoint» à celui d'«époux» n'appelle pas d'observation.

*«Art 95. Immédiatement après l'inscription sur le registre, de l'acte de la célébration du mariage, l'officier chargé de la tenue du registre en enverra une expédition à l'officier de l'état civil du dernier domicile des **époux conjoints**.»*

Article 108 (article IX, point 2° du projet de loi n°6172)

Les termes «père et mère» sont mis au pluriel.

«Art. 108. Le mineur non émancipé a son domicile chez celui des pères et mères qui est son administrateur légal ou chez son tuteur; le majeur interdit a le sien chez son tuteur.»

Article 909 (article I^{er}, point 4) du projet de loi n°6039)

M. le Rapporteur donne lecture des articles 909 du Code civil belge et français qui sont libellés de la manière suivante:

- article 909 du Code civil belge:

«Art. 909. [Les docteurs en médecine, chirurgie et accouchements,] les officiers de santé et les pharmaciens qui auront traité une personne pendant la maladie dont elle meurt, ne pourront profiter des dispositions entre-vifs ou testamentaires qu'elle aurait faites en leur faveur pendant le cours de cette maladie. <L 2003-04-22/45, art. 2, 009 ; En vigueur : 01-06-2003>

[Les gestionnaires et membres du personnel de maisons de repos, maisons de repos et de soins ainsi que de toute autre structure d'hébergement collectif pour personnes âgées ne pourront profiter des dispositions entre vifs ou testamentaires qu'une personne hébergée dans leur établissement aurait faites en leur faveur durant son séjour.] <L 2003-04-22/45, art. 2, 009 ; En vigueur : 01-06-2003>

Sont exceptées:

1° les dispositions rémunératoires faites à titre particulier, eu égard aux facultés du disposant et aux services rendus;

2° les dispositions universelles, dans le cas de parenté jusqu'au quatrième degré inclusivement, pourvu toutefois que le décédé n'ait pas d'héritiers en ligne directe; à moins que celui au profit de qui la disposition a été faite, ne soit lui-même du nombre de ces héritiers;

[3° les dispositions en faveur du conjoint, du cohabitant légal ou de la personne vivant maritalement avec le disposant.] <L 2003-04-22/45, art. 2, 009 ; En vigueur : 01-06-2003>

[Les mêmes règles sont observées à l'égard des ministres du culte et autres ecclésiastiques, ainsi qu'à l'égard des délégués du Conseil Central Laïque.] <L 2003-04-22/45, art. 2, 009 ; En vigueur : 01-06-2003>»

- article 909 du Code civil français:

«Art. 909. Les membres des professions médicales et de la pharmacie, ainsi que les auxiliaires médicaux qui ont prodigué des soins à une personne pendant la maladie dont elle meurt ne peuvent profiter des dispositions entre vifs ou testamentaires qu'elle aurait faites en leur faveur pendant le cours de celle-ci.

Les mandataires judiciaires à la protection des majeurs et les personnes morales au nom desquelles ils exercent leurs fonctions ne peuvent pareillement profiter des dispositions entre vifs ou testamentaires que les personnes dont ils assurent la protection auraient faites en leur faveur quelle que soit la date de la libéralité.

Sont exceptées:

1° Les dispositions rémunératoires faites à titre particulier, eu égard aux facultés du disposant et aux services rendus ;

2° Les dispositions universelles, dans le cas de parenté jusqu'au quatrième degré inclusivement, pourvu toutefois que le décédé n'ait pas d'héritiers en ligne directe ; à moins que celui au profit de qui la disposition a été faite ne soit lui-même du nombre de ces héritiers.

Les mêmes règles seront observées à l'égard du ministre du culte.»

Le Conseil d'Etat, dans son avis du 20 avril 2010, fait observer que «Le Conseil d'Etat comprend que cette modification est destinée à répondre aux réalités tenant à la dépendance des personnes âgées ou en fin de vie et de „prévenir l'abus de l'état de faiblesse“, tel qu'il est expliqué au commentaire afférent à la disposition sous avis. Il voudrait toutefois faire deux observations, l'une d'ordre pratique, l'autre d'ordre plus fondamental. Compte tenu des réalités sociétales, la disposition sous examen ne doit pas conduire à élever systématiquement des réserves par rapport à des donations ou des legs au profit de personnes qui s'occupent, à titre bénévole ou contre rémunération, de personnes âgées. Dans un ordre juridique fondé sur l'autonomie de la personne humaine, il y a lieu de limiter les exceptions au droit de tout donateur, ou testateur, sain d'esprit et libre d'agir, de disposer de ses biens.

D'un point de vue terminologique, le Conseil d'Etat propose de se référer aux „membres du personnel...“ alors que le „personnel“ en tant que tel ne peut pas recevoir des donations ou des legs. Les autres modifications terminologiques prévues à l'article 909 du Code civil n'appellent pas d'observation particulière.»

M. le Rapporteur souligne l'approche très restrictive du texte français qui étend l'incapacité de recevoir par donation entre vifs ou par testament également à la personne d'un tuteur d'un majeur.

Le représentant du Ministère de la Justice informe les membres de la commission qu'il est proposé, dans le cadre de la réforme du régime de la tutelle dont les travaux préliminaires sont en cours, d'introduire le délit d'abus de faiblesse. L'article 223-15-2 du Code pénal français réprime l'abus frauduleux de l'état d'ignorance ou de situation de faiblesse d'un mineur ou d'une personne particulièrement vulnérable.

M. le Rapporteur propose que la situation de la personne vivant maritalement avec le disposant soit abordée dans le cadre d'une discussion plus générale, étant donné que cela va au-delà du seul cadre de l'article 909 du Code civil.

L'orateur propose d'amender l'article 909 comme suit:

«**Art. 909.** Les ~~docteurs en médecine ou en chirurgie, les officiers de santé et~~ médecins, pharmaciens, **les membres des professions de santé, ainsi que les auxiliaires** qui auront traité **ou assisté** une personne pendant la maladie dont elle meurt, ne pourront profiter des dispositions entre vifs ou testamentaires qu'elle aurait faites en leur faveur pendant le cours de celle-ci.

Sont exceptées:

1° les dispositions rémunératoires faites à titre particulier, eu égard aux facultés du disposant et aux services rendus;

2° les dispositions universelles, dans le cas de parenté jusqu'au quatrième degré inclusivement, pourvu toutefois que le décédé n'ait pas d'héritiers en ligne directe; à moins que celui au profit de qui la disposition a été faite ne soit lui-même du nombre de ces héritiers.

Les mêmes règles seront observées à l'égard des ministres des cultes et tout autre représentant d'une communauté religieuse ou convictionnelle.»

Cette proposition de texte recueille l'accord unanime de la commission.

Introduction d'un nouveau Chapitre VIII libellé comme suit: «Chapitre VIII – Des mariages et partenariats forcés ou de complaisance» dans le Code pénal

M. le Rapporteur propose d'insérer l'article III du projet de loi n°5908 en ce qu'il prévoit l'introduction d'un Chapitre VIII nouveau comportant les articles 387 à 389 nouveaux au Titre VII du Livre II du Code pénal.

Cette proposition recueille l'accord unanime des membres de la commission.

Articulation des compétences dévolues à l'officier de l'état civil

Un membre du groupe politique LSAP rappelle ses propos consignés dans le procès-verbal n°13 de la réunion du 13 février 2012. L'orateur estime que certaines pratiques qui sont devenues au fil du temps monnaie courante, ne sont pas nécessairement conformes aux textes légaux afférents et que cette situation pourrait, le cas échéant, justifier l'annulation d'un mariage pour non respect d'une disposition légale.

Les membres de la commission décident d'organiser un échange de vues avec des représentants du Ministère de l'Intérieur et à la Grande Région à ce sujet.

2. 6343 Projet de loi portant :

- 1) approbation du Protocole contre le trafic illicite de migrants par terre, air et mer, signé à Palerme, le 12 décembre 2000, additionnel à la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée du 15 novembre 2000**
- 2) modification du Code pénal**
- 3) modification du Code d'instruction criminelle**
- 4) modification de la loi modifiée du 29 août 2008 sur la libre circulation des personnes et l'immigration**

Mme Christine Doerner est désignée rapporteur.

Présentation du projet de loi

Le Protocole contre le trafic illicite de migrants par terre, air et mer (ci-après dénommé le Protocole), entré en vigueur le 28 janvier 2004 et additionnel à la Convention contre la criminalité transnationale organisée, encore désigné par la Convention de Palerme, adoptée par une résolution A/RES/55/25 de l'Assemblée générale des Nations Unies du 15 novembre 2000, a été signé par 112 Etats, dont le Luxembourg.

Ce protocole a pour objectif de prévenir et de combattre le trafic illicite de migrants ainsi que de promouvoir la coopération entre les Etats dans ce domaine.

Etant donné que selon Interpol le trafic des migrants est devenu l'activité préférentielle d'un nombre croissant d'organisations criminelles internationales, qui montrent un zèle accru et se servent de techniques très sophistiquées pour déplacer un nombre de personnes toujours plus important avec des gains toujours croissants.

C'est dans ce contexte de la propagation toujours plus importante du trafic de migrants que le Protocole a été adopté.

La notion de trafic de migrants diffère de celle de la traite des êtres humains en ce que celle-ci inclut, en plus de l'élément du déplacement payant d'un pays vers un autre, l'exploitation de la personne concernée dans ce pays.

Examen des articles et de l'avis du Conseil d'Etat

Article 1^{er}

L'article 1^{er} vise à approuver le Protocole contre le trafic illicite de migrants par terre, air et mer, signé à Palerme, le 12 décembre 2000, additionnel à la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée du 15 novembre 2000.

Il ne donne pas lieu à observation.

Article 2

Point 1° - nouveau Chapitre VI-II intitulé «Du trafic illicite des migrants» au Titre VII du Livre II du Code pénal et comprenant les articles 382-4 et 382-5 nouveaux

Article 382-4 nouveau

Alinéa 1^{er}

L'alinéa 1^{er} de l'article 382-4 nouveau reprend la disposition figurant à l'article 143 de la loi modifiée du 29 août 2008 sur la libre circulation des personnes et l'immigration. Ledit article 143 sera abrogé (article 4, point 2° du projet de loi), tout en adaptant le taux des peines.

Il convient d'établir un certain parallélisme avec les peines prévues à l'article 382-1 du Code pénal relatif à l'infraction de la traite des êtres humains.

Le Conseil d'Etat fait observer qu'en Belgique et en France, les infractions établies par le Protocole ont été intégrées dans les lois respectives sur l'immigration.

Alinéa 2

Le libellé de l'alinéa 2 est largement inspiré de celui de l'article L.622-1 du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile français.

Le Conseil d'Etat fait observer que le Ministère de la Justice adopte une «[...] position plus restrictive que celle prévue par l'article 6 du Protocole qui précise les actes auxquels il y a lieu de conférer le caractère d'infraction pénale. Il donne à considérer que le texte proposé incrimine l'entrée et la circulation illégales, même si l'auteur de l'infraction n'en a pas tiré un avantage financier ou matériel. Seule l'aide au séjour irrégulier doit être faite dans un but lucratif pour tomber sous l'incrimination prévue.

L'alinéa 2 diffère également de l'infraction prévue à l'alinéa 1er de l'article 382-4 qui prévoit un dol spécial pour l'infraction commise sur le territoire d'un Etat membre de l'Union européenne ou le territoire Schengen. Cette approche paraît d'autant plus déconcertante que le territoire d'un Etat partie au Protocole visé à l'alinéa 2 peut parfaitement être un Etat de l'Union européenne ou de l'espace Schengen. Pour éviter toute incohérence qui risque de créer une insécurité juridique, le Conseil d'Etat insiste sur la mise en conformité du libellé des deux alinéas proposés, faute de quoi il se verra dans l'impossibilité d'accorder la dispense du second vote constitutionnel. Le cas échéant, la notion de territoire figurant à l'alinéa 1er pourrait utilement être étendue au territoire d'un Etat partie au Protocole prévu à l'alinéa 2, de sorte que cet alinéa deviendrait superfétatoire et pourrait être supprimé.»

Mme le Rapporteur estime qu'il y a lieu de s'inspirer du libellé de la législation française.

Certains membres de la commission s'interrogent sur la notion de «victime» dont est question à l'article 382-5, point 1). En effet, dans la quasi-majorité des cas de figure, il y a nécessairement collusion entre le migrant «victime» et la personne qui offre de faciliter le passage illégal de la frontière et permet ainsi le séjour illégal sur le territoire d'un pays.

Le représentant du Ministère de la Justice explique que le projet de loi a été élaboré en concertation avec la Direction de l'Immigration du Ministère des Affaires étrangères. L'oratrice précise, quant à l'article 382-5 nouveau, que le terme «victime» doit effectivement être remplacé par celui de «migrant».

A propos de l'article 382-4 nouveau sous examen, elle propose de généraliser l'exigence de l'élément du but de lucre et de l'étendre à l'entrée et à la circulation illégale.

La continuation de l'examen des articles et de l'avis du Conseil d'Etat figure à l'ordre du jour de la réunion du 21 mars 2012 en tant que 2^e point à partir de 10h00.

3. Divers

M. le Président rappelle le calendrier des travaux prévu pour le mois de mars 2012:

❖ **Réunion du 21 mars 2012 à 09h00:**

1. réunion jointe avec la Commission des Affaires intérieures, de la Grande Région et de la Police au sujet de la demande du groupe politique déi gréng du 12 janvier 2012 quant aux «*critères d'utilisation des images et des séquences vidéo enregistrées par des caméras de surveillance*»

2. Projet de loi n°6304B

- continuation de l'examen de l'avis du Conseil d'Etat

(ce point ne concerne que les membres de la Commission juridique)

❖ **Réunion du 21 mars 2012 à 14h00:**

1. Projet de loi n°6304B

- continuation de l'examen de l'avis complémentaire du Conseil d'Etat

2. Projet de loi n°5978

- examen de l'avis complémentaire du Conseil d'Etat

❖ **Réunion du 28 mars 2012**

1. Projet de loi n°6103 (IVG)

- présentation de propositions d'amendement par M. le Rapporteur

2. Projet de loi n°5978 (« squeeze-out »)

- continuation de l'examen de l'avis complémentaire du Conseil d'Etat

3. Projet de loi n°5730 (réforme de la loi de 1915 sur les sociétés commerciales)

- décision quant à l'instauration d'une sous-commission afférente

Le secrétaire,
Laurent Besch

Le Président,
Gilles Roth

CHAMBRE DES DEPUTES

Session ordinaire 2011-2012

LB/pk

Commission juridique

Procès-verbal de la réunion du 07 mars 2012

ORDRE DU JOUR :

1. 5914 Projet de loi ayant pour objet de modifier l'âge légal du mariage et les dispositions y afférentes, ainsi que d'abroger les délais de viduité et de compléter certaines dispositions du Code civil
- Rapporteur: Monsieur Paul-Henri Meyers
- 5908 Projet de loi ayant pour objet de lutter contre les mariages et partenariats forcés ou de complaisance ainsi que de modifier et compléter certaines dispositions:
- du Code civil
- du Nouveau Code de procédure civile
- du Code pénal
- 5155 Projet de loi portant réforme du divorce
- Rapporteur: Madame Christine Doerner
- 5867 Projet de loi relatif à la responsabilité parentale
- Rapporteur: Madame Christine Doerner
- 6039 Projet de loi portant modification de certaines dispositions du Code civil
- 6172 Projet de loi portant réforme du mariage et de l'adoption et modifiant :
 - a) le Code civil
 - b) le Nouveau Code de procédure civile
 - c) le Code d'instruction criminelle
 - d) la loi modifiée du 16 avril 1979 fixant le statut général des fonctionnaires de l'Etat
 - e) la loi modifiée du 24 décembre 1985 fixant le statut général des fonctionnaires communaux
 - f) la loi modifiée du 14 mars 1988 portant création d'un congé d'accueil pour salariés du secteur privé
 - g) la loi du 23 octobre 2008 sur la nationalité luxembourgeoise
- Continuation des travaux
2. Divers

*

Présents : M. Marc Angel, M. Alex Bodry, M. Félix Braz, Mme Christine Doerner, M. Jacques-Yves Henckes, M. Jean-Pierre Klein, M. Paul-Henri Meyers, M. Gilles Roth, M. Lucien Weiler

M. François Biltgen, Ministre de la Justice

Mme Marie-Anne Ketter, du Ministère de la Justice

M. Laurent Besch, de l'administration parlementaire

Excusés : M. Xavier Bettel, M. Léon Gloden, Mme Lydie Polfer

*

Présidence : M. Gilles Roth, Président de la Commission

*

1. **5914** **Projet de loi ayant pour objet de modifier l'âge légal du mariage et les dispositions y afférentes, ainsi que d'abroger les délais de viduité et de compléter certaines dispositions du Code civil**

- 5908** **Projet de loi ayant pour objet de lutter contre les mariages et partenariats forcés ou de complaisance ainsi que de modifier et compléter certaines dispositions:**
 - du Code civil
 - du Nouveau Code de procédure civile
 - du Code pénal

- 5155** **Projet de loi portant réforme du divorce**

- 5867** **Projet de loi relatif à la responsabilité parentale**

- 6039** **Projet de loi portant modification de certaines dispositions du Code civil**

- 6172** **Projet de loi portant réforme du mariage et de l'adoption et modifiant :**
 - a) le Code civil
 - b) le Nouveau Code de procédure civile
 - c) le Code d'instruction criminelle
 - d) la loi modifiée du 16 avril 1979 fixant le statut général des fonctionnaires de l'Etat
 - e) la loi modifiée du 24 décembre 1985 fixant le statut général des fonctionnaires communaux
 - f) la loi modifiée du 14 mars 1988 portant création d'un congé d'accueil pour salariés du secteur privé
 - g) la loi du 23 octobre 2008 sur la nationalité luxembourgeoise

M. le Rapporteur propose de revenir aux articles 191, 200, 204, 227 et 295.

Article 192

L'orateur suggère d'adapter la peine d'amende applicable et par conséquent de faire abstraction du renvoi à l'article 63 du Code civil comme initialement proposé (cf. procès-verbal n°23 de la réunion du 29 février 2012). Par analogie à l'article 63, paragraphe (3) du Code civil (article 63, alinéa 3 actuel), il suggère également de prévoir un renvoi à l'article 264 du Code pénal.

Le libellé proposé de l'article 192 se lit comme suit:

«**Art. 192.** Si le mariage n'a point été précédé de ~~des deux~~ **la publications** requises, ou s'il n'a pas été obtenu des dispenses permises par la loi, ou si les intervalles prescrits dans ~~les la publications~~ et ~~la célébrations~~ n'ont point été observés, le procureur d'Etat fait prononcer contre l'officier public une amende ~~qui ne pourra excéder de... à .. euros~~; et contre les parties contractantes, ou ceux sous la puissance desquels elles ont agi, une amende ~~proportionnée à leur fortune~~ de... à .. euros.

L'officier de l'état civil qui ne se conforme pas aux prescriptions des dispositions du présent titre est puni des peines prévues à l'article 264 du Code pénal.»

Suite à la décision de maintenir l'article 192, il y a par conséquent lieu de maintenir l'article 193.

Article 200

La commission décide, sur proposition de M. le Rapporteur, de maintenir l'article 200 qui correspond à l'article 200 du Code civil français.

Le droit luxembourgeois connaît des dispositions similaires en termes de responsabilité civile, notamment à l'égard des notaires en leur qualité d'officier public ou encore à l'égard du comptable extraordinaire de l'Etat (loi modifiée du 8 juin 1999 sur le budget, la comptabilité et la trésorerie de l'Etat, articles 70, paragraphe (2) et 73).

Il y a lieu d'indiquer dans la lettre d'amendement afférente que les membres de la commission se sont interrogés sur l'opportunité de supprimer ledit article, alors qu'il semble obsolète.

[à préciser dans la lettre d'amendement]

«**Art. 200.** Si l'officier public est décédé lors de la découverte de la fraude, l'action sera dirigée au civil contre ses héritiers par le procureur d'Etat, en présence des parties intéressées et sur leur dénonciation.»

Article 204

D'après les termes d'un arrêt de la Cour supérieure de Justice du 7 juillet 1969, le terme «*établissement*» vise une «*dotation en capital et ne vise nullement une participation à des frais d'entretien*».

Ainsi, l'enfant n'a pas le droit de demander, à raison de son mariage, la constitution et le versement d'une dot à ses parents.

Le législateur français a maintenu l'article 204 dont le libellé est identique au texte luxembourgeois.

M. le Rapporteur estime que l'abrogation de l'article 204 pourrait, le cas échéant, entraîner une application jurisprudentielle dérivée non voulue de l'obligation alimentaire des parents telle que prévue à l'article 203 du Code civil en ce que l'enfant pourrait être incité à exiger une dot.

«Art. 204. L'enfant n'a pas d'action contre ses pères et mères pour un établissement par mariage ou autrement.»

Article 227

Le libellé tel que proposé est maintenu.

«Art. 227. Le mariage se dissout:

*1° par la mort de l'un des **époux conjoints**;*

*2° par le **jugement de divorce légalement prononcé** ayant force de chose jugée.*

3° abrogé implicitement (Const. art. 18)»

Continuation de l'examen des articles

Article 295 (article

La commission unanime décide, sur proposition de M. le Rapporteur, de maintenir le libellé actuel de l'article 295 comme les travaux actuels ne visent que de réformer le volet relatif au mariage.

Articles 296 et 297 (article II, point 9° du projet de loi n°5914 et article VIII du projet de loi n°6172)

L'abrogation des articles 296 (abrogation proposée dans le cadre du projet de loi n°5914) et 297 (abrogation proposée dans le cadre du projet de loi n°6172), dont l'abrogation va de pair avec l'abrogation de l'article 228 relatif au délai de viduité imposée à la femme après divorce, n'appellent pas d'observation.

Articles 1007-1 à 1007-3 nouveaux du Nouveau Code de procédure civile (nouveau Titre VIbis) – article II, 1. du projet de loi n°5908

Dans le cadre du projet de loi n°5908, il est proposé, sous un article II, de réglementer la procédure applicable aux demandes en mainlevée dirigées contre

(i) les décisions de sursis à la célébration du mariage et de renouvellement du sursis, qui sont prononcées par le procureur d'Etat; et

(ii) les oppositions au mariage qui sont formées par le procureur d'Etat et par les personnes investies du droit d'opposition.

L'objectif est de créer une procédure rapide, simple et la moins onéreuse possible pour les futurs conjoints, tout en garantissant un double degré de juridiction.

Le Conseil d'Etat, dans son avis du 15 février 2011, «[...] estime qu'il serait préférable de faire un renvoi à la procédure prévue en matière de référé, plutôt que de multiplier les procédures.»

Le représentant du Gouvernement explique qu'en France une procédure similaire relève de la compétence du Tribunal de Grande Instance.

La commission unanime décide de reprendre les articles 1007-1 à 1007-3 proposés dans le cadre du projet de loi n°5914 sous un Chapitre VIbis nouveau (et non un Titre VII nouveau comme cette façon de procéder entraîne une renumérotation subséquente des titres du Nouveau Code de procédure civile) à introduire dans le Nouveau Code de procédure civile.

Il échet d'indiquer dans la lettre d'amendement que la procédure proposée est spécifique en ce qu'elle se distingue des procédures de référé prévues au Titre XV du Nouveau Code de procédure civile.

Examen des dispositions modificatives du Titre II «Des actes de l'état civil» du Livre 1^{er} du Titre préliminaire du Code civil

Article 909 (Article 1^{er}, point 4) du projet de loi n°6039)

Il est proposé, dans le cadre du projet de loi n°6039 (article 1^{er}, point 4)), de modifier l'article 909 relatif à l'incapacité de certaines personnes de recevoir par donation entre vifs ou par testament.

Le libellé de l'article 909 est adapté en vue de prévenir l'abus de faiblesse des personnes vulnérables. Ainsi, il est proposé d'élargir son champ d'application *ratio personae*.

M. le Rapporteur propose de remplacer les termes «*le personnel paramédical ou de soins*», nomenclature qui n'existe plus, par ceux de «*les professionnels de santé*» et d'élargir davantage le champ des personnes frappées de l'incapacité de recevoir (comme les aides-ménagères, le bénévole intervenant dans le cadre des soins palliatifs).

Un membre du groupe politique CSV explique que la jurisprudence belge a étendu l'interdiction de recevoir dans le chef du ministre du culte également aux sectes regroupant un ensemble d'individus partageant une même doctrine philosophique ou religieuse. L'oratrice précise que la durée du traitement administré dans le cadre de la maladie cause de décès du donateur.

Une proposition de texte sera soumise aux membres de la commission lors de la prochaine réunion.

Article 34 (article 1^{er}, point 1) du projet de loi n°6039 et article IX, point 1° du projet de loi n°6172)

Le terme «*profession*» figurant à l'alinéa 1^{er} est supprimé, de même que le terme «*époux*» figurant au point c) de l'alinéa est remplacé par celui de «*conjoint*».

«**Art 34** (L. 16 mai 1975) Les actes de l'état civil énonceront l'année, le jour et l'heure où ils seront reçus, les prénoms et nom de l'officier de l'état civil, les prénoms, noms, ~~professions~~ et domiciles de tous ceux qui y seront dénommés.

Les dates et lieux de naissance:

a) des père et mère dans les actes de naissance et de reconnaissance;

b) de l'enfant dans les actes de reconnaissance;

c) des **époux conjoints** dans les actes de mariage;

d) du décédé dans les actes de décès seront indiqués lorsqu'ils seront connus. Dans le cas contraire, l'âge desdites personnes sera désigné par leur nombre d'années, comme le sera, dans tous les cas, l'âge des déclarants.»

Article 47 (article 1^{er}, point 1. du projet de loi n°5908)

Alinéa 1^{er}

Il est proposé que la valeur probante d'un acte de l'état civil étranger ne soit plus absolue dans la mesure où il est désormais possible d'opposer des doutes au sujet de l'authenticité ou de la véracité dudit acte.

Les vérifications qui s'imposent sont effectuées par l'officier de l'état civil qui a l'obligation de continuer tout élément susceptible d'entraîner l'annulation de l'acte de l'état civil au procureur d'Etat.

Le cas échéant, l'acte de l'état civil est tenu en suspens. Il importe de noter que le refus définitif de transcription dudit acte de l'état civil sur les registres de l'état civil ne s'inscrit pas dans le régime juridique du refus dans le cadre d'un acte administratif.

[à préciser dans le commentaire de l'article]

Le libellé modifié correspond à l'article 47 du Code civil français.

Alinéas 2 et 3

Les alinéas 2 et 3 sont maintenus dans leur version actuelle.

«**Art. 47.** *Tout acte de l'état civil des Luxembourgeois et des étrangers, fait en pays étranger et rédigé dans les formes usitées dans ce pays, fait foi, sauf si d'autres actes ou pièces, des données extérieures ou des éléments tirés de l'acte lui-même établissent, le cas échéant, après toutes vérifications utiles, que cet acte est irrégulier, falsifié ou que les faits qui y sont déclarés ne correspondent pas à la réalité.*

Les actes de naissance, de mariage et de décès dressés par les autorités compétentes étrangères et concernant des Luxembourgeois pourront être transcrits sur les registres de l'état civil de leur domicile.

Il sera fait mention du mariage ou du décès en marge des actes de naissance des personnes qu'ils concernent.»

Article 55 (article 1^{er}, point 2) du projet de loi n°6039)

La modification proposée, à savoir l'introduction d'un alinéa 2 nouveau, s'inspire de l'article 56 du Code civil belge.

Il s'agit d'éviter qu'un enfant qui vient de naître ne soit déclaré hors délai, le délai de déclaration prévu étant de cinq jours.

Le Conseil d'Etat (avis du 20 avril 2010) fait observer que le texte belge, à savoir l'article 56, alinéa 2 du Code civil belge, parle de l'avis d'accouchement et non pas de l'avis de naissance. Il propose «*de reprendre le concept d'accouchement qui met l'accent sur l'acte biologique attesté par le professionnel de la santé et permet de faire la différence avec la naissance, commencement de la vie indépendante d'un être humain, qui est juridiquement constatée dans l'acte de naissance.*»

Certains membres de la commission émettent des doutes quant à l'interaction de l'alinéa 1^{er} qui prévoit que la déclaration de naissance doit être effectuée dans un délai de cinq jours suite à l'accouchement de l'enfant et la proposition d'imposer au médecin ou, à défaut, à la sage-femme ou aux autres personnes ayant assistées à l'accouchement, d'en donner avis à l'officier de l'état civil compétent dans un délai d'un jour ouvrable suite à l'accouchement de l'enfant.

La commission unanime décide de supprimer l'alinéa 2 nouveau proposé et de maintenir l'article 55 dans sa version actuelle.

«Art. 55. L. 16 mai 1975) Les déclarations de naissance seront faites dans les cinq jours de l'accouchement à l'officier de l'état civil du lieu; le jour de l'accouchement n'est pas compté dans ce délai.»

(L. 13 avril 1979) Lorsqu'une naissance n'aura pas été déclarée dans le délai légal, l'officier de l'état civil ne pourra la relater sur ses registres qu'en vertu d'un jugement rendu par le tribunal de l'arrondissement dans lequel est né l'enfant, et mention sommaire sera faite en marge à la date de naissance. Si le lieu de naissance est inconnu, le tribunal compétent sera celui du domicile du requérant.»

Article 56 (article 1^{er}, point 3) du projet de loi n°6039)

Alinéa 1^{er}

Le libellé actuel est maintenu.

Le Conseil d'Etat fait observer que l'article 56 du Code civil belge vise, pour la cas de figure d'un accouchement intervenu dans un hôpital, une maternité ou un autre établissement de soins, qu'il appartient, à défaut de la déclaration effectuée par l'un ou les deux parents (délai de 15 jours, article 55 du Code civil belge), à la personne qui assure la direction de l'établissement ou son délégué de donner à l'officier de l'état civil avis de l'accouchement (au plus tard le premier jour ouvrable qui suit celui-ci). Le médecin la sage-femme ou toute autre personne ayant assisté à l'accouchement n'interviennent que si l'accouchement a lieu hors établissement de soin.

Alinéas 2 et 3 nouveaux

La modification et l'ajout proposés tiennent compte de la recommandation n°7-286-2004 du Médiateur relative à la procédure de déclaration de naissance. Il s'agit de prévenir la fraude

documentaire en ce que l'officier de l'état civil appelé à acter la déclaration de naissance ne peut pas se baser sur les seules déclarations de l'intéressé, mais doit exiger des pièces justificatives. Ainsi, il s'agit de conférer une base légale expresse à une pratique administrative qui consiste à exiger des pièces justificatives de la part de la personne qui déclare la naissance d'un enfant.

Au point 3. de l'alinéa 2, les termes «*le cas échéant*» visent tant le livret de famille que l'acte de mariage des parents.

Le livret de famille établit le lien de famille et ne saurait constituer une quelconque pièce d'identité.

Il s'ensuit qu'à l'alinéa 3, la dispense du procureur d'Etat ne peut concerner que l'avis de naissance ou la pièce d'identité.

L'article 56 se lit de la manière suivante:

«Art. 56. La naissance de l'enfant sera déclarée par l'un des parents, ou à défaut, par les médecins, sages-femmes, ou autres personnes qui auront assisté à l'accouchement.

*L'acte de naissance sera rédigé immédiatement **sur présentation des pièces suivantes:***

1. l'avis de naissance;

2. une pièce d'identité du ou des parents de l'enfant et, le cas échéant, du tiers déclarant;

3. le cas échéant, le livret de famille ou, à défaut, l'acte de mariage des parents.

Dans des cas exceptionnels, le procureur d'Etat auprès du tribunal d'arrondissement du lieu de naissance de l'enfant peut dispenser de la présentation des pièces visées aux points 1. et 2. de l'alinéa précédent.»

Article 57 (article 1^{er}, point 1) du projet de loi n°6039)

La suppression du terme «*profession*» à l'endroit de l'alinéa 1^{er} ne donne pas lieu à observation.

«Art. 57. L'acte de naissance énonce le jour, l'heure et le lieu de la naissance, le sexe de l'enfant, le nom et les prénoms qui lui sont donnés, les prénoms, noms, ~~profession~~ et domicile des père et mère ainsi que les lieux et leurs dates de naissance pour autant qu'ils sont connus.

Les prénoms de l'enfant sont choisis par ses père et mère. L'officier de l'état civil ne peut recevoir dans l'acte de naissance des prénoms pouvant nuire à l'intérêt de l'enfant ou aux droits des tiers.

Lorsque la filiation d'un enfant est établie simultanément à l'égard de ses deux parents, au plus tard le jour de la déclaration de sa naissance, ces derniers choisissent le nom qui lui est dévolu. L'enfant peut acquérir soit le nom de son père, soit le nom de sa mère, soit leurs deux noms accolés dans l'ordre choisi par eux dans la limite d'un nom pour chacun d'eux.

Au cas où les deux parents ou l'un d'entre eux ont un nom composé de deux noms, ils peuvent choisir de ne conférer à leur enfant qu'un seul des noms composant leurs noms respectifs.

En cas de désaccord entre les parents sur le nom à attribuer à l'enfant, celui-ci porte le nom ou le premier nom de sa mère et le nom ou le premier nom de son père, accolés dans l'ordre défini par tirage au sort par l'officier de l'état civil, en présence de la personne qui déclare la naissance de l'enfant.

Lorsque la filiation d'un enfant est établie successivement à l'égard de ses deux parents, l'enfant acquiert le nom du parent à l'égard de qui sa filiation est établie en premier lieu.

Lorsque la filiation d'un enfant est établie à l'égard d'un seul parent, il acquiert le nom de celui-ci.

Les enfants issus des mêmes père et mère portent un nom identique.

Si les père et mère de l'enfant naturel ou l'un d'eux ne sont pas désignés à l'officier de l'état civil, il n'est fait sur les registres aucune mention à ce sujet.

Si l'acte dressé concerne un enfant naturel, l'officier de l'état civil en donne, dans le mois, avis au juge des tutelles compétent du lieu de naissance. Si l'enfant est déclaré de père et de mère inconnus, l'avis est donné dans les vingt-quatre heures.»

Article 63 (article 1^{er}, point 2. du projet de loi n°5908)

Paragraphe (1)

Le terme «*profession*» est supprimé et les verbes sont mis à l'indicatif présent.

Ces modifications ne donnent pas lieu à observation.

Paragraphe (2)

Point 1.

Le Ministre de la Justice, faisant état d'une demande afférente de la part du Ministre de la Santé, propose de supprimer l'exigence du certificat médical tel que visé par le premier tiret du point 1. En effet, on peut légitimement émettre des doutes quant à l'utilité d'un tel certificat médical. Il ne faut non plus négliger l'aspect de la protection des données à caractère privée. Il est toujours loisible aux futurs conjoints de consentir, de leur propre volonté, aux examens médicaux qu'ils estiment utiles.

Il convient de noter qu'en France, l'examen médical prénuptial a été abrogé par la loi n°2007-1787 du 20 décembre 2007 (article 8-I).

En plus, le point 1., en ce qu'il énumère les pièces devant être remises à l'officier de l'état civil, ne donne pas lieu à observation.

Point 2.

M. le Rapporteur rappelle que la commission avait décidé de ne pas reprendre le point 2. nouveau en ce qu'il prévoit l'audition des futurs conjoints par l'officier de l'état civil.

Paragraphe (3)

Le paragraphe (3), en ce qu'il reprend l'alinéa 3 actuel de l'article 63 ne donne pas lieu à observation.

«**Art 63. (1)** Avant la célébration du mariage, l'officier de l'état civil **fera fait** une publication par voie d'affiche apposée à la porte de la maison commune. Cette publication **énoncera** énonce les prénoms, noms, professions, domiciles et résidences des futurs époux, ainsi que le lieu où le mariage **devra doit** être célébré.

~~(2) L'officier de l'état civil ne pourra procéder à la publication prévue à l'alinéa ci-dessus, ni en cas de dispense de publication, La publication prévue au premier paragraphe ou, en cas de dispense de publication accordée conformément aux dispositions de l'article 169, alinéa 1er, ci-après, à la célébration du mariage qu'après la remise, par chacun des futurs époux, d'un certificat médical, datant de moins de deux mois et attestant, à l'exclusion de toute autre indication, que l'intéressé a été examiné en vue du mariage la célébration du mariage est subordonnée:~~

A la remise, pour chacun des futurs époux, des pièces suivantes:

- les pièces exigées par les articles 70 ou 71 et, le cas échéant, par l'article 73;
- la justification de l'identité, du domicile ou de la résidence, et de la capacité matrimoniale, au moyen de pièces délivrées par une autorité publique.

(3) L'officier de l'état civil, qui ne se conforme pas aux prescriptions des paragraphes précédents, est puni des peines prévues à l'article 264 du Code pénal.»

2. Divers

Les membres de la Commission juridique décident d'arrêter le calendrier des travaux pour le mois de mars 2012 dont le détail s'établit comme suit:

❖ **Réunion du 14 mars 2012 à 09h00:**

Projet de loi n°6304B (attachés de justice):

- désignation d'un rapporteur
- examen de l'avis complémentaire du CE

❖ **Réunion du 14 mars 2012 à 14h00:**

1. Réforme du mariage
(projets de loi n°5908/n°5914/n°6172/n°5155/n°5867/n°6039):

- continuation de l'examen du Titre II «Des actes de l'état civil» du Livre 1^{er}

2. Projet de loi n°6343 (trafic illicite de migrants par terre, air et mer):

- désignation d'un rapporteur
- présentation du texte proposé
- examen de l'avis du CE

❖ **Réunion du 21 mars 2012 à 09h00:**

1. réunion jointe avec la Commission des Affaires intérieures, de la Grande Région et de la Police au sujet de la demande du groupe politique déi gréng du 12 janvier 2012 quant aux «*critères d'utilisation des images et des séquences vidéo enregistrées par des caméras de surveillance*»

Ce volet ne concerne que les membres de la Commission juridique

2. Projet L n°6304B

- continuation de l'examen de l'avis du CE

❖ **Réunion du 21 mars 2012 à 14h00:**

1. Projet de loi n°6304B

- continuation de l'examen de l'avis complémentaire du CE

2. Projet de loi n°5978

- examen de l'avis complémentaire du CE

❖ **Réunion du 28 mars 2012**

1. Projet de loi n°6103 (IVG)

- présentation de propositions d'amendement par M. le Rapporteur

2. Projet de loi n°5978 (« squeeze-out »)

- continuation de l'examen de l'avis complémentaire du CE

3. Projet de loi n°5730 (réforme de la loi de 1915 sur les sociétés commerciales)

- décision quant à l'instauration d'une sous-commission afférente

Le secrétaire,
Laurent Besch

Le Président,
Gilles Roth

23

CHAMBRE DES DEPUTES

Session ordinaire 2011-2012

TB/pk

Commission juridique

Procès-verbal de la réunion du 29 février 2012

ORDRE DU JOUR :

1. 5914 Projet de loi ayant pour objet de modifier l'âge légal du mariage et les dispositions y afférentes, ainsi que d'abroger les délais de viduité et de compléter certaines dispositions du Code civil
- Rapporteur: Monsieur Paul-Henri Meyers
- 5908 Projet de loi ayant pour objet de lutter contre les mariages et partenariats forcés ou de complaisance ainsi que de modifier et compléter certaines dispositions:
- du Code civil
- du Nouveau Code de procédure civile
- du Code pénal
- 5155 Projet de loi portant réforme du divorce
- Rapporteur: Madame Christine Doerner
- 5867 Projet de loi relatif à la responsabilité parentale
- Rapporteur: Madame Christine Doerner
- 6039 Projet de loi portant modification de certaines dispositions du Code civil
- 6172 Projet de loi portant réforme du mariage et de l'adoption et modifiant :
 - a) le Code civil
 - b) le Nouveau Code de procédure civile
 - c) le Code d'instruction criminelle
 - d) la loi modifiée du 16 avril 1979 fixant le statut général des fonctionnaires de l'Etat
 - e) la loi modifiée du 24 décembre 1985 fixant le statut général des fonctionnaires communaux
 - f) la loi modifiée du 14 mars 1988 portant création d'un congé d'accueil pour salariés du secteur privé
 - g) la loi du 23 octobre 2008 sur la nationalité luxembourgeoise
- Continuation des travaux
2. Divers

*

Présents : M. Eugène Berger en remplacement de M. Xavier Bettel, M. Alex Bodry, M. Félix Braz, Mme Christine Doerner, M. Ben Fayot en remplacement de M. Marc Angel, M. Léon Gloden, M. Jacques-Yves Henckes, M. Jean-Pierre Klein, M. Paul-Henri Meyers, Mme Lydie Polfer, M. Gilles Roth, M. Lucien Weiler

Mme Marie-Anne Ketter, du Ministère de la Justice

Mme Tania Braas, de l'administration parlementaire

Excusés : M. Marc Angel, M. Xavier Bettel

*

Présidence : M. Gilles Roth, Président de la Commission

*

1. **5914** **Projet de loi ayant pour objet de modifier l'âge légal du mariage et les dispositions y afférentes, ainsi que d'abroger les délais de viduité et de compléter certaines dispositions du Code civil**

- 5908** **Projet de loi ayant pour objet de lutter contre les mariages et partenariats forcés ou de complaisance ainsi que de modifier et compléter certaines dispositions:**
 - du Code civil
 - du Nouveau Code de procédure civile
 - du Code pénal

- 5155** **Projet de loi portant réforme du divorce**

- 5867** **Projet de loi relatif à la responsabilité parentale**

- 6039** **Projet de loi portant modification de certaines dispositions du Code civil**

- 6172** **Projet de loi portant réforme du mariage et de l'adoption et modifiant :**
 - a) le Code civil
 - b) le Nouveau Code de procédure civile
 - c) le Code d'instruction criminelle
 - d) la loi modifiée du 16 avril 1979 fixant le statut général des fonctionnaires de l'Etat
 - e) la loi modifiée du 24 décembre 1985 fixant le statut général des fonctionnaires communaux
 - f) la loi modifiée du 14 mars 1988 portant création d'un congé d'accueil pour salariés du secteur privé
 - g) la loi du 23 octobre 2008 sur la nationalité luxembourgeoise

Article 192

M. le Rapporteur propose de supprimer l'article 192 pour deux raisons :

- 1) L'article 63 du Code civil vise déjà la publication et prévoit également des sanctions applicables à l'égard de l'officier public ayant célébré le mariage sans que les futurs époux n'aient remis au préalable un certificat médical, si bien qu'il suffirait d'élargir le champ d'application des sanctions au non-respect par l'officier public de l'obligation de publication des bans. L'alinéa 3 de l'article 63 du Code civil pourrait ainsi prendre la teneur suivante :

« L'officier de l'état civil qui ne se conformera pas ~~aux prescriptions de l'alinéa précédent~~ **aux dispositions du présent article**, sera puni des peines prévues à l'article 264 du Code pénal. » ;

- 2) Il n'existe pas de raison valable d'infliger une amende aux parties contractantes, étant donné que le contrôle du respect des formalités applicables à la célébration du mariage incombe à l'officier public et qu'il appartient à celui-ci de tirer les conséquences du non-respect de ces formalités en refusant tout simplement la célébration du mariage.

La commission décide de faire sienne cette proposition, à moins que le Ministère de la Justice présente par la suite des raisons justifiant le maintien de cet article.

Article 193

Suite à la suppression de l'article 192, cet article est également à supprimer.

Article 197

Il y a lieu de remplacer le terme « *individus* » par celui de « *personnes* ».

Article 200

M. le Rapporteur se demande si la disposition prévoyant que l'action civile sera dirigée contre les héritiers de l'officier public n'est pas obsolète et devrait partant être supprimée.

L'experte gouvernementale donne à considérer que le droit des successions repose sur le principe que les héritiers continuent la personne du *de cuius*, de sorte que l'action civile, par opposition à l'action publique, n'est pas affectée par le décès de la personne poursuivie.

La représentante du groupe politique DP est d'avis qu'en cas de décès de l'officier public, les parties intéressées devrait engager non pas la responsabilité civile des héritiers du *de cuius*, mais la responsabilité civile de l'Etat sur base de la loi modifiée du 1^{er} septembre 1988 relative à la responsabilité civile de l'Etat et des collectivités publiques.

Le représentant de la sensibilité politique ADR est d'avis qu'il faut prévoir une disposition générale applicable pour tous les cas où le bourgmestre encourt une responsabilité pénale et civile et non seulement une solution susceptible d'être applicable au cas d'espèce. Par conséquent, il plaide pour le maintien de l'article 200.

M. le Rapporteur propose de consulter les législations belge et française afférentes. Il souligne d'emblée que le législateur belge a emprunté une autre approche en ce qu'il a supprimé la publication des bans. Il fait encore observer que la décision en la matière dépend quelque peu de la conception que l'on a du mariage. S'il est considéré comme un simple contrat entre parties alors l'officier public constitue en fait seulement le « notaire » des parties, de sorte que se pose la question de savoir si celui-ci est vraiment obligé de vérifier tout dans le détail.

La commission décide de revenir sur cet article, bien qu'elle penche plutôt pour une suppression de l'article 200, vu que les parties intéressées peuvent intenter une action civile contre les héritiers de l'officier public et contre l'Etat sur base des articles 1382 et 1383 du Code civil, respectivement de la loi modifiée du 1^{er} septembre 1988 précitée.

Article 204

Un représentant du groupe politique CSV s'interroge sur la signification du bout de phrase « ... pour un établissement par mariage ou autrement ».

Afin d'élucider cette question, M. le Rapporteur est chargé de consulter un arrêt de la Cour supérieure de justice (Cour 7 juillet 1969, 22, 44) duquel il ressort que « *le terme établissement ne s'entend que d'une dotation en capital et ne vise nullement une participation à des frais d'entretien.* »

Article 213

M. le Rapporteur souligne qu'il importe de veiller à ce que cet article ne soit pas en contradiction avec le texte relatif à l'autorité parentale.

Quant à la question de savoir s'il ne faudrait pas remplacer les termes « *le ou les autres* » par « *l'autre* » à l'alinéa 2, M. le Rapporteur répond par la négative puisqu'à l'avenir un enfant peut avoir plusieurs pères et mères. Il précise encore que les termes « *les autres* » visent les autres pères et mères restants. [à préciser dans le commentaire des articles]

L'experte gouvernementale explique que l'article 213 constitue le régime primaire. L'alinéa 1^{er} a trait aux droits et devoirs respectifs des conjoints, l'alinéa 2 concerne les relations entre les enfants et leurs parents et l'alinéa 3 constitue en fait la suite de l'alinéa 1^{er}. La mise au pluriel des termes « *père* » et « *mère* » s'explique par le fait que le projet de loi 6172 prévoit que deux personnes du même sexe peuvent contracter mariage, de sorte qu'il se peut qu'à l'avenir un enfant ait deux pères et deux mères. En effet, les conjoints divorcés pourront éventuellement se remarier avec une personne du même sexe, si bien que l'enfant issu du premier mariage aura alors deux pères et deux mères. Les nouveaux conjoints se partageront, le cas échéant, l'autorité parentale avec les conjoints divorcés.

[à préciser dans le commentaire des articles]

Dans un souci de cohérence, M. le Rapporteur propose d'inverser l'ordre des alinéas 2 et 3 et de modifier le début de phrase du nouvel alinéa 3 de la manière suivante :

« *Si l'un des pères et mères décède ~~ou, s'il~~ se trouve privé de l'exercice de son autorité parentale, s'il est hors d'état de manifester ...* »

La commission unanime se rallie à cette proposition.

Article 214

Le représentant de la sensibilité politique ADR propose de faire du régime de la séparation des biens le régime de la communauté légale.

M. le Rapporteur souligne que l'article 214 ne constitue pas l'endroit approprié pour discuter de cette proposition engendrant une réforme incisive des régimes matrimoniaux.

Article 223

La commission unanime adopte l'ajout du bout de phrase suivant à l'alinéa 2 : « ... *pour lesquels au moins l'un des deux conjoints exerce l'autorité parentale, ...* »

Article 227

Un représentant du groupe politique CSV explique que la différence entre la disposition actuelle du point 2° et la proposition de modification réside dans le fait que tout jugement acquiert la qualité d'autorité de chose jugée dès qu'il est prononcé, mais qu'une décision de justice a force de chose jugée seulement lorsqu'elle n'est plus susceptible d'une voie de recours suspensive.

La représentante du groupe politique CSV explique encore que le mariage est dissous par le divorce légalement prononcé et que dans ce cas, le régime matrimonial prend fin et il y a lieu de liquider la communauté, mais ce ne sera qu'à partir du moment où ce jugement aura acquis force de chose jugée qu'il sera transcrit sur les registres de l'état civil et que le remariage des conjoints divorcés sera possible.

[à préciser dans le commentaire des articles].

M. le Rapporteur propose de maintenir la proposition de modification qui d'un point de vue juridique, a le mérite d'être plus claire. Dans un souci de cohérence, il est encore proposé de remplacer le terme « *divorce* » par celui de « *jugement* ».

La commission unanime se rallie à ces propositions.

Article 295

M. le Rapporteur propose de reformuler la première phrase de la manière suivante : « *Le remariage des conjoints divorcés constitue un nouveau mariage* ». Il se demande si le fait de considérer le remariage des conjoints divorcés comme étant un nouveau mariage ne permet pas de supprimer les alinéas 2 à 4, étant donné que le droit commun trouverait alors application. En d'autres termes, les conjoints divorcés qui se remarient seraient placés dans la même situation que les personnes qui se marient pour la première fois.

L'experte gouvernementale se montre très réticente à l'égard de la suppression des alinéas 2 à 4. L'oratrice est d'avis que la situation des personnes qui se remarient ne peut pas être mise sur un pied d'égalité avec celle des personnes qui se marient pour la première fois. Elle souligne que l'alinéa 2 et l'alinéa *in fine* visent à régler la situation intermédiaire des conjoints divorcés, laquelle peut avoir des conséquences non seulement sur le régime matrimonial, mais également sur les enfants nés du premier lit. A ses yeux, l'application *mutatis mutandis*

des dispositions relatives aux régimes matrimoniaux et à la légitimation à la situation sous examen nécessite de plus amples vérifications.

La commission unanime décide de revenir sur cet article.

*

M. le Rapporteur demande à ce que le texte définitif soit transmis dans une quinzaine de jours aux membres de la commission afin qu'il puisse être approuvé avant les vacances de Pâques et envoyé par la suite pour avis au Conseil d'Etat.

*

La continuation des travaux figure à l'ordre du jour des réunions des 7 et 14 mars 2012. M. le Président demande aux membres de la commission de se réserver également l'après-midi du 14 mars 2012 de 14.00 à 15.30 heures. L'ordre du jour de cette réunion reste encore à fixer.

La Secrétaire,
Tania Braas

Le Président,
Gilles Roth

CHAMBRE DES DÉPUTÉS

Session ordinaire 2011-2012

TB/pk

Commission juridique

Procès-verbal de la réunion du 29 février 2012

ORDRE DU JOUR :

1. 6103 Projet de loi portant modification de l'article 353 du Code pénal
 - Désignation d'un rapporteur
 - Présentation du projet de loi

2. 5914 Projet de loi ayant pour objet de modifier l'âge légal du mariage et les dispositions y afférentes, ainsi que d'abroger les délais de viduité et de compléter certaines dispositions du Code civil
 - Rapporteur: Monsieur Paul-Henri Meyers

- 5908 Projet de loi ayant pour objet de lutter contre les mariages et partenariats forcés ou de complaisance ainsi que de modifier et compléter certaines dispositions:
 - du Code civil
 - du Nouveau Code de procédure civile
 - du Code pénal

- 5155 Projet de loi portant réforme du divorce
 - Rapporteur: Madame Christine Doerner

- 5867 Projet de loi relatif à la responsabilité parentale
 - Rapporteur: Madame Christine Doerner

- 6039 Projet de loi portant modification de certaines dispositions du Code civil

- 6172 Projet de loi portant réforme du mariage et de l'adoption et modifiant :
 - a) le Code civil
 - b) le Nouveau Code de procédure civile
 - c) le Code d'instruction criminelle
 - d) la loi modifiée du 16 avril 1979 fixant le statut général des fonctionnaires de l'Etat
 - e) la loi modifiée du 24 décembre 1985 fixant le statut général des fonctionnaires communaux
 - f) la loi modifiée du 14 mars 1988 portant création d'un congé d'accueil pour salariés du secteur privé
 - g) la loi du 23 octobre 2008 sur la nationalité luxembourgeoise
 - Continuation des travaux

3. Divers

*

Présents : Mme Anne Brasseur en remplacement de M. Xavier Bettel, M. Alex Bodry, M. Félix Braz, Mme Christine Doerner, M. Léon Gloden, M. Jacques-Yves Henckes, M. Jean-Pierre Klein, M. Paul-Henri Meyers, Mme Lydie Polfer, M. Gilles Roth, M. Lucien Weiler

Mme Viviane Loschetter, députée (*observateur*)

Mme Marie-Anne Ketter, Mme Claudine Konsbruck, du Ministère de la Justice

Mme Tania Braas, de l'administration parlementaire

Excusés : M. Marc Angel, M. Xavier Bettel

*

Présidence : M. Gilles Roth, Président de la Commission

*

1. 6103 Projet de loi portant modification de l'article 353 du Code pénal

Désignation d'un rapporteur

La commission unanime désigne M. Lucien Weiler comme rapporteur du projet de loi.

Présentation du projet de loi

M. le Rapporteur présente succinctement le projet de loi qui a pour objet de modifier l'article 353 du Code pénal ayant trait aux situations et conditions dans lesquelles une interruption volontaire de grossesse (ci-après « IVG ») n'est pas punissable. Pour le détail de cette présentation, il est renvoyé aux explications circonstanciées figurant à l'exposé des motifs.

Le projet de loi se fonde sur le programme de coalition 2009-2014, qui prévoit en matière de réforme de l'IVG que :

« ... Le Gouvernement entend procéder à une révision de la loi du 15 novembre 1978 relative à l'information sexuelle, à la prévention de l'avortement clandestin et à la réglementation de l'interruption de la grossesse. L'article 353 du Code pénal sera reformulé en disposant que l'interruption volontaire de grossesse est admise pour des raisons de détresse d'ordre physique, psychique ou social dans le chef de la femme enceinte.

A côté de la consultation obligatoire d'un médecin gynécologue ou obstétricien, il sera instauré une consultation préalable auprès de centres de consultation et d'information familiale agréés par le Ministre de la Santé publique et le Ministre de la Famille. La

consultation est ouverte et ne préjuge pas de la décision de la femme enceinte. Le libre choix du centre de consultation pour la femme enceinte est garanti.

La consultation est de rigueur avant tout avortement quelle que soit la méthode utilisée. Le délai postconsultation de sept jours sera réduit à trois jours.

En ce qui concerne les femmes enceintes mineures, l'accord des personnes investies de l'autorité parentale constitue la règle. A défaut, la femme enceinte se fera accompagner par une personne majeure de confiance lors de la consultation; cet accompagnement étant à documenter par le centre de consultation.

Les autres conditions et règles relatives à l'interruption volontaire de grossesse resteront inchangées. ... »

L'objectif du projet de loi consiste à adapter la législation actuelle aux réalités de la société luxembourgeoise. Il vise à faciliter les conditions d'accès à l'IVG et inclut parmi les situations autorisant le recours à l'IVG celles qui résultent d'une situation de détresse de la femme enceinte, détresse qui peut non seulement être d'ordre physique ou psychique, mais aussi d'ordre social. La loi du 15 novembre 1978 relative à l'information sexuelle, à la prévention de l'avortement clandestin et à la réglementation de l'interruption volontaire de la grossesse était exclusivement fondée sur l'indication médicale et ignorait la situation de la femme enceinte.

Cette ouverture du droit à l'IVG entend mettre fin à une sorte de « tourisme sanitaire » qui a poussé des femmes luxembourgeoises à se rendre dans les pays avoisinants dotés de législations adaptées aux évolutions sociétales.

La deuxième nouveauté réside dans la procédure de double consultation obligatoire avant tout avortement. Après avoir consulté un médecin gynécologue ou obstétricien, qui sont tenus d'informer la femme enceinte, entre autres, sur les méthodes d'IVG existantes, les centres de consultation et les médecins disposés à pratiquer une IVG, la femme enceinte doit consulter un centre de consultation et d'information familiale.

Enfin, le projet de loi nuance les modalités de l'accord du représentant légal prévues dans la loi de 1978 précitée lorsque la femme enceinte est mineure. Si elle désire garder le secret de son état de grossesse par rapport à ses représentants légaux, la faculté de se faire accompagner par une personne de confiance de son choix est donnée.

Avis du Conseil d'Etat

Dans son avis émis le 16 juillet 2010, le Conseil d'Etat émet un certain nombre de critiques, notamment en ce qui concerne :

- la clause de résidence de trois mois : le Conseil d'Etat insiste à ce que cette disposition soit supprimée, étant donné qu'elle n'apporte pas de plus-value et qu'elle est juridiquement contestable. Il souligne que l'absence d'une clause de résidence dans les pays limitrophes a permis d'aider de nombreuses femmes luxembourgeoises dans le passé. Maintenir cette clause équivaldrait à traiter inégalement les citoyennes européennes en termes d'accès à l'avortement sur le territoire luxembourgeois, et en premier lieu les salariées frontalières, de nationalité luxembourgeoise ou autre. En outre, il est d'avis que cette clause pose problème à l'égard de l'article 60 du Traité CE (article 57 TUE) qui assure la libre prestation de services alors que l'IVG, réalisée conformément au droit de l'Etat où elle a eu lieu, est

un service au sens de cet article d'après l'arrêt de la CJCE du 4 octobre 1991 (affaire C-159/90) ;

- la deuxième consultation obligatoire : bien qu'il attache une importance particulière à la consultation dont doit pouvoir bénéficier gratuitement et sans délai chaque femme chez qui la grossesse va de pair avec une situation de détresse, le Conseil d'Etat reste réservé à l'égard de l'obligation imposée à une femme enceinte de se rendre contre sa volonté dans un centre de consultation et d'information familiale. Il s'interroge sur la plus-value qu'apporterait le caractère obligatoire d'une telle consultation, du moment où la loi garantirait qu'elle doit être explicitement proposée par le médecin lors de la première consultation. A son avis, le médecin devrait être obligé de garantir à la femme l'exercice de son droit à l'information, information qui devrait comporter aussi bien tous les aspects médicaux en rapport avec l'acte presté que les conseils d'ordre psycho-social dont doit pouvoir bénéficier toute femme enceinte concernée ;
- la détresse : le Conseil d'Etat relève que le terme de détresse ne se retrouve dans aucune définition légale et qu'il s'agit d'une notion essentiellement subjective dans le chef de la personne concernée. A son avis, la situation de détresse affecte le bien-être général, tant physique que mental et social de la femme concernée, si bien qu'elle ne peut que constituer une perception intrinsèque de la femme ne pouvant pas être soumise à une interprétation par autrui. Il donne à considérer que l'interprétation par le juge de l'état de détresse pose problème, vu que la notion de détresse n'est pas définie par des critères objectifs, mais elle doit s'analyser en une situation personnelle ne pouvant pas être objectivée et variant d'une femme à l'autre. Ainsi, le juge se trouve dans l'impossibilité pratique de vérifier les éléments constitutifs de l'infraction, de sorte que l'issue d'une poursuite pénale à la suite d'une IVG est plus qu'incertain. Il invite encore les auteurs du projet de loi à ne pas décliner l'état de détresse de la femme enceinte en différentes variations ;
- l'autodétermination de la femme : le Conseil d'Etat insiste, sous peine d'opposition formelle, à ce que l'autodétermination reconnue par les auteurs du projet de loi à la femme enceinte se reflète également dans le texte même de l'article 353 ;
- les centres de consultation : afin de faciliter l'accessibilité aux centres de consultation, le Conseil d'Etat recommande de prévoir l'installation de tels centres également dans les établissements hospitaliers ou autres établissements agréés pour pouvoir y pratiquer des IVG, comme c'est prévu par la législation belge.

Texte de compromis CSV - LSAP

Afin de donner, dans la mesure du possible, une suite favorable aux principales critiques formulées par le Conseil d'Etat, les partenaires de la coalition proposent :

- d'implanter la deuxième consultation obligatoire auprès des services psycho-sociaux des hôpitaux ou des établissements agréés par arrêté du Ministre ayant la Santé dans ses attributions, tels que le planning familial. Cela aurait l'avantage que les conseils, voire les informations seraient dispensés dans un environnement libre de toute ingérence idéologique et que l'IVG pourrait en principe être pratiquée sans déphasage temporel au même endroit où se déroule la consultation (principe d'unicité de lieu et de temps) ;

- d'inscrire l'autodétermination de la femme enceinte dans le corps même du projet de loi ;
- de supprimer la clause de résidence de trois mois ;
- de renoncer à la déclinaison de l'état de détresse en différentes variations ;
- de maintenir la faculté pour la femme enceinte mineure qui désire garder le secret de son état de grossesse par rapport à ses représentants légaux de se faire accompagner lors de sa démarche par une personne de confiance prévue par le projet de loi, en précisant toutefois que cette personne de confiance devra être désignée en concertation avec le centre de consultation et d'information familiale et qu'elle devra donner son consentement à l'IVG.

Echange de vues

- le représentant du groupe politique LSAP explique que la principale raison de la réforme réside dans le constat que le texte actuellement en vigueur ne correspond plus aux réalités sociétales d'aujourd'hui et qu'il n'est plus en ligne avec les législations applicables dans d'autres Etats membres. Le Luxembourg appartient en fait à un petit groupe de pays qui autorisent l'IVG sous réserve de certaines indications (« avortement sur indication » ou solution de « l'indication »). L'appréciation de l'indication légale revient à un tiers, à savoir le médecin.

Il est souligné que la décision souveraine de la femme enceinte (autodétermination de la femme enceinte) constitue la pierre angulaire du projet de loi, qui se base d'ailleurs sur le modèle allemand. L'orateur souligne encore qu'il ressort des différents avis et notamment de l'avis du Conseil d'Etat que le législateur luxembourgeois ne devrait pas copier tel quel le modèle allemand, mais qu'il devrait plutôt s'inspirer de la législation belge. Celle-ci non seulement prévoit la situation de détresse sans autre spécification, mais en plus a instauré un « régime du délai » et une concentration temporelle et géographique de la consultation et de l'acte médical. Il est précisé que la proposition de texte de la coalition CSV-LSAP s'aligne sur cette législation, tout en essayant toutefois de résoudre d'autres situations complexes, telles que celle de la femme enceinte mineure en prévoyant la possibilité, à l'instar de la législation française, de se passer de l'autorisation parentale et de se faire accompagner dans ce cas par une personne majeure de son choix ;

- tout en souscrivant à la suppression de la clause de résidence, à la solution proposée concernant les mineures et à la volonté de ne pas procéder à une dépenalisation générale de l'IVG, le groupe politique déi gréng juge toutefois inacceptable que :
 - la proposition de texte de la coalition CSV-LSAP vise tout simplement à élargir les indications légales, de sorte qu'on ne peut toujours pas parler d'une IVG sans indications. Aux yeux du groupe politique déi gréng, la femme enceinte devrait pouvoir choisir librement et sans avoir à se justifier de continuer ou non une grossesse non désirée jusqu'à la 12^{ème} semaine de grossesse ou 14^{ème} semaine d'aménorrhée,
 - la 2^{ème} consultation soit obligatoire. Il accorde une grande importance à la pré-consultation, mais elle ne doit en aucun cas être obligatoire. L'information supplémentaire devrait, à son avis, se faire moyennant des brochures ou des *flyers* remis à la femme enceinte lors de la première consultation.

Il est par ailleurs proposé de mettre davantage l'accent sur des campagnes de prévention aux grossesses non désirées et de tenir compte des nouvelles possibilités médicales concernant l'IVG (IVG médicamenteuse ambulatoire) ;

- le groupe politique DP est d'avis que le texte proposé n'apporte pas de profonds changements par rapport au projet de loi. Il ne vise nullement à introduire un « régime du délai », mais élargit seulement les indications légales. Le groupe DP plaide pour la mise en place d'un « régime du délai » encadré par des règles juridiques contraignantes. En outre, il met l'accent sur le droit d'information des femmes enceintes, tout en se prononçant pourtant contre le caractère obligatoire de la deuxième consultation. La solution envisagée pour les mineures est considérée comme une avancée. L'idée du groupe politique *déi gréng* de remettre aux femmes enceintes des brochures ou des *flyers* afin qu'elles obtiennent toutes les informations nécessaires est accueillie favorablement ;
- le représentant de la sensibilité politique ADR informe les membres de la commission qu'il votera pour le projet de loi sous rubrique et qu'il se distancie partant de son parti politique qui est contre toute réforme de l'IVG. Il met l'accent sur l'utilité d'une information circonstanciée de la femme enceinte désireuse d'avorter, mais il souligne qu'il n'a pas d'opinion préconçue pour ou contre le caractère obligatoire de la deuxième consultation.

Suite à cet échange de vues, M. le Rapporteur propose d'élaborer un texte modifié tenant compte des idées formulées ci-dessus. Ce texte sera transmis par la suite aux membres de la commission et constituera alors la base des travaux en commission. En ce qui concerne la question de l'IVG ambulatoire, l'orateur donne à considérer qu'elle nécessite de plus amples vérifications, étant donné que le Conseil d'Etat s'oppose à cette éventualité qui peut mettre en péril la sécurité de la patiente, notamment eu égard au risque hémorragique. La Haute Corporation insiste en fait pour que la réalisation d'IVG se fasse exclusivement dans un établissement hospitalier ou tout autre établissement agréé à cette fin par arrêté du Ministre ayant la Santé dans ses attributions. Il est retenu que dans un premier temps, M. le Rapporteur s'informerait auprès des praticiens afin d'éclairer la question de l'IVG ambulatoire et de pouvoir assortir la définition du traitement ambulatoire de garanties nécessaires pour la femme enceinte. La commission reviendra par la suite à la proposition d'une représentante du groupe politique DP d'inviter le Président de la Société Luxembourgeoise de Gynécologie et d'Obstétrique (SLGO) en commission.

2. 5914 Projet de loi ayant pour objet de modifier l'âge légal du mariage et les dispositions y afférentes, ainsi que d'abroger les délais de viduité et de compléter certaines dispositions du Code civil

5908 Projet de loi ayant pour objet de lutter contre les mariages et partenariats forcés ou de complaisance ainsi que de modifier et compléter certaines dispositions:

- du Code civil
- du Nouveau Code de procédure civile
- du Code pénal

5155 Projet de loi portant réforme du divorce

5867 Projet de loi relatif à la responsabilité parentale

6039 Projet de loi portant modification de certaines dispositions du Code civil

- 6172** **Projet de loi portant réforme du mariage et de l'adoption et modifiant :**
- a) le Code civil**
 - b) le Nouveau Code de procédure civile**
 - c) le Code d'instruction criminelle**
 - d) la loi modifiée du 16 avril 1979 fixant le statut général des fonctionnaires de l'Etat**
 - e) la loi modifiée du 24 décembre 1985 fixant le statut général des fonctionnaires communaux**
 - f) la loi modifiée du 14 mars 1988 portant création d'un congé d'accueil pour salariés du secteur privé**
 - g) la loi du 23 octobre 2008 sur la nationalité luxembourgeoise**

Ce point est reporté à la réunion de cet après-midi.

3. Divers

M. le Président informe les membres de la commission que :

- la Commission des Affaires étrangères et européennes, de la Défense, de la Coopération et de l'Immigration propose d'organiser une réunion jointe sur les rapports intermédiaires sur les progrès réalisés par la Roumanie et la Bulgarie au titre du mécanisme de coopération et de vérification (COM(2012) 56 et COM(2012) 57). Ce mécanisme fut installé au moment de l'adhésion de ces deux pays à l'Union européenne pour faire face à certains problèmes qui se posaient, notamment en ce qui concerne le système juridique, la lutte contre la corruption et le crime organisé. Etant donné que le Luxembourg a adopté une loi sur la reconnaissance réciproque des arrêts de l'Union européenne (loi du 28 février 2011) et vu l'état des systèmes judiciaires en Roumanie et en Bulgarie, cette loi donne lieu à inquiétude.

La commission est d'accord avec cette proposition à condition toutefois que la réunion jointe se déroule pendant la plage horaire de la Commission des Affaires étrangères et européennes, de la Défense, de la Coopération et de l'Immigration. Le secrétariat de la commission en informera M. Fayot, Président de ladite commission.

- au vu du grand nombre de questions restées jusqu'à présent sans réponses dans le contexte des dysfonctionnements apparus dans l'affaire des Bommeleeër, le groupe politique DP demande d'organiser, en présence de M. le Ministre de l'Intérieur, une réunion jointe avec la Commission des Affaires intérieures, de la Grande Région et de la Police portant sur le questionnaire annexé à sa demande.

M. le Président se déclare d'accord avec cette proposition, mais il estime qu'il incombe à la Commission des Affaires intérieures, de la Grande Région et de la Police de faire les démarches nécessaires pour organiser cette réunion jointe, étant donné que le groupe politique DP demande d'inviter le Ministre de l'Intérieur en sa qualité de Ministre en charge de la Police ;

- la réunion du lundi 12 mars 2012 organisée par la Commission des Affaires étrangères et européennes, de la Défense, de la Coopération et de l'Immigration en présence de Mme Viviane Reding, Vice-présidente de la Commission européenne et en charge de la justice, des droits fondamentaux et de la citoyenneté constitue une réunion de commission ordinaire (échange de vues), mise à part le fait qu'elle ne se

déroulera pas au sein de la Chambre des Députés, mais à la Maison de l'Europe et en présence de la presse.

La commission se déclare d'accord à participer à cette réunion. Le secrétariat de Commission des Affaires étrangères et européennes, de la Défense, de la Coopération et de l'Immigration en sera informé afin qu'une convocation afférente puisse être transmise aux membres des deux commissions respectives.

La Secrétaire,
Tania Braas

Le Président,
Gilles Roth

CHAMBRE DES DEPUTES

Session ordinaire 2011-2012

LB/pk

Commission juridique

Procès-verbal de la réunion du 15 février 2012

ORDRE DU JOUR :

1. 5914 Projet de loi ayant pour objet de modifier l'âge légal du mariage et les dispositions y afférentes, ainsi que d'abroger les délais de viduité et de compléter certaines dispositions du Code civil
Rapporteur: Monsieur Paul-Henri Meyers
- 5908 Projet de loi ayant pour objet de lutter contre les mariages et partenariats forcés ou de complaisance ainsi que de modifier et compléter certaines dispositions:
 - du Code civil
 - du Nouveau Code de procédure civile
 - du Code pénal
- 5155 Projet de loi portant réforme du divorce
 - Rapporteur: Madame Christine Doerner
- 5867 Projet de loi relatif à la responsabilité parentale
 - Rapporteur: Madame Christine Doerner
- 6039 Projet de loi portant modification de certaines dispositions du Code civil
- 6172 Projet de loi portant réforme du mariage et de l'adoption et modifiant :
 - a) le Code civil
 - b) le Nouveau Code de procédure civile
 - c) le Code d'instruction criminelle
 - d) la loi modifiée du 16 avril 1979 fixant le statut général des fonctionnaires de l'Etat
 - e) la loi modifiée du 24 décembre 1985 fixant le statut général des fonctionnaires communaux
 - f) la loi modifiée du 14 mars 1988 portant création d'un congé d'accueil pour salariés du secteur privé
 - g) la loi du 23 octobre 2008 sur la nationalité luxembourgeoise
 - Continuation des travaux
2. Divers

*

Présents : M. Marc Angel, M. Xavier Bettel, M. Alex Bodry, M. Félix Braz, Mme Christine Doerner, M. Léon Gloden, M. Jacques-Yves Henckes, M. Jean-Pierre Klein, M. Paul-Henri Meyers, Mme Lydie Polfer, M. Gilles Roth, M. Lucien Weiler

M. François Biltgen, Ministre de la Justice

Mme Marie-Anne Ketter, du Ministère de la Justice

M. Laurent Besch, de l'administration parlementaire

*

Présidence : M. Gilles Roth, Président de la Commission

*

1. **5914** **Projet de loi ayant pour objet de modifier l'âge légal du mariage et les dispositions y afférentes, ainsi que d'abroger les délais de viduité et de compléter certaines dispositions du Code civil**

- 5908** **Projet de loi ayant pour objet de lutter contre les mariages et partenariats forcés ou de complaisance ainsi que de modifier et compléter certaines dispositions:**
 - du Code civil
 - du Nouveau Code de procédure civile
 - du Code pénal

- 5155** **Projet de loi portant réforme du divorce**

- 5867** **Projet de loi relatif à la responsabilité parentale**

- 6039** **Projet de loi portant modification de certaines dispositions du Code civil**

- 6172** **Projet de loi portant réforme du mariage et de l'adoption et modifiant :**
 - a) le Code civil
 - b) le Nouveau Code de procédure civile
 - c) le Code d'instruction criminelle
 - d) la loi modifiée du 16 avril 1979 fixant le statut général des fonctionnaires de l'Etat
 - e) la loi modifiée du 24 décembre 1985 fixant le statut général des fonctionnaires communaux
 - f) la loi modifiée du 14 mars 1988 portant création d'un congé d'accueil pour salariés du secteur privé
 - g) la loi du 23 octobre 2008 sur la nationalité luxembourgeoise

M. le Rapporteur propose de revenir aux articles 171, 179 et 180.

Article 171

Un représentant du groupe politique LSAP aimerait disposer de plus amples renseignements au sujet de l'application des points 1° et 2° de l'article 171 et dont le libellé est directement inspiré des points 1 et 2 de l'article 3 de la Convention sur la célébration et la

reconnaissance de la validité des mariages du 14 mars 1978 approuvée par la loi du 20 décembre 1990.

En effet, le législateur luxembourgeois n'a pas repris le terme «ou» séparant les points 1 et 2 de l'article 3 de la Convention précitée.

Or, les points 1° et 2° de l'article 171 visant deux cas de figure distincts, doivent être appliqués de manière alternative et non cumulative.

Ainsi, le mariage entre une personne ayant la nationalité luxembourgeoise et une personne de nationalité italienne et domiciliée par exemple à Rome (Italie) peut, conformément au point 1° de l'article 171, être célébré au Luxembourg sous condition que les personnes satisfont aux conditions de fond imposées par la loi luxembourgeoise.

Pour l'hypothèse telle qu'édictée au point 2° de l'article 171, aucune condition de nationalité ou de résidence n'est exigée, mais les futurs conjoints doivent chacun satisfaire aux conditions de fond exigées par la loi respective applicable à son statut personnel.

La commission unanime reprend la proposition de M. le Rapporteur de séparer les points 1° et 2° par le terme «ou».

«Art. 171. Le mariage doit être célébré:

*1° dans le cas où un des futurs conjoints est de nationalité luxembourgeoise ou réside habituellement au Luxembourg, lorsque les deux futurs **époux conjoints** satisfont aux conditions de fond de la loi luxembourgeoise; **ou***

*2° lorsque chacun des futurs **époux conjoints** remplit les conditions de fond exigées par la loi applicable à son statut personnel.»*

Article 179

Le libellé de l'article 179 correspond à celui de l'article 179, alinéa 1^{er} du Code civil français. Or, le régime français de la responsabilité étatique, a contrario du droit luxembourgeois, relève de la compétence des juridictions administratives et est différent du régime de la responsabilité civile de droit commun.

De même, l'intervention du Procureur général d'Etat au niveau des oppositions au mariage vise nécessairement à maintenir l'ordre public. Cette prérogative essentielle doit être préservée et partant ne pas être susceptible d'être découragée par d'éventuelles demandes en dommages et intérêts.

M. le Rapporteur propose partant que l'opposition formée par le Procureur général d'Etat et rejetée par les juges compétents en la matière ne peut pas donner lieu à des dommages et intérêts et de modifier le libellé de l'article 179 comme suit:

«Art. 179. Si l'opposition est rejetée, les opposants, autres néanmoins que les ascendants et le ministère public, ~~pourront~~ peuvent être condamnés à des dommages-intérêts.»

Article 180 (article 180 du projet de loi n°5908)

M. le Rapporteur rappelle la décision de la commission de supprimer la cause spécifique de la crainte révérencielle comme elle est de nature essentiellement subjective.

Il renvoie, pour ce qui est des causes d'annulation du mariage, aux articles 146-1 et 146-2 du Code civil.

Le groupe politique DP critique le libellé proposé de l'article 146-1 en ce que les critères retenus, à savoir une «*combinaison de circonstances*» et «*une communauté de vie durable*» ne répondent pas, à raison de leur caractère imprécis, à l'impératif de la sécurité juridique.

La proposition de M. le Rapporteur de copier de manière intégrale le libellé de l'article 146-1 du Code civil belge rencontre l'accord majoritaire de la commission, la sensibilité politique ADR s'y oppose comme la visée spécifique de l'article 146-1 ainsi formulé ne permet plus de cibler d'autres causes de mariage simulé.

Le libellé de l'article 146-2 proposé rencontre l'accord unanime des membres de la commission.

«Art. 146-1. Il n'y a pas de mariage lorsque, bien que les consentements formels aient été donnés en vue de celui-ci, il ressort d'une combinaison de circonstances que l'intention de l'un au moins des époux n'est manifestement pas la création d'une communauté de vie durable, mais vise uniquement l'obtention d'un avantage en matière de séjour, lié au statut de conjoint.»

«Art. 146-2. Il n'y a pas de mariage non plus lorsque celui-ci est contracté sans le libre consentement des deux époux et que le consentement d'au moins un des époux a été donné sous la violence ou la menace.»

«Art. 180. Le mariage qui a été contracté sans le consentement libre des deux ~~époux conjoints~~, ou de l'un d'eux, ne peut être attaqué que par les ~~époux conjoints~~, ou par celui des deux dont le consentement n'a pas été libre **ou par le ministère public.**

Lorsqu'il y a erreur dans la personne, le mariage ne peut être attaqué que par celui des deux ~~époux conjoints~~ qui a été induit en erreur.»

Article 181 (article 181 du projet de loi n°5908)

M. le Rapporteur explique que l'article 181 actuel prévoit un délai de six mois quant à la recevabilité de l'action en nullité du mariage pour violence, respectivement pour erreur sur la personne ou sur ses qualités essentielles.

Dans le cadre du projet de loi n°5908, il est proposé de ramener ledit délai de six mois à un an.

Le Conseil d'Etat, tout en se prononçant en faveur de cet alignement proposé (cf. avis du Conseil d'Etat du 15 février 2011, doc. parl. 5908³), fait observer, dans son avis du 15 février 2011 relatif au projet de loi n°5914 (cf. doc. parl. 5914⁶), qu'une approche cohérente au niveau des différents délais prévus au niveau des actions de nullité du mariage s'avère nécessaire.

L'article 181 du Code civil français prévoit, depuis la loi du n°2006-399 du 4 avril 2006, un délai de cinq ans. Auparavant, le délai prévu était de six mois.

Le Code civil belge prévoit, en son article 181, un délai de six mois.

M. le Rapporteur se prononce en faveur d'un prolongement dudit délai de six mois à un an, approche jugée plus restrictive comme il s'agit d'une mesure de protection consentie au conjoint dont le consentement n'a pas été libre.

La commission unanime accueille favorablement cette proposition.

«**Art. 181.** Dans le cas de l'article précédent, la demande en nullité n'est plus recevable toutes les fois qu'il y a eu cohabitation continuée pendant ~~six mois un an~~ depuis que **l'époux le conjoint** a acquis sa pleine liberté ou que l'erreur a été par lui reconnue.»

Article 182

M. le Rapporteur propose, à raison des dispositions relatives à la tutelle (articles 389 et suivants du Code civil) et relative à la curatelle (articles 488 et suivants du Code civil) de modifier le libellé de l'article 182 de la manière suivante:

«**Art. 182.** Le mariage contracté sans le consentement ~~des père et mère, des ascendants ou du conseil de famille,~~ dans les cas où ce consentement était nécessaire, ne peut être attaqué que par ceux dont le consentement était requis, ou par celui des deux époux qui avait besoin de ce consentement.»

Le libellé ainsi modifié permet de viser l'ensemble des cas de figure où le consentement préalable est nécessaire, généralisant de sorte le champ d'application de l'article 182.

La commission unanime se prononce en faveur de ce libellé modifié.

Article 183

Le libellé actuel de l'article 183 est maintenu, sauf à remplacer le terme «époux» par celui de «conjoint».

«**Art. 183.** L'action en nullité ne peut être intentée ni par les **époux conjoints** ni par les parents dont le consentement était requis, toutes les fois que le mariage a été approuvé expressément ou tacitement par ceux dont le consentement était nécessaire, ou lorsqu'il s'est écoulé une année sans réclamation de leur part, depuis qu'ils ont eu connaissance du mariage. Elle ne peut être intentée non plus par **l'époux le conjoint**, lorsqu'il s'est écoulé une année sans réclamation de sa part, depuis qu'il a atteint l'âge compétent pour consentir par lui-même au mariage.»

Article 184 (article 184 du projet de loi n°5908)

Il est proposé de reprendre le libellé actuel de l'article 184, tout en adaptant les renvois (à vérifier une fois l'examen du texte coordonné finalisée) et de substituer le terme de «conjoint» à celui d'«époux».

«**Art. 184.** Tout mariage contracté en contravention aux dispositions contenues aux articles **143, 144, 146, 146-1, 146-2, 147, 161, 162, et 163** peut être attaqué soit par les **époux conjoints** eux-mêmes, soit par tous ceux qui y ont intérêt, soit par le ministère public.»

Article 185 (article 185 du projet de loi n°5914 et article 185 du projet de loi n°6172)

M. le Rapporteur propose de reprendre le libellé de l'article 185 actuel tout en remplaçant le terme «époux» par celui de «conjoint» et d'aligner à chaque fois, à l'endroit des points 1° et 2°, le délai de six mois à celui d'un an. L'alignement désdits délais s'inscrit dans la volonté

de la Commission juridique de prévoir un régime juridique cohérent, tel que décidé à l'endroit de l'article 181.

M. le Ministre de la Justice informe les membres de la commission que le législateur français a abrogé l'article 185, tout comme l'article 186, par la loi n°2007-1631 du 20 novembre 2007.

La commission unanime décide de maintenir provisoirement les articles 185 et 186 en attendant que M. le Rapporteur ait vérifié les raisons ayant motivé le législateur français à abroger les articles précités.

*«Art. 185. Néanmoins le mariage contracté par des **époux conjoints** qui n'avaient point encore l'âge requis ou dont l'un des deux n'avait point atteint cet âge, ne peut plus être attaqué :*

*1° lorsqu'il s'est écoulé ~~six mois un an~~ depuis que ~~cet époux ce conjoint~~ ou les **époux conjoints** ont atteint l'âge ~~compétent~~ requis;*

2° lorsque la femme qui n'avait point cet âge, a conçu avec son conjoint avant l'échéance de ~~six mois d'un an.~~»

Article 186 (article 186 du projet de loi n°5914)

A raison de la nouvelle procédure judiciaire prévue aux articles 145 et 148 et de l'abrogation notamment de l'article 160, le libellé actuel de l'article 186 est adapté en conséquence.

«Art. 186. ~~Le père, la mère, les ascendants et la famille~~ Celui des parents qui ~~ont~~ a consenti au mariage contracté dans le cas de l'article précédent, ~~ne sont n'est~~ point recevables à en demander la nullité.»

Article 187

Le libellé actuel de l'article 187 est maintenu, sauf à substituer le terme de «conjoint» à celui d'«époux».

*«Art. 187. Dans tous les cas où, conformément à l'article 184, l'action en nullité peut être intentée par tous ceux qui y ont un intérêt, elle ne peut l'être par les parents collatéraux, ou par les enfants nés d'un autre mariage du vivant des deux **époux conjoints**, mais seulement lorsqu'ils y ont un intérêt né et actuel.»*

Article 188

Il est proposé de modifier le libellé actuel de l'article 188 en remplaçant le terme d'«époux» par celui de «conjoint».

M. le Rapporteur propose de maintenir le terme «second mariage». En effet, le mariage susceptible d'encourir l'annulation sur demande d'un des conjoints est le mariage subséquent contracté par l'autre conjoint toujours lié par le premier mariage. Le terme «second mariage» est toujours apprécié par rapport à un mariage actuel dans les liens duquel se sont engagés les deux conjoints.

«**Art. 188. L'époux Le conjoint** au préjudice duquel a été contracté un second mariage peut en demander la nullité du vivant même ~~de l'époux du conjoint~~ qui était engagé avec lui.»

Article 189

Le libellé actuel de l'article 189 est maintenu, sauf à substituer le terme de «conjoint» à celui d'«époux».

«**Art. 189.** Si les nouveaux **époux conjoints** opposent la nullité du premier mariage, la validité ou la nullité de ce mariage doit être jugée préalablement.»

Article 190

Le terme «époux» est remplacé par celui de «conjoint».

«**Art. 190.** Le procureur d'Etat, dans tous les cas auxquels s'applique l'article 184, et sous les modifications portées en l'article 185, peut et doit demander la nullité du mariage, du vivant des deux **époux conjoints**, et les faire condamner à se séparer.»

Article 191

Il est proposé, dans la logique de l'ouverture du mariage aux couples de même sexe, de mettre les mots «père et mère» au pluriel.

«**Art. 191.** Tout mariage qui n'a point été contracté publiquement, et qui n'a point été célébré devant l'officier public compétent, peut être attaqué par les **époux conjoints** eux-mêmes, par les ~~père et mère~~ **parents**, par les ascendants, et par tous ceux qui y ont un intérêt né et actuel, ainsi que par le ministère public.»

2. Divers

M. le Président informe les membres de la commission que la Commission des Affaires étrangères et européennes, de la Défense, de la Coopération et de l'Immigration organisera le lundi 12 mars 2012 une réunion à la Maison de l'Europe en présence de Mme Viviane Reding, Vice-présidente de la Commission européenne et en charge de la justice, des droits fondamentaux et de la citoyenneté.

Les membres de la commission aimeraient disposer de plus amples renseignements sur l'ordre du jour et le déroulement de ladite réunion avant de se prononcer définitivement au sujet de leur éventuelle participation.

Le secrétaire,
Laurent Besch

Le Président,
Gilles Roth

CHAMBRE DES DEPUTES

Session ordinaire 2011-2012

LB/pk

Commission juridique

Procès-verbal de la réunion du 14 février 2012

ORDRE DU JOUR :

1. 5914 Projet de loi ayant pour objet de modifier l'âge légal du mariage et les dispositions y afférentes, ainsi que d'abroger les délais de viduité et de compléter certaines dispositions du Code civil
- Rapporteur: Monsieur Paul-Henri Meyers

- 5908 Projet de loi ayant pour objet de lutter contre les mariages et partenariats forcés ou de complaisance ainsi que de modifier et compléter certaines dispositions:
- du Code civil
- du Nouveau Code de procédure civile
- du Code pénal

- 5155 Projet de loi portant réforme du divorce
- Rapporteur: Madame Christine Doerner

- 5867 Projet de loi relatif à la responsabilité parentale
- Rapporteur: Madame Christine Doerner

- 6039 Projet de loi portant modification de certaines dispositions du Code civil

- 6172 Projet de loi portant réforme du mariage et de l'adoption et modifiant :
 - a) le Code civil
 - b) le Nouveau Code de procédure civile
 - c) le Code d'instruction criminelle
 - d) la loi modifiée du 16 avril 1979 fixant le statut général des fonctionnaires de l'Etat
 - e) la loi modifiée du 24 décembre 1985 fixant le statut général des fonctionnaires communaux
 - f) la loi modifiée du 14 mars 1988 portant création d'un congé d'accueil pour salariés du secteur privé
 - g) la loi du 23 octobre 2008 sur la nationalité luxembourgeoise
- Continuation des travaux

*

Présents : M. Marc Angel, M. Xavier Bettel, M. Alex Bodry, M. Félix Braz, M. Léon Gloden, M. Jacques-Yves Henckes, M. Jean-Pierre Klein, M. Paul-Henri Meyers, Mme Lydie Polfer, M. Gilles Roth, M. Marcel Oberweis en remplacement de M. Lucien Weiler

Mme Marie-Anne Ketter, du Ministère de la Justice

M. Laurent Besch, de l'administration parlementaire

Excusés : Mme Christine Doerner, M. Lucien Weiler

*

Présidence : M. Gilles Roth, Président de la Commission

*

1. **5914** **Projet de loi ayant pour objet de modifier l'âge légal du mariage et les dispositions y afférentes, ainsi que d'abroger les délais de viduité et de compléter certaines dispositions du Code civil**
- 5908** **Projet de loi ayant pour objet de lutter contre les mariages et partenariats forcés ou de complaisance ainsi que de modifier et compléter certaines dispositions:**
 - du Code civil
 - du Nouveau Code de procédure civile
 - du Code pénal
- 5155** **Projet de loi portant réforme du divorce**
- 5867** **Projet de loi relatif à la responsabilité parentale**
- 6039** **Projet de loi portant modification de certaines dispositions du Code civil**
- 6172** **Projet de loi portant réforme du mariage et de l'adoption et modifiant :**
 - a) le Code civil
 - b) le Nouveau Code de procédure civile
 - c) le Code d'instruction criminelle
 - d) la loi modifiée du 16 avril 1979 fixant le statut général des fonctionnaires de l'Etat
 - e) la loi modifiée du 24 décembre 1985 fixant le statut général des fonctionnaires communaux
 - f) la loi modifiée du 14 mars 1988 portant création d'un congé d'accueil pour salariés du secteur privé
 - g) la loi du 23 octobre 2008 sur la nationalité luxembourgeoise

La commission unanime décide de prévoir le principe d'une réunion hebdomadaire supplémentaire dans le cadre des travaux parlementaires portant sur la réforme du Titre V. «Mariage» du Livre I^{er} du Code civil.

Article 165

M. le Rapporteur propose de revenir à l'article 165 et d'y supprimer (i) le terme «*simultané*» et (ii) les termes «*et dans la maison communale de la commune*».

Il suggère de préciser dans le commentaire de l'article que la présence des deux futurs conjoints est exigée. De même, on admet des exceptions au principe que la célébration du mariage a lieu dans la maison communale.

[à préciser dans la rapport de la commission]

«**Art. 165.** Le mariage ~~sera est~~ célébré **en présence des futurs conjoints** publiquement devant l'officier de l'état civil de la commune et dans la commune où l'un des ~~époux conjoints~~ **aura a** son domicile ou sa résidence à la date de la publication prévue par l'article 63, et, en cas de dispense de publication, à la date de la célébration.»

Articles 166 et 167

Les libellés actuels respectifs sont maintenus, sauf à remplacer à chaque fois le terme

- «*sera*» par celui de «*est*»; et
- «*époux*» par celui de «*conjoint*».

«**Art. 166.** La publication ordonnée par l'article 63 ~~sera est~~ faite dans le lieu du domicile ou de la résidence de chacun des ~~époux conjoints~~.»

«**Art. 167.** Si le domicile actuel n'a pas été d'une durée continue de six mois, la publication ~~sera est~~ faite en outre au lieu du domicile précédent, quelle qu'en ait été la durée.

Si la résidence actuelle n'a pas été d'une durée continue de six mois, la publication ~~sera est~~ faite au domicile, quelle qu'en soit la durée.

A défaut de domicile connu dans les cas prévus par les deux paragraphes qui précèdent, la publication ~~sera est~~ faite dans la commune où le futur ~~époux conjoint~~ a résidé pendant six mois.

A défaut d'une résidence continue de six mois, elle ~~sera est~~ faite au lieu de la naissance.»

Article 168

Le libellé actuel est modifié en ce qu'à chaque fois le terme

- «*devront*» est remplacé par celui de «*doivent*»;
- «*seront*» est remplacé par «*sont*»; et
- «*du premier dimanche*» par «*du jour qui suit*».

«**Art. 168.** Les publications qui ~~devront doivent~~ être faites ailleurs qu'au lieu de célébration du mariage, le ~~seront sont~~ à partir du ~~premier dimanche jour qui suivra suit~~ la réception de la réquisition écrite de l'officier de l'état civil appelé à procéder à cette célébration. L'officier de l'état civil requis ne ~~pourra peut~~ exiger la production d'autres pièces.»

Article 169

Alinéa 1^{er}

Il est proposé de remplacer le bout de phrase «*le procureur d'Etat près le tribunal de première instance dans l'arrondissement duquel les impétrants se proposent de célébrer leur mariage*» par celui de «*procureur d'Etat du lieu de célébration du mariage*».

Afin de différencier l'hypothèse de la dispense de la publication et des délais de celle de la seule dispense de la publication requise, il est proposé d'ajouter *in fine* le bout de phrase «*ou de la publication seulement.*»

Alinéas 2 et 3

Le terme «*époux*» est à chaque fois remplacé par celui de «*conjoints*».

«Art. 169. *Le procureur d'Etat ~~près le tribunal de première instance dans l'arrondissement duquel les impétrants se proposent de célébrer leur mariage~~ du lieu de célébration du mariage peut dispenser, pour des causes graves, de la publication et de tout délai, ou de la publication seulement.*

*Il peut également, dans des cas exceptionnels, dispenser les futurs **époux conjoints** ou l'un d'eux seulement de la remise du certificat médical exigé par le deuxième alinéa de l'article 63.*

*Le certificat n'est exigible d'aucun des futurs **époux conjoints** au cas de péril imminent de mort de l'un d'eux prévu au deuxième alinéa de l'article 75 du présent code.»*

Article 170

Le libellé actuel est maintenu.

M. le Rapporteur propose de vérifier s'il existe un synonyme plus contemporain au mot «*usité*».

«Art. 170. *Le mariage contracté en pays étranger entre Luxembourgeois, et entre Luxembourgeois et étrangers, sera valable s'il a été célébré dans les formes usitées dans le pays, pourvu qu'il ait été précédé des publications prescrites par l'article 63, au titre «des actes de l'état civil», et que le Luxembourgeois n'ait point contrevenu aux dispositions contenues au chapitre précédent.»*

Article 171

Le terme «*époux*» est remplacé, aux points 1° et 2° par celui de «*conjoint*».

Un représentant du groupe politique LSAP rend attentif au fait que le texte de l'article 171 reprend dans une très large mesure le libellé de l'article 3 de la Convention sur la célébration et la reconnaissance de la validité des mariages signée à La Haye le 14 mars 1978 et

approuvée par la loi du 20 décembre 1990, sauf à omettre le terme «ou» séparant le point 1° du point 2°.

M. le Rapporteur propose de modifier le libellé de l'article 171 en ajoutant le mot «ou» séparant les points 1° et 2°.

«Art. 171. Le mariage doit être célébré:

1° dans le cas où un des futurs conjoints est de nationalité luxembourgeoise ou réside habituellement au Luxembourg, lorsque les deux futurs **époux conjoints** satisfont aux conditions de fond de la loi luxembourgeoise; **ou**

2° lorsque chacun des futurs **époux conjoints** remplit les conditions de fond exigées par la loi applicable à son statut personnel.»

Chapitre III. – Des oppositions au mariage

Article 172

Le libellé de l'article 172 est maintenu dans sa version actuelle.

«Art. 172. Le droit de former opposition à la célébration du mariage appartient à la personne engagée par mariage avec l'une des deux parties contractantes.»

Article 173 (article 173 du projet de loi n°5914)

Il est proposé de remplacer les termes «*le père et la mère ou l'un d'eux*» par ceux de «*les parents ou l'un d'eux*».

Le représentant du Ministère de la Justice explique que dans le cadre du projet de loi n°6172 relatif à l'ouverture du mariage aux couples de même sexe, l'article 173 n'est pas modifié de sorte que les termes «*le père et la mère*» y sont maintenus. En effet, tant pour un couple de sexe différent que pour un couple de même sexe, l'enfant a, de par sa filiation biologique ou adoptive, toujours un père et une mère ou un père ou une mère.

Il convient de noter dans ce contexte que la réforme du régime de l'adoption propose d'ouvrir l'adoption simple à toutes les personnes mariées, les liens de l'enfant envers ses parents biologiques sont maintenus.

[à préciser dans le rapport de la commission]

La commission unanime décide de maintenir les termes «*père et mère*» et d'y ajouter le bout de phrase «*ou l'un d'eux*».

«Art. 173. Le père et la mère ou l'un d'eux et, à défaut ~~de père et mère, les aïeuls et aïeules les ascendants~~ peuvent former opposition au mariage de leurs enfants et descendants, même majeurs.

Après mainlevée judiciaire d'une opposition au mariage formée par un ascendant, aucune nouvelle opposition formée par un ascendant n'est recevable ni ne peut retarder la célébration.»

Article 174

L'abrogation de l'article 160 du Code civil implique la suppression du point 1° du libellé de l'article 174 actuel du Code civil et rend nécessaire de l'adapter d'un point de vue rédactionnel. Le terme «époux» est encore remplacé par celui de «conjoint».

«Art. 174. A défaut d'aucun ascendant, le frère ou la sœur, l'oncle ou la tante, le cousin ou la cousine germains, majeurs, ne peuvent former aucune opposition que dans ~~les deux~~ le cas suivants:

~~1° lorsque le consentement du conseil de famille, requis par l'article 160, n'a pas été obtenu;~~

*2° lorsque l'opposition est fondée sur l'état de démence du futur **époux conjoint**: cette opposition, dont le tribunal pourra prononcer mainlevée pure et simple, ne sera jamais reçue qu'à la charge, par l'opposant, de provoquer l'interdiction et d'y faire statuer dans le délai qui sera fixé par le jugement.»*

Article 175

La nouvelle procédure telle que prévue aux articles 145 et 148 proposés prévoyant désormais l'intervention du juge des tutelles, il y a lieu d'adapter l'article sous examen en remplaçant le renvoi «conseil de famille» par celui au «juge des tutelles».

Le libellé proposé n'appelle pas d'observation particulière.

*«Art. 175. Dans le cas prévu par le précédent article, le tuteur ou curateur ne pourra, pendant la durée de la tutelle ou curatelle, former opposition qu'autant qu'il y aura été autorisé par ~~un conseil de famille~~ **juge des tutelles**, qu'il pourra convoquer.»*

L'article 175-1 (article 175-1 du projet de loi n°5908)

M. le Rapporteur propose de reprendre l'article 175-1 tel que proposé par le Ministère de la Justice dans le projet de loi n°5908.

Le procureur d'Etat est, en tant que gardien de l'ordre public, investi du pouvoir de s'opposer à la célébration du mariage.

Cette proposition rencontre l'accord unanime de la commission.

«Art. 175-1. Le procureur d'Etat peut former opposition pour les cas où il pourrait demander la nullité du mariage.»

Article 175-2 (article 175-2 du projet de loi n°5908)

M. le Rapporteur propose de reprendre le libellé de l'article 175-2 tel que proposé dans le cadre du projet de loi n°5908, tout en adaptant les renvois.

Paragraphe (1)

L'orateur explique qu'il est proposé (i) de préciser, dans un souci de garantie juridique et de transparence, d'énumérer les pièces à remettre par les futurs conjoints et qui complètent le dossier du mariage et (ii) de prévoir une audition préalable des futurs conjoints par l'officier de l'état civil.

Aux termes de l'exposé des motifs, l'audition commune, ou l'audition séparée de chacun des futurs conjoints par l'officier de l'état civil, a une visée préventive en ce qu'il s'agit de vérifier que la condition du consentement est remplie dans le chef de chacun des deux futurs conjoints ainsi que le caractère libre du consentement.

Il s'agit de permettre la détection d'un mariage simulé en amont.

L'introduction de cette audition dite prénuptiale a rencontré l'accord du Conseil d'Etat (avis du 15 février 2011 relatif au projet de loi n°5908).

M. le Rapporteur donne lecture de l'article 63 tel que proposé à l'article 1^{er}, point 2. du projet de loi n°5908:

«Art. 63. (1) Avant la célébration du mariage, l'officier de l'état civil fait une publication par voie d'affiche apposée à la porte de la maison commune. Cette publication énonce les prénoms, noms, professions, domiciles et résidences des futurs époux, ainsi que le lieu où le mariage doit être célébré.

(2) La publication prévue au premier paragraphe ou, en cas de dispense de publication accordée conformément aux dispositions de l'article 169, alinéa 1er, la célébration du mariage est subordonnée:

1. A la remise, pour chacun des futurs époux, des pièces suivantes:

- un certificat médical datant de moins de deux mois, attestant, à l'exclusion de toute autre indication, que l'intéressé a été examiné en vue du mariage;*
- les pièces exigées par les articles 70 ou 71 et, le cas échéant, par l'article 73;*
- la justification de l'identité, du domicile ou de la résidence, et de la capacité matrimoniale, au moyen de pièces délivrées par une autorité publique.*

2. A l'audition commune des futurs époux, sauf en cas d'impossibilité ou s'il apparaît, au vu des pièces fournies, que cette audition n'est pas nécessaire au regard des articles 146 et 180, alinéa 1er.

L'officier de l'état civil, s'il l'estime nécessaire, demande à s'entretenir séparément avec l'un ou l'autre des futurs époux.

L'audition du futur conjoint mineur se fait hors la présence de ses père et mère ou de son représentant légal et de son futur conjoint. Le futur conjoint mineur est auditionné en présence d'un membre du comité luxembourgeois des droits de l'enfant ou d'une personne déléguée par ce comité.

(3) L'officier de l'état civil, qui ne se conforme pas aux prescriptions des paragraphes précédents, est puni des peines prévues à l'article 264 du Code pénal.»

L'orateur donne à considérer que le libellé proposé soulève toute une série d'interrogations, dont la mise en œuvre des dispositions telles que prévues par ledit article.

Le représentant du groupe politique déi gréng émet des doutes quant à une application cohérente et uniforme par les départements de l'état civil des 106 communes luxembourgeoises.

Il souligne la nécessité de déterminer des critères communs et s'interroge sur la valeur juridique et le caractère contraignant de l'entretien préalable des futurs conjoints effectué par l'officier de l'état civil.

Un représentant du groupe politique LSAP soulève le volet de la responsabilité de l'officier de l'état civil et celle du fonctionnaire délégué à l'état civil.

Un représentant du groupe politique CSV estime qu'à défaut de l'assurance d'une application strictement uniforme parmi les 106 communes, il existe le risque de provoquer une sorte de «*forum shopping*» concernant le lieu de célébration du mariage.

L'orateur s'interroge encore sur les conséquences résultant d'une éventuelle situation d'abus.

M. le Rapporteur émet des doutes sur l'utilité de cette audition préalable, d'autant plus que dans le cadre de la réforme de la nationalité et de l'indigénat, l'intervention afférente de l'administration communale qui, au fil du temps, a donné lieu à une certaine dérive, a tout simplement été supprimée.

Il propose partant de ne pas prévoir cet entretien préalable et de supprimer, à l'endroit du paragraphe (1) de l'article 175-2 sous rubrique, le renvoi à l'article 63.

Ainsi, il est assuré, de par le fait de l'intervention du procureur d'Etat, qu'une application cohérente et uniforme s'impose et ce dans un souci de sécurité juridique.

L'officier de l'état civil a, en fonction du caractère certain et pertinent des indices sérieux laissant présumer que le mariage projeté est susceptible d'être vicié, la faculté de saisir le procureur d'Etat. En d'autres termes, l'officier de l'état civil dispose d'un pouvoir d'appréciation souverain à ce sujet, mais est obligé de saisir immédiatement le procureur d'Etat compétent en cas de doutes.

Paragraphe (2)

M. le Rapporteur souhaite vérifier l'opportunité d'une voie de recours à l'encontre de la décision du procureur d'Etat de ne pas procéder à la célébration du mariage. Il propose de prévoir un recours à intégrer dans une procédure de référé et jugeant au fond.

Il importe de noter que la durée du renouvellement du sursis, telle que prévue à l'alinéa 2, ne peut excéder le terme initial qui est d'un mois.

Le libellé proposé du paragraphe (2) comportant trois alinéas n'appelle pas d'autres observations.

Paragraphe (3)

Le libellé proposé ne donne pas lieu à observation.

«Art. 175-2. (1) Lorsqu'il existe des indices sérieux laissant présumer que le mariage envisagé est susceptible d'être annulé au titre des articles 146, 146bis, 146ter et 180, alinéa 1er, l'officier de l'état civil peut saisir sans délai le procureur d'Etat. Il en informe les futurs conjoints.

(2) Le procureur d'Etat est tenu, dans le mois de sa saisine, soit de laisser procéder au mariage, soit de faire opposition à celui-ci, soit de décider qu'il sera sursis à sa

célébration, dans l'attente des résultats de l'enquête à laquelle il fait procéder. Il fait connaître sa décision motivée à l'officier de l'état civil et aux futurs conjoints.

La durée du sursis décidé par le procureur d'Etat ne peut excéder un mois, renouvelable une fois par décision motivée.

A l'expiration du sursis, le procureur d'Etat fait connaître par une décision motivée à l'officier de l'état civil s'il laisse procéder au mariage ou s'il s'oppose à sa célébration.

(3) L'un ou l'autre des futurs conjoints, même mineur, peut demander en justice la mainlevée du sursis à la célébration du mariage et du renouvellement du sursis, conformément aux dispositions des articles 1007-1 à 1007-3 du Nouveau Code de procédure civile.»

Article 176 (article 176 du projet de loi n°5908)

M. le Rapporteur propose de reprendre le libellé de l'article 176 tel que proposé dans le cadre du projet de loi n°5908.

Il échet de préciser que les termes «*après une année révolue*» figurant au début de l'alinéa 3 signifient que l'acte d'opposition cesse de produire ses effets après une période de temps de 366 jours, c'est-à-dire 365 jours + 1.

Il échet de noter que l'essence dudit délai est un délai de réflexion.

La commission unanime décide de réduire ledit délai d'une année à six mois.

«Art. 176. Tout acte d'opposition énonce la qualité qui donne à l'opposant le droit de la former.

Il contient également les motifs de l'opposition, reproduit le texte de loi sur lequel est fondée l'opposition et contient élection de domicile dans le lieu où le mariage doit être célébré. Les prescriptions mentionnées au présent alinéa sont prévues à peine de nullité.

Après six mois, l'acte d'opposition cesse de produire effet. Il peut être renouvelé, sauf dans le cas visé par le deuxième alinéa de l'article 173.

Toutefois, lorsque l'opposition est faite par le procureur d'Etat, elle ne cesse de produire effet que sur décision judiciaire.»

Article 177 (article 177 du projet de loi n°5908)

M. le Rapporteur propose, tout en remplaçant le terme «*époux*» par celui de «*conjoint*», de reprendre le libellé tel que proposé dans le cadre du projet de loi n°5908.

«Art. 177. L'un ou l'autre des futurs conjoints, même mineur, peut demander en justice la mainlevée de l'opposition au mariage, conformément aux dispositions des articles 1007-1 à 1007-3 du Nouveau Code de procédure civile.»

Article 178 (article 178 du projet de loi n°5908)

L'article 178 est à abroger comme tous les aspects procéduraux de la mainlevée judiciaire seront désormais réglés par l'article 1007 du Nouveau Code de procédure civile (nouveau Titre VII. à introduire dans le Livre I^{er}, 2^e Partie du Nouveau Code de procédure civile).

Art. 179

Il est proposé de reprendre le libellé actuel de l'article 179, tout en substituant le terme «peuvent» à celui de «pourront».

«Art. 179. Si l'opposition est rejetée, les opposants, autres néanmoins que les ascendants, pourront peuvent être condamnés à des dommages-intérêts.»

La commission décide de revenir à l'article sous rubrique au sujet de l'éventuelle mise en œuvre de la responsabilité de l'Etat pour toute erreur ou faute commise par le procureur d'Etat dans le cadre de son intervention suite à sa saisine par l'officier de l'état civil considérant qu'un mariage projeté présente des indices sérieux laissant présumer un mariage simulé.

Chapitre IV. – Des demandes en nullité de mariage

Article 180 (article 180 du projet de loi n°5908)

M. le Rapporteur explique que la notion de «*crainte révérencielle*» est reprise de l'article 1114 du Code civil qui figure parmi les dispositions relatives aux conditions essentielles pour la validité des conventions et qui dispose que «*La seule crainte révérencielle envers le père, mère, ou autre ascendant, sans qu'il y ait eu de violence exercée, ne suffit point pour annuler le contrat.*»

Il est proposé, dans le cadre de l'article 180 sous examen, d'ériger la «*crainte révérencielle*» en tant que cause d'annulation d'un mariage.

Plusieurs membres de la commission soulèvent la question de la nécessité de prévoir une telle cause d'annulation spécifique à raison des libellés respectifs à vocation générale des articles 146-1 et 146-2 qui visent les vices de consentement retenus comme causes d'annulation d'un mariage.

M. le Rapporteur propose partant de supprimer la cause de la crainte révérencielle.

«Art. 180. Le mariage qui a été contracté sans le consentement libre des deux époux conjoints, ou de l'un d'eux, ne peut être attaqué que par les ~~époux conjoints~~, ou par celui des deux dont le consentement n'a pas été libre ou par le ministère public.

Lorsqu'il y a erreur dans la personne, le mariage ne peut être attaqué que par celui des deux époux conjoints qui a été induit en erreur.»

Le secrétaire,
Laurent Besch

Le Président,
Gilles Roth

CHAMBRE DES DEPUTES

Session ordinaire 2011-2012

LB/pk

Commission juridique

Procès-verbal de la réunion du 13 février 2012

ORDRE DU JOUR :

1. de 10.30 hrs à 11.00 hrs

Echange de vues avec Monsieur le Procureur général au sujet "de la liste ou nature des objets qui auraient, le cas échéant, disparu, de la date où il est établi que ces objets ont existé dans les services compétents de la police et de la période depuis laquelle lesdits objets y auraient disparu"
(demande du groupe politique DP du 3 février 2012 dans le cadre de l'affaire "Bommeleeër")

2. à partir de 11.00 hrs
 - 5914 Projet de loi ayant pour objet de modifier l'âge légal du mariage et les dispositions y afférentes, ainsi que d'abroger les délais de viduité et de compléter certaines dispositions du Code civil
- Rapporteur: Monsieur Paul-Henri Meyers

 - 5908 Projet de loi ayant pour objet de lutter contre les mariages et partenariats forcés ou de complaisance ainsi que de modifier et compléter certaines dispositions:
- du Code civil
- du Nouveau Code de procédure civile
- du Code pénal

 - 5155 Projet de loi portant réforme du divorce
- Rapporteur: Madame Christine Doerner

 - 5867 Projet de loi relatif à la responsabilité parentale
- Rapporteur: Madame Christine Doerner

 - 6039 Projet de loi portant modification de certaines dispositions du Code civil

 - 6172 Projet de loi portant réforme du mariage et de l'adoption et modifiant :
 - a) le Code civil
 - b) le Nouveau Code de procédure civile
 - c) le Code d'instruction criminelle
 - d) la loi modifiée du 16 avril 1979 fixant le statut général des fonctionnaires de l'Etat

- e) la loi modifiée du 24 décembre 1985 fixant le statut général des fonctionnaires communaux
- f) la loi modifiée du 14 mars 1988 portant création d'un congé d'accueil pour salariés du secteur privé
- g) la loi du 23 octobre 2008 sur la nationalité luxembourgeoise

- Continuation des travaux

3. Divers

*

Présents : M. Ben Fayot en remplacement de M. Marc Angel, M. Xavier Bettel, M. Alex Bodry, M. Félix Braz, Mme Christine Doerner, M. Léon Gloden, M. Jacques-Yves Henckes, M. Jean-Pierre Klein, M. Paul-Henri Meyers, Mme Lydie Polfer, M. Gilles Roth, M. Lucien Weiler

M. Claude Meisch, député (*observateur*)

M. Robert Biever, Procureur général d'Etat

Mme Marie-Anne Ketter, du Ministère de la Justice

M. Laurent Besch, de l'administration parlementaire

Excusé : M. Marc Angel

*

Présidence : M. Gilles Roth, Président de la Commission

*

1. de 10.30 hrs à 11.00 hrs

Echange de vues avec Monsieur le Procureur général au sujet "de la liste ou nature des objets qui auraient, le cas échéant, disparu, de la date où il est établi que ces objets ont existé dans les services compétents de la police et de la période depuis laquelle lesdits objets y auraient disparu" (demande du groupe politique DP du 3 février 2012 dans le cadre de l'affaire "Bommeleeër")

M. le Président rappelle que le groupe politique DP a, par courrier du 3 février 2012, demandé que Monsieur le Procureur général d'Etat soit invité à une réunion de la Commission juridique afin de donner, dans le contexte de l'enquête sur les attentats à l'explosif perpétrés au cours des années 1980 au Luxembourg, des explications complémentaires au sujet des «*objets qui auraient, le cas échéant, disparu, de la date où il est établi que ces objets ont existé dans les services compétents de la police et de la période depuis laquelle lesdits objets y auraient disparu*».

Le représentant du groupe politique DP, au sujet de la disparition des pièces saisies lors des descentes sur les lieux d'attentat à l'explosif et opérés dans le cadre des enquêtes

effectuées, parle, eu égard aux nouveaux éléments révélés et relayés par les médias, d'une véritable obstruction à la justice. Celle-ci ne se limite pas à la période des attentats à l'explosif et les enquêtes concomitantes, mais encore à des faits constatés au cours des années 1985 et 1986.

Il propose de regrouper les questions principales suivant les trois axes ci-après (l'orateur fait distribuer un document établi par son groupe politique reprenant une série de 53 interrogations regroupées en fonction de 6 catégories; document joint en annexe du présent procès-verbal):

1. la disparition des pièces saisies, dont notamment celles remises au service fédéral de police judiciaire américain (Federal Bureau of Investigation (FBI));
2. la tentative de prise d'influence de la part de l'ancien Directeur général de Police sur l'enquête de l'affaire dite «Bommeleeë»; et
3. la responsabilité des membres des forces policières et des responsables des autorités ministérielles concernées.

L'orateur déclare, à raison des termes du courrier précité du 3 février 2012, que l'échange de vues d'aujourd'hui ne portera que sur le volet relatif à la disparition des pièces remises au FBI en vue de réaliser un examen détaillé afférent.

Explications de M. le Procureur général d'Etat

Après la clôture de l'instruction d'un dossier, le juge d'instruction transmet celui-ci au Ministère Public afin de permettre à celui-ci de demander à la Chambre du conseil du tribunal

- soit de rendre une ordonnance de renvoi devant le juge du fond;
- soit de demander le non-lieu.

Dans l'hypothèse où la Chambre du conseil estime qu'il y a des indices graves et concordants à l'encontre des personnes inculpées, elle prononce le renvoi; a contrario, si tel n'est évidemment pas le cas, la Chambre du conseil prononce le non-lieu.

Normalement, le Ministère public se limite au libellé des infractions proprement dites reprochées aux inculpés. C'est uniquement dans des affaires plus complexes que ce libellé des infractions est précédé de développements plus ou moins longs. Ce n'est que rarement que l'exposé des faits est aussi étendu que comme dans l'affaire sous rubrique. Ceci s'explique tout simplement par le volume du dossier. Il aurait été impossible à la Chambre du conseil de se «retrouver» dans ce dossier sans un exposé des faits avec des références précises.

M. le Procureur général d'Etat fait deux remarques préliminaires:

1. Le réquisitoire en question n'était certainement pas destiné à être publié. Le droit de se défendre librement et de manière choisie par la défense est très certainement fondamental. L'orateur regrette toutefois que le réquisitoire afférent ait été publié par la défense et ceci d'autant plus qu'il contient un certain nombre de données relatives à la vie de tierces personnes.

2. Suite au renvoi prononcé par la Chambre du conseil de la Cour d'appel, la Chambre criminelle du Tribunal d'Arrondissement de et à Luxembourg est saisie en tant que juridiction de jugement à connaître de la culpabilité des faits mis à charge des deux suspects. Il appartient dès lors à cette juridiction de se prononcer par voie de jugement au sujet de la culpabilité des deux prévenus. Par conséquent, le parquet ne prend plus position par rapport aux différents éléments soulevés dans le dossier et attend que l'affaire soit instruite par la Chambre criminelle du Tribunal d'Arrondissement de et à Luxembourg. Le procès devra avoir lieu dans le prétoire et non sur la place publique.

L'orateur rappelle que le Service de Renseignement de l'Etat (SREL) a, au début de l'année 1986 (aucune copie dudit courrier n'a été communiquée aux autorités judiciaires), requis l'intervention de son homologue américain, la Central Intelligence Agency (CIA), au sujet de la série des attentats à l'explosif perpétrés. La CIA a continué pour raison de compétence la requête ensemble avec les pièces en question au FBI qui a établi son rapport circonstancié au courant du mois de mai 1986, seulement cinq semaines après l'attentat à l'explosif commis contre la maison du colonel Wagner et donc à un moment où personne ne savait qu'il s'agissait du dernier de la série des attentats à l'explosif.

Outre que la manière de faire des responsables de la Gendarmerie et du SREL était inqualifiable dans un Etat démocratique dont l'essence est la séparation des pouvoirs, il importe de noter que le rapport FBI contenait des éléments nouveaux qui auraient donné lieu à des mesures d'enquête supplémentaires.

Aucun inventaire des pièces transmises par le SREL aux autorités américaines n'a été établi, de sorte qu'il s'avère être impossible de connaître et de retracer le nombre et la nature des pièces qui ont été continuées. La seule certitude acquise est celle que l'ensemble des pièces saisies après l'attentat à l'explosif commis en date du 16 février 1986 à l'encontre de la maison de M. Hellinckx située à Luxembourg-Cents ont été transmises aux autorités américaines.

Tous les efforts visant à récupérer les pièces saisies et mises à disposition du FBI sont restés en vain.

Au sujet des pièces saisies restantes, M. le Procureur général d'Etat explique qu'elles constituent des pièces à valeur exploitable variable.

L'orateur déplore encore que pour certains lieux d'attentat à l'explosif, aucun inventaire des pièces saisies n'ait été dressé et que certaines analyses criminalistiques dues n'aient pas été réalisées à l'époque des faits.

Le représentant du groupe politique DP estime, au vu des explications fournies par M. le Procureur général d'Etat, qu'il y a visiblement eu certains dysfonctionnements au niveau de l'enquête policière et judiciaire. Il constate que certaines personnes continuent toujours à exercer des fonctions de responsabilité au sein de la Police grand-ducale.

M. le Procureur général d'Etat estime que les données fournies par lui dans son réquisitoire à ce sujet sont connues depuis longtemps et qu'ils ont d'ailleurs fait l'objet de sa lettre du 24 janvier 2008 adressée à Monsieur le Ministre de la Justice. L'orateur déclare qu'il n'a rien à ajouter à propos de ces questions par rapport à la lettre visée et son réquisitoire.

2. à partir de 11.00 hrs

5914 **Projet de loi ayant pour objet de modifier l'âge légal du mariage et les dispositions y afférentes, ainsi que d'abroger les délais de viduité et de compléter certaines dispositions du Code civil**

5908 **Projet de loi ayant pour objet de lutter contre les mariages et partenariats forcés ou de complaisance ainsi que de modifier et compléter certaines dispositions:**
- du Code civil
- du Nouveau Code de procédure civile
- du Code pénal

5155 **Projet de loi portant réforme du divorce**

5867 **Projet de loi relatif à la responsabilité parentale**

6039 **Projet de loi portant modification de certaines dispositions du Code civil**

6172 **Projet de loi portant réforme du mariage et de l'adoption et modifiant :**
a) le Code civil
b) le Nouveau Code de procédure civile
c) le Code d'instruction criminelle
d) la loi modifiée du 16 avril 1979 fixant le statut général des fonctionnaires de l'Etat
e) la loi modifiée du 24 décembre 1985 fixant le statut général des fonctionnaires communaux
f) la loi modifiée du 14 mars 1988 portant création d'un congé d'accueil pour salariés du secteur privé
g) la loi du 23 octobre 2008 sur la nationalité luxembourgeoise

M. le Président rappelle qu'il résulte des explications et de l'échange de vues qui s'est ensuivi que la Commission juridique va finaliser les amendements et un texte coordonné relatifs à une réforme globale du Titre V. «Mariage» du Livre I^{er} du Code civil comprenant les articles 144 à 228 actuels en fusionnant les dispositions modificatives et abrogatoires telles que proposées dans les projets de loi n^{os}5908, 5914 et 6172 et de reprendre les dispositions afférentes figurant dans les projets de loi n^{os}5155, 5867 et 6039.

Le Conseil d'Etat émettra, une fois formellement saisi desdits amendements, un avis global.

La commission unanime décide, sur proposition de M. le Rapporteur, d'adresser un courrier à M. le Ministre de la Justice relatant

1. qu'il a été retenu, lors de la réunion de concertation entre les membres de la Commission juridique de la Chambre des Députés et ceux de la commission juridique du Conseil d'Etat en date du 8 février 2012, que ce dernier avisera les amendements relatifs à une réforme globale du Titre V. «Mariage» actuellement en cours d'examen au sein de la commission parlementaire qui lui seront envoyés au courant du mois d'avril 2012. Le texte coordonné afférent fusionne les projets de loi n^{os}5908, 5914 et 6172 et reprend les dispositions afférentes figurant aux projets de loi n^{os}5155, 5867 et 6039. Dans ce contexte, il a été décidé, de l'accord unanime des membres de la commission, que le volet de la réforme du régime de l'adoption contenu dans le projet de loi n^o6172, sera abordé une fois les amendements parlementaires au sujet de la réforme du mariage finalisés et envoyés pour avis au Conseil d'Etat;

2. que le Conseil d'Etat peut continuer ses travaux relatif au volet de la réforme de l'adoption telle que proposée dans le cadre du projet de loi n°6172;
3. que pour le volet de la réforme de l'autorité parentale et de la filiation (projet de loi n°5867), le Gouvernement va soumettre un nouveau texte comportant la mise en place d'un juge aux affaires familiales.

Articles 150 à 154

M. le Rapporteur rappelle que le libellé de l'article 148 proposé par la commission implique nécessairement l'abrogation des articles 150 à 154 actuels du Code civil comme les différents cas de figure y énumérés ont été repris à l'article 148 précité.

Articles 155 à 157

Il convient de noter que ces articles ont été déjà abrogés par une loi du 4 juillet 1967.

Articles 158 à 160

M. le Rapporteur explique que la distinction entre l'enfant légitime et l'enfant naturel n'a plus de raison d'être, de sorte qu'il y a lieu d'abroger les articles 158 à 160 actuels du Code civil en ce qu'ils prévoient le régime et les différents cas de figure des interdictions de mariage et les dispenses d'âge des enfants naturels.

Article 160bis (article 160bis du projet de loi n°5155 et n°5867; article 160bis du projet de loi n°5914)

Au regard des articles 145 et 148 proposés, l'article 160bis devient sans objet et est partant à supprimer.

La saisine du juge des tutelles en vue (i) de la dispense d'âge et (ii) du constat de la réalisation de la condition du consentement des parents, respectivement de leur refus de consentement jugé non fondé par le juge, ainsi que les différentes constellations possibles sont désormais prévues aux articles 145 et 148 proposés.

Article 161

A l'instar de la décision de la commission de supprimer toute distinction entre enfant légitime et enfant naturel, il est proposé de supprimer les termes *«légitimes ou naturels»*.

L'article qui vise à prévenir l'inceste est presque identique au libellé de l'article 161 du Code civil français.

Les prohibitions visant les membres d'une famille par le sang valent encore dans le cadre d'une famille adoptive dans le cas de figure d'une adoption plénière.

«Art. 161. En ligne directe, le mariage est prohibé entre les ascendants et descendants ~~légitimes ou naturels~~, et les alliés dans la même ligne.»

Article 162 (article 162 du projet de loi n°6172)

L'article pose l'interdiction de mariage entre les membres d'une même fratrie. Il est encore proposé de reprendre l'essence de l'article afférent du Code civil français où, par l'ordonnance n°2005-759 du 4 juillet 2005, la prohibition du mariage entre alliés en ligne collatérale a été supprimée.

L'ouverture du mariage aux couples du même sexe rend nécessaire de compléter la prohibition du mariage entre les membres d'une même fratrie. Il s'agit en effet d'éviter, dans le cadre d'un mariage homosexuel, que deux frères ou deux sœurs puissent se marier.

Il échet de noter que selon une doctrine et jurisprudence françaises constantes, l'interdiction du mariage entre frère et sœur vise aussi les demi-frères ou demi-sœurs.

Distinction entre le lien de parenté et le lien d'alliance

La parenté est le lien de famille qui existe entre deux personnes ayant un ancêtre commun. Il s'agit du lien unissant les personnes par le sang¹.

L'alliance est le lien juridique existant, du fait du mariage, entre un époux et les parents de son conjoint².

Prohibition du mariage parmi les personnes unies par un lien d'alliance

Le mariage est interdit:

- entre beaux-parents et gendre ou bru; et
- entre beaux-enfants et parâtre (mari de la mère) ou marâtre (épouse du père) si la personne créant l'alliance est vivante.

En France, le Président de la République peut conformément à l'article 164 du Code civil français, dans le cas de figure du décès de la personne créant le lien d'alliance, accorder une dispense pour cause grave dans les deux hypothèses susvisées.

Au Luxembourg, il convient de noter que le décès de la personne créant le lien d'alliance a pour conséquence que les prohibitions afférentes ne sont plus de mise. Du vivant de cette personne, les prohibitions énoncées aux articles 161 à 163 proposés peuvent être levées par le procureur d'Etat du lieu de célébration du mariage pour cause grave (cf. article 164 proposé ci-après).

Le partenariat enregistré et les prohibitions de mariage

Le partenariat enregistré n'a, à raison de son essence contractuelle, pas pour effet d'opérer un changement de l'état civil. Cette caractéristique différencie le partenariat enregistré du mariage qui, en tant qu'institution légale, opère de plein droit un changement de l'état civil.

¹ Lexique des termes juridiques 2012, 19^e édition, Dalloz.

² Idem.

M. le Rapporteur estime utile de réfléchir au sujet de l'application des prohibitions prévues au niveau du mariage aux personnes liées par un partenariat enregistré.

L'orateur propose de préciser la mise en œuvre de ces interdictions en citant des jurisprudences connexes dans le commentaire des articles.

[à préciser dans le rapport de la commission]

Le représentant de la sensibilité politique ADR estime que si on opte pour une extension desdites prohibitions aux personnes liées par un partenariat enregistré, il y a lieu de les étendre également aux situations de concubinage. Il est d'avis qu'il vaut mieux les limiter aux seules personnes liées par un mariage.

La commission unanime se prononce en faveur d'une interprétation stricte en ce que la source des prohibitions visées est le lien de famille par le sang.

«Art. 162. En ligne collatérale, le mariage est prohibé entre les frères, entre sœurs, entre le frère et la sœur ~~légitimes ou naturels, et les alliés au même degré.~~»

Article 163 (article 163 du projet de loi n°6172)

Le libellé proposé est identique à celui soumis dans le cadre du projet de loi n°6172. Il est complété en ce sens que dans la logique de l'introduction du mariage homosexuel, il s'agit d'éviter que l'oncle et le neveu ou la tante et la nièce puissent se marier.

«Art. 163. Le mariage est encore prohibé entre l'oncle et la nièce **ou le neveu, la tante et la nièce **ou le neveu.**»**

Article 164

Il est proposé qu'il appartienne désormais à une autorité judiciaire, à savoir le procureur d'Etat du lieu de célébration du mariage, de pouvoir lever pour des causes graves les prohibitions du mariage.

Il convient partant d'abroger la loi du 23 avril 1827 concernant la dispense des prohibitions du mariage prévues par les articles 162 à 164 du Code civil.

Il y a lieu d'illustrer des hypothèses de cause grave en citant des jurisprudences afférentes.

[à préciser dans le rapport de la commission]

«Art. 164. Néanmoins, ~~il est loisible au Grand-Duc de le procureur d'Etat du lieu de célébration du mariage~~ peut lever, pour des causes graves, les prohibitions ~~portées au précédent article du mariage entre l'oncle et la nièce ou le neveu, la tante et le neveu ou la nièce, le beau-frère et la belle-sœur ou le beau-frère~~ **et entre belles-mères.»**

Chapitre II. Des formalités relatives à la célébration du mariage

Article 165

M. le Rapporteur explique qu'il est proposé de requérir la présence physique simultanée des deux futurs époux et que la célébration doit de principe avoir lieu dans la maison communale.

La condition de la présence physique simultanée vise à conforter l'interdiction du mariage par procuration telle qu'édictée à l'article 144, alinéa 2 proposé.

Un membre du groupe politique CSV estime que le libellé soulève trois difficultés, à savoir:

1. la présence physique simultanée;
2. la dispense de la présence physique de l'un des deux futurs époux; et
3. le lieu obligatoire de la célébration du mariage.

Le représentant du groupe politique déi gréng demande à ce qu'on prévoit la possibilité d'une dispense de la présence physique simultanée pour des causes graves. En ce qui concerne la célébration du mariage, il estime qu'elle est traduite *in concreto* par la signature des deux futurs conjoints de l'acte de mariage.

M. le Rapporteur explique que l'article 144, alinéa 2 tel que formulé avec l'accord unanime des membres de la commission prévoit la dispense préalable pour **motif sérieux** à accorder par le procureur d'Etat.

(Art. 144. Nul ne peut contracter mariage avant l'âge de dix-huit ans.

Nul ne peut contracter mariage par procuration, sauf dispense préalable à accorder pour motifs sérieux par le procureur d'Etat.)

Le représentant du groupe politique DP propose de prévoir, en lieu et place des termes «*en présence simultanée des futurs conjoints*» le bout de phrase «*L'acte de mariage est signé par les deux futurs époux*». Il estime qu'il faut encore prévoir *expressis verbis* la dérogation à l'article sous examen.

Un représentant du groupe politique LSAP explique que la personne appelée à assumer les fonctions d'officier de l'état civil est, selon l'article 69 de la loi communale du 13 décembre 1988 telle que modifiée, soit le bourgmestre, soit un échevin ou un conseiller communal par lui délégué. En cas d'empêchement de l'officier de l'état civil délégué, il doit être remplacé soit par le bourgmestre, soit par un échevin dans l'ordre des nominations ou par un conseiller d'après le rang d'ancienneté. Or, selon l'orateur, dans de nombreuses communes, la délégation des fonctions d'officier de l'état civil dans le chef d'un conseiller n'est pas fait d'après le rang.

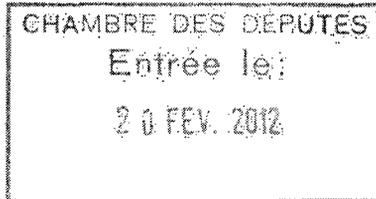
Il renvoie encore à l'arrêté royal du 8 juin 1823 contenant des dispositions à l'égard des officiers et des registres de l'état civil, dont notamment l'article 4 qui dispose que «*Les officiers de l'état civil ne pourront recevoir aucun acte qui les concerne personnellement ou qui concernerait leurs épouses, leur père et mère, ou leurs enfants.*

Dans ce cas, le bourgmestre ou le chef de l'administration locale nommera, par un acte spécial, soit un autre bourgmestre, échevin ou assesseur, soit au besoin un autre membre du conseil communal.»

La continuation des travaux figurent à l'ordre du jour de la réunion du 14 février 2012.



Luxembourg, le 20 février 2012

Monsieur Laurent MOSAR
Président de la Chambre des Députés

Luxembourg

Monsieur le Président,

Au vu du grand nombre de questions restées jusqu'à présent sans réponses dans le contexte des dysfonctionnements apparus dans l'enquête de l'affaire des Bommeleer, le Groupe parlementaire DP vous saurait gré de bien vouloir demander aux Présidents de la Commission juridique et de la Commission des Affaires intérieures, de la Grande Région et de la Police d'inviter Monsieur le Ministre de l'Intérieur à une prochaine réunion jointe des commissions afférentes et d'y mettre le questionnaire du DP (en annexe) à l'ordre du jour.

Croyez, je vous prie, Monsieur le Président, à l'assurance de ma très haute considération.

Claude MEISCH
Président du Groupe parlementaire DP

Transmis en copie pour information
- aux Membres de la Commission juridique
- aux Membres de la Commission des Affaires intérieures, de la Grande Région et de la Police
- aux Membres de la Conférence des Présidents
- au Ministre de l'Intérieur et à la Grande Région
- à la Ministre aux Relations avec le Parlement
Luxembourg, le 21 février 2012
Pour le Secrétaire général de la Chambre des Députés, le Secrétaire général adjoint.



Luxemburg, den 13. Februar 2012

Behinderung der Justiz und Zwischenfälle bei den Ermittlungen zur Affäre "Bommeleeër"

a) Organisation der Ermittlungen

- An den Ermittlungen zu der Affäre Bommeleeër nahmen neben der "Sûreté" auch andere Akteure wie das FBI (Federal Bureau of Investigation) oder der SRE (Service de Renseignement de l'Etat) teil, olme dass der Untersuchungsrichter oder die Staatsanwaltschaft davon Kenntnis erhielten. Bis heute ist unklar:
 1. Wer diese Aktionen anordnete.
 2. Ob die politischen Verantwortlichen davon Kenntnis hatten.
 3. Wie der Informationsfluss damals verlief (Bsp. FBI-Bericht, Beschattung von B.Geiben).
 4. Wer die Verantwortung dafür trägt, dass wichtige Informationen nicht in das Ermittlungsdossier überwiesen wurden.
 5. Warum Gremien, wie der GOR (Groupe d'Observation et de Recherche) oder auf einer höheren Ebene das CPS (Comité Permanent de Sécurité) ihre koordinierende Rolle dabei offensichtlich nicht erfüllten.

b) Abhanden kommen von Beweisstücken

- Im Rahmen einer Fernsehsendung wurde im Jahr 2008 bekannt, dass große Teile der Beweisstücke in der Affäre "Bommeleeër" verschwunden seien. Auf Anfrage der DP gab der Staatsanwalt in der parlamentarischen Justizkommission weitere Erläuterungen. Der Verbleib der Beweisstücke schien zu dem Zeitpunkt ungeklärt. Aus der Anklageschrift geht jedoch hervor, dass Beweisstücke an das FBI zur Analyse übergeben wurden.
 6. Wurden die für Justiz und Polizei zuständigen Minister über das Fehlen der Beweisstücke in Kenntnis gesetzt? Wenn ja, wann und in welcher Form?
 7. Wurden interne Ermittlungen innerhalb der Polizei angestellt um den Verbleib der Beweisstücke und die Verantwortlichen zu ermitteln?

5, rue du St. Esprit
L-1475 Luxembourg

Tel. : 22 10 21
Fax : 22 10 13

dp@dp.lu
www.dp.lu

8. Gibt es Nachweise dafür, dass das Material an das FBI überstellt wurde und um welches Material (Aktenzeichen) es sich dabei gegebenenfalls handelt?
 9. Zu welchem Zeitpunkt stellte sich heraus, dass ein Großteil der Beweisstücke an das FBI übergeben wurde?
 10. Wurde das Material außer Lande gebracht, oder wurden die Beweisstücke von FBI-Mitarbeitern vor Ort analysiert?
 11. Über welchen Weg gelangten die Beweisstücke an das FBI? War der zuständige „Sûreté“-Beamte dafür zuständig, oder gelangte das Material über den SRE (Service de Renseignement de l'Etat) an das FBI?
 12. Wie verlief die Übermittlung im Detail?
 13. Konnte nachgewiesen werden, welche Personen von dem Abzweigen der Beweisstücke an das FBI Kenntnis hatten?
- In der Anklageschrift steht geschrieben, dass der damalige Leiter der Ermittlungen die FBI-Beamten zu den Tatorten begleitete.
14. Warum wurde ausgerechnet auf das FBI zurückgegriffen?
 15. Zu welchem Zeitpunkt und über welchen Weg erhielt die Staatsanwaltschaft Kenntnis von dieser Zusammenarbeit?
 16. Über welchen Weg erhielt die Staatsanwaltschaft letztendlich den FBI-Bericht? (Nach Angaben des SRE wurde der Bericht an das Justizministerium, das Staatsministerium und an den zuständigen Sûreté-Beamten übermittelt.)
 17. Über welchen Weg erhielt die Staatsanwaltschaft den Bericht über die Beschattung B. Geibens? (Der Bericht wurde bei den Hausdurchsuchungen in den Archiven des SRE nicht gefunden)
 18. Sind außer dem Täterprofil, noch Resultate aus den Analysen der Beweisstücke durch das FBI der Staatsanwaltschaft übermittelt worden?

c) Reaktionen auf das Abhanden kommen

19. Haben diejenigen Personen, die von der Überweisung der Beweisstücke Kenntnis hatten, zu irgendeinem Zeitpunkt die Rückerstattung der Stücke eingefordert?
20. Welche Schritte hat die Staatsanwaltschaft unternommen, seitdem sie Kenntnis hat vom Verbleib der Beweisstücke?
21. Hat die Staatsanwaltschaft beim FBI interveniert, um die entsprechenden Beweisstücke zurück zu erhalten? Wenn ja, wann wurde dieser Antrag gestellt und wurde diesem

Anliegen Folge geleistet? Wenn nein, welche Gründe wurden vom FBI angeführt?

22. Welche Schritte hat die Regierung unternommen, um die Beweisstücke zurück zu erhalten?
23. Ist der Staatsanwalt der Ansicht, dass eine Intervention der Regierung oder des Parlamentes bei den zuständigen amerikanischen Behörden in dieser Hinsicht förderlich sein könnte?

d) Briefwechsel zwischen dem Staatsanwalt und dem Justizminister

- Am 30. Januar 2008 übergab der Justizminister dem Parlament einen Brief vom 23. Januar 2008 des Staatsanwalts an seine Adresse. In diesem Brief wurden unter anderem schwerwiegende Vorwürfe gegen den damaligen Generaldirektor der Polizei erhoben. Dieser Brief scheint jedoch nur der vorläufige Endpunkt einer Korrespondenz zwischen dem Staatsanwalt und dem Justizminister gewesen zu sein, die das Verhalten des Generaldirektors zum Gegenstand hatte. Teile dieser Korrespondenz waren dem Brief vom 23. Januar 2008 angehängt. Ein Anhang, den das Parlament zum damaligen Zeitpunkt jedoch nicht erhielt, und auch heute noch nicht komplett übermittelt worden ist. Teile des Briefes bleiben für das Parlament deshalb bis heute unverständlich!
- 24. In dem Brief vom 29. November 2007 unterrichtet der Staatsanwalt den Justizminister über zwei Vorfälle in denen der damalige Generaldirektor der Polizei:
 - i. Versuchte darauf einzuwirken, dass die Ermittlungen in der Bommeleeër-Affäre gestoppt werden!
 - ii. Den Sachverhalt verharmloste und von der Piste BMG ablenkte!
 - iii. Aussagen tätigte, die als Drohungen in Bezug auf die berufliche Zukunft der Ermittler verstanden werden könnten.
- 25. Ist dies das erste Mal (Brief vom 29. November 2008), dass der Justizminister mündlich oder schriftlich über dieses Verhalten des ehemaligen Generaldirektors der Polizei informiert wurde?
- 26. Wann wurde der Justizminister zum ersten Mal mündlich oder schriftlich von dem Staatsanwalt darüber informiert, dass der ehemalige Generaldirektor der Polizei sich sträubte zusätzliche Ermittler in der Affäre Bommeleeër zur Verfügung zu stellen?

27. Wann wurde der Justizminister zum ersten Mal mündlich oder schriftlich über das Verhalten des ehemaligen DG der Polizei in Sachen Beschattung von B. Geiben informiert?
 28. Welchen Zweck verfolgte der Staatsanwalt mit diesem Brief an den Justizminister? Wurde der Brief zur Kenntnisnahme an den Justizminister geschickt oder zur Stellungnahme?
 29. Welche Folgen hatte der Brief? Welche Reaktionen folgten von Seiten des Justizministers? Welche Aktionen folgten in seiner Qualität als Polizei-Minister?
 30. Welche Reaktionen folgten von Seiten des ehemaligen Generaldirektors der Polizei?
- Am 12. Dezember 2007 adressiert der Staatsanwalt einen schriftlichen Bericht an den Justizminister über eine Unterredung, die er im Beisein von zwei Außenstehenden mit dem ehemaligen Generaldirektor der Polizei hatte. Gegenstand des Gesprächs sind die angespannten Beziehungen zwischen der Staatsanwaltschaft und der Polizei.
31. Auf wessen Drängen ist dieses Treffen zustande gekommen?
 32. War der vorangegangene Brief (29. November 2008) und die darin enthaltenen Vorwürfe der Anlass für dieses Treffen?
 33. Warum werden diese nicht im Gespräch thematisiert?
 34. Warum unterrichtet der Staatsanwalt den Justizminister von diesem Treffen?
 35. Aus welchem Grund hält der Staatsanwalt darauf, dass außenstehende Personen bei dem Gespräch anwesend sind?
 36. Der Brief umschreibt ein Ereignis mit "l'incident" und ein weiteres mit "l'affaire". Handelt es sich dabei einerseits um die Beschattung von B. Geiben und andererseits um die Affäre "Bommeleer"?
 37. Aus welchem Grund sieht sich der Staatsanwalt dazu genötigt zweimal im Zusammenhang mit dem "incident" und der "affaire" darauf hinzuweisen, dass er keine direkten oder indirekten Sanktionen gegen Ermittler, Magistrate oder Polizisten tolerieren werde?
 38. Warum sieht sich der Staatsanwalt dazu genötigt zu betonen, dass die Beziehungen zwischen der Staatsanwaltschaft und der Polizei in dem selben Geiste weitergeführt werden sollten, wie bisher?
 39. Angesichts der Tatsache, dass der ehemalige Generaldirektor der Polizei seine vollste Zustimmung dazu

zum Ausdruck brachte, wie muss man den Brief des Staatsanwalts vom 23. Januar 2008 verstehen, in dem die Vorwürfe gegen den Generaldirektor erneuert werden?

- Teil des Anhangs des Briefes vom 23. Januar 2008 soll ebenfalls ein Brief des Staatsanwalts vom 18. Dezember 2007 an den Generaldirektor der Polizei sein. Dieser Brief wurde dem Parlament bis dato nicht zugestellt.
- 40. In Abwesenheit des Briefes, kann der Staatsanwalt bitte den Gegenstand des Briefes erläutern?
- 41. Steht dieser Brief im Zusammenhang mit dem Wunsch des ehemaligen Generaldirektors der Polizei, erneuert verhört zu werden?
- 42. Wie ist dieser Wunsch zu verstehen, angesichts der Tatsache, dass der Staatsanwalt in seinem Brief vom 23. Januar 2008 schreibt, dass der ehemalige Generaldirektor sich nicht mehr bei der Untersuchungsrichterin gemeldet hat?
- 43. Wie ist die Kollaboration des ehemaligen Generaldirektors der Polizei mit der Untersuchungsrichterin vor diesem Hintergrund zu bewerten?
- 44. Wie sind die lückenhaften Aussagen des ehemaligen Generaldirektors der Polizei über die Beschattung von B. Geiben in diesem Zusammenhang zu bewerten?
- Am 23. Januar 2008 adressiert der Staatsanwalt erneut einen Brief an den Justizminister in dem, im wesentlichen, die Vorwürfe aus dem Brief vom 29. November 2007 wiederholt werden.
- 45. Aus welchem Grund sah sich der Staatsanwalt genötigt, diesen Brief erneut zu verfassen?

e) Disziplinarmaßnahmen und Untersuchungsgeheimnis

- Einleitend erklärt der Staatsanwalt in seinem Brief vom 23. Januar 2008, dass es in anderen Ländern ebenfalls üblich sei, dass die Staatsanwaltschaft verschiedene Elemente aus dem Ermittlungsverfahren an andere öffentliche Instanzen weiter leite ohne dadurch gegen das "*secret d'instruction*" zu verstoßen, wenn es darum gehe: "*de permettre d'alimenter ou d'éclaircir une action disciplinaire, administrative ou autre qui paraît du moins de prime abord justifiée pour permettre à d'autres autorités publiques de prendre, le cas échéant, des mesures qu'elles estiment appropriées.*"

46. Sieht der Staatsanwalt im vorliegenden Fall, diesen Tatbestand erfüllt?
47. Verfasste der Staatsanwalt den besagten Brief im Hinblick auf eventuelle disziplinarische Ermittlungen, die gegen den ehemaligen Generaldirektor der Polizei ergreifen werden sollten?
48. Bewertet der Staatsanwalt die in seinem Brief beschriebenen Tatvorgänge dahingehend, dass sie einen begründeten Anlass darstellen um disziplinarische Ermittlungen aufzunehmen? Dies vor dem Hintergrund, dass die unangebrachten Aussagen des ehemaligen Generaldirektors der Polizei gegenüber den Ermittlern und dem Staatsanwalt zum Zeitpunkt des Verfassens des Briefes nicht verjährt waren?
49. Zieht der Staatsanwalt in Erwägung, in ähnlich gelagerten Fällen, dem zuständigen Minister oder dem Parlament Informationen aus dem Ermittlungsverfahren zukommen zu lassen, um eventuelle disziplinarische oder administrative Maßnahmen zu ergreifen?

f) "Chape de Plomb" und strafrechtliche Maßnahmen.

- In seinem Brief vom 23 Januar 2008 schreibt der Staatsanwalt: *"Afin de rester poli on dira que c'est extraordinaire. Rarement on n'aura vu un tel mépris des règles juridiques et des juridictions de la part de la Police dans un Etat de droit (donc non policier)."* Diese Aussagen bezogen sich auf das Verhalten von Mitgliedern der Sicherheitskräfte während den Ermittlungen in der Affäre Bommeleeër. Darüber hinaus hat der Staatsanwalt in Bezug auf das Schweigen und die mangelnde Kooperation von Mitgliedern der Sicherheitskräfte von einer "Chape de Plomb" gesprochen, die ein Weiterkommen in den Ermittlungen zu der Affäre Bommeleeër behindere.
- 50. Sind die Ermittler auch heute noch mit der gleichen Situation konfrontiert?
- 51. Besteht der Verdacht, dass auch heute noch aktive Mitglieder der Sicherheitskräfte relevante Informationen für die Aufklärung der Bommeleeër-Affäre zurückhalten?
- In seinem Brief vom 23. Januar 2008 bedauert der Staatsanwalt, dass die Justizbehinderung zum Zeitpunkt des Verfassens des Briefes noch kein strafrechtlicher Tatbestand darstelle. Das Gesetz vom 10 Juli 2011 *"portant incrimination des entraves à l'exercice de la justice"* ändert den Artikel 141 des Strafgesetzes jedoch dahingehend ab: *"Est punie de la même peine, la personne qui, par ses fonctions, est appelée à concourir à la*

manifestation de la vérité et qui retient sciemment une information susceptible de contribuer à la manifestation de la vérité.”

52. Sieht der Staatsanwalt in diesem Gesetz eine Handhabe um gegen Mitglieder der Sicherheitskräfte vorzugehen, die auch heute noch wichtige Informationen über die Affäre Bommeleeër zurück halten?
53. Zieht die Staatsanwaltschaft in Erwägung auf der Basis dieses Gesetzes Anklage gegen Mitglieder der Sicherheitskräfte im Fall Bommeleeër zu erheben?

Le secrétaire,
Laurent Besch

Le Président,
Gilles Roth

Annexe: document du groupe politique DP reprenant une série de 53 interrogations regroupées en fonction de 6 catégories

CHAMBRE DES DÉPUTÉS

Session ordinaire 2011-2012

LB/pk

Commission juridique

Procès-verbal de la réunion du 08 février 2012

ORDRE DU JOUR :

Echange de vues au sujet de l'instruction des projets de loi suivants:

- 5914 Projet de loi ayant pour objet de modifier l'âge légal du mariage et les dispositions y afférentes, ainsi que d'abroger les délais de viduité et de compléter certaines dispositions du Code civil
- Rapporteur: Monsieur Paul-Henri Meyers
- 5908 Projet de loi ayant pour objet de lutter contre les mariages et partenariats forcés ou de complaisance ainsi que de modifier et compléter certaines dispositions:
- du Code civil
- du Nouveau Code de procédure civile
- du Code pénal
- 5155 Projet de loi portant réforme du divorce
- Rapporteur: Madame Christine Doerner
- 5867 Projet de loi relatif à la responsabilité parentale
- Rapporteur: Madame Christine Doerner
- 6039 Projet de loi portant modification de certaines dispositions du Code civil
- 6172 Projet de loi portant réforme du mariage et de l'adoption et modifiant :
a) le Code civil
b) le Nouveau Code de procédure civile
c) le Code d'instruction criminelle
d) la loi modifiée du 16 avril 1979 fixant le statut général des fonctionnaires de l'Etat
e) la loi modifiée du 24 décembre 1985 fixant le statut général des fonctionnaires communaux
f) la loi modifiée du 14 mars 1988 portant création d'un congé d'accueil pour salariés du secteur privé
g) la loi du 23 octobre 2008 sur la nationalité luxembourgeoise

*

Présents : M. Alex Bodry, M. Félix Braz, M. Jacques-Yves Henckes, M. Paul-Henri Meyers, Mme Lydie Polfer, M. Gilles Roth, M. Lucien Weiler

M. François Biltgen, Ministre de la Justice

M. Laurent Besch, de l'administration parlementaire

Excusés : M. Marc Angel, M. Xavier Bettel, Mme Christine Doerner, M. Léon Gloden, M. Jean-Pierre Klein

*

Présidence : M. Gilles Roth, Président de la Commission

*

Echange de vues au sujet de l'instruction des projets de loi suivants:

5914 **Projet de loi ayant pour objet de modifier l'âge légal du mariage et les dispositions y afférentes, ainsi que d'abroger les délais de viduité et de compléter certaines dispositions du Code civil**

5908 **Projet de loi ayant pour objet de lutter contre les mariages et partenariats forcés ou de complaisance ainsi que de modifier et compléter certaines dispositions:**

- du Code civil
- du Nouveau Code de procédure civile
- du Code pénal

5155 **Projet de loi portant réforme du divorce**

5867 **Projet de loi relatif à la responsabilité parentale**

6039 **Projet de loi portant modification de certaines dispositions du Code civil**

6172 **Projet de loi portant réforme du mariage et de l'adoption et modifiant :**

- a) le Code civil
- b) le Nouveau Code de procédure civile
- c) le Code d'instruction criminelle
- d) la loi modifiée du 16 avril 1979 fixant le statut général des fonctionnaires de l'Etat
- e) la loi modifiée du 24 décembre 1985 fixant le statut général des fonctionnaires communaux
- f) la loi modifiée du 14 mars 1988 portant création d'un congé d'accueil pour salariés du secteur privé
- g) la loi du 23 octobre 2008 sur la nationalité luxembourgeoise

Il résulte des explications et de l'échange de vues qui s'est ensuivi que la Commission juridique va finaliser les amendements et un texte coordonné relatif à une réforme globale du Titre V. «Mariage» du Livre I^{er} du Code civil comprenant les articles 144 à 228 actuels en fusionnant les dispositions modificatives et abrogatoires telles que proposées dans les projets de loi n°5908, 5914 et 6172 et de reprendre les dispositions afférentes figurant dans les projets de loi n°5155, 5867 et 6039.

Le Conseil d'Etat émettra, une fois formellement saisi desdits amendements, un avis global.

Le secrétaire,
Laurent Besch

Le Président,
Gilles Roth

CHAMBRE DES DÉPUTÉS

Session ordinaire 2011-2012

LB/pk

Commission juridique

Procès-verbal de la réunion du 08 février 2012

ORDRE DU JOUR :

1. Nomination d'un nouveau vice-président de la commission (Art. 20, paragraphe (1) du Règlement de la Chambre des Députés)
2. 5914 Projet de loi ayant pour objet de modifier l'âge légal du mariage et les dispositions y afférentes, ainsi que d'abroger les délais de viduité et de compléter certaines dispositions du Code civil
 - Rapporteur: Monsieur Paul-Henri Meyers
 - Continuation de l'examen du projet de loi et de l'avis du Conseil d'Etat
- 5908 Projet de loi ayant pour objet de lutter contre les mariages et partenariats forcés ou de complaisance ainsi que de modifier et compléter certaines dispositions:
 - du Code civil
 - du Nouveau Code de procédure civile
 - du Code pénal
- 5155 Projet de loi portant réforme du divorce
 - Rapporteur: Madame Christine Doerner
- 5867 Projet de loi relatif à la responsabilité parentale
 - Rapporteur: Madame Christine Doerner
- 6039 Projet de loi portant modification de certaines dispositions du Code civil
- 6172 Projet de loi portant réforme du mariage et de l'adoption et modifiant :
 - a) le Code civil
 - b) le Nouveau Code de procédure civile
 - c) le Code d'instruction criminelle
 - d) la loi modifiée du 16 avril 1979 fixant le statut général des fonctionnaires de l'Etat
 - e) la loi modifiée du 24 décembre 1985 fixant le statut général des fonctionnaires communaux
 - f) la loi modifiée du 14 mars 1988 portant création d'un congé d'accueil pour salariés du secteur privé
 - g) la loi du 23 octobre 2008 sur la nationalité luxembourgeoise
3. Divers

*

Présents : M. Marc Angel, M. Xavier Bettel, M. Alex Bodry, M. Félix Braz, Mme Christine Doerner, M. Léon Gloden, M. Jacques-Yves Henckes, M. Jean-Pierre Klein, M. Paul-Henri Meyers, Mme Lydie Polfer, M. Gilles Roth, M. Lucien Weiler

M. François Biltgen, Ministre de la Justice

M. Jeannot Berg, Mme Marie-Anne Ketter, du Ministère de la Justice

M. Laurent Besch, de l'administration parlementaire

*

Présidence : M. Gilles Roth, Président de la Commission

*

1. Nomination d'un nouveau vice-président de la commission (Art. 20, paragraphe (1) du Règlement de la Chambre des Députés)

Suite au départ de Mme Lydie Err, M. Marc Angel rejoint la Commission juridique et M. Alex Bodry est nommé unanimement nouveau vice-président de cette dernière.

2. 5914 Projet de loi ayant pour objet de modifier l'âge légal du mariage et les dispositions y afférentes, ainsi que d'abroger les délais de viduité et de compléter certaines dispositions du Code civil

5908 Projet de loi ayant pour objet de lutter contre les mariages et partenariats forcés ou de complaisance ainsi que de modifier et compléter certaines dispositions:

- du Code civil
- du Nouveau Code de procédure civile
- du Code pénal

5155 Projet de loi portant réforme du divorce

5867 Projet de loi relatif à la responsabilité parentale

6039 Projet de loi portant modification de certaines dispositions du Code civil

6172 Projet de loi portant réforme du mariage et de l'adoption et modifiant :

- a) le Code civil
- b) le Nouveau Code de procédure civile
- c) le Code d'instruction criminelle
- d) la loi modifiée du 16 avril 1979 fixant le statut général des fonctionnaires de l'Etat
- e) la loi modifiée du 24 décembre 1985 fixant le statut général des fonctionnaires communaux

- f) la loi modifiée du 14 mars 1988 portant création d'un congé d'accueil pour salariés du secteur privé
- g) la loi du 23 octobre 2008 sur la nationalité luxembourgeoise

Article 144 (article 144 du projet de loi n°6172)

Alinéa 2

M. le Rapporteur rappelle la décision de la commission de libeller l'alinéa 2 de la manière suivante:

«Nul ne peut contracter mariage par procuration, sauf dispense préalable à accorder pour motifs graves par le Procureur d'Etat.»

Article 145 (article 145 du projet de loi n°5914)

Alinéa 1^{er}

Le libellé de l'article 145 proposé est inspiré de l'article 145 du Code civil belge.

M. le Rapporteur propose, dans un souci de clarté et de précision, de modifier l'alinéa 1^{er} de la manière suivante:

«Le juge des tutelles peut, pour motifs graves, lever la prohibition de l'alinéa 1^{er} de l'article précédent. La demande est introduite ~~par requête~~ soit par les ~~père et mère~~ parents, soit par l'un d'entre eux, soit par le tuteur, soit par le mineur lui-même ~~à défaut de consentement des parents ou du tuteur.~~»

L'objet de l'article 145 étant de prévoir le régime d'exception devant le juge des tutelles autorisant, par voie judiciaire, le mariage d'un mineur, il y a lieu d'omettre toute référence à la condition du consentement des parents.

Néanmoins, il importe de lire l'article 145 ensemble avec l'article 148 proposé (voir ci-après). La solution proposée présente l'avantage que le juge des tutelles est saisi de suite pour juger, dans une et même procédure judiciaire, le volet relatif (i) à la dispense d'âge et celui relatif (ii) au consentement des parents.

Il tient à préciser qu'il n'existe pas de limite d'âge minimum au sujet de la dispense d'âge pour pouvoir se marier.

Le représentant de la sensibilité politique ADR insiste qu'il soit garanti que les décisions judiciaires afférentes puissent être rendues dans les plus brefs délais.

Alinéa 2

M. le Rapporteur propose de ne pas reprendre la procédure judiciaire particulière telle que prévue par le texte belge, mais de faire jouer le droit commun de la procédure judiciaire. L'alinéa 2 se lit dès lors de la manière suivante:

«Le juge des tutelles est saisi conformément aux dispositions des articles 1047 et suivantes du Nouveau Code de procédure civile.»

L'article 145 modifié est libellé comme suit:

«Art. 145 Le juge des tutelles peut, pour motifs graves, lever la prohibition telle que prévue à l'alinéa 1^{er} de l'article 144. La demande est introduite soit par les parents, soit par l'un d'entre eux, soit par le tuteur, soit par le mineur lui-même.»

Le juge des tutelles est saisi conformément aux dispositions des articles 1047 et suivantes du Nouveau Code de procédure civile.»

Article 146

Le libellé de l'article 146 actuel du Code civil est maintenu.

Il ne donne pas lieu à observation.

Article 146-1 (article 146-1 du projet de loi n°5908)

M. le Rapporteur précise que le libellé est repris de l'article 146bis du Code civil belge sauf à ne pas reprendre le bout de phrase relatif à l'avantage en matière de séjour lié au statut d'époux.

Ainsi, le libellé proposé a, contrairement au texte belge correspondant ayant une visée spécifique, une vocation d'ordre générale.

Sur le plan de la terminologie, il convient de noter que le mariage simulé est communément dénommé «mariage blanc».

Un représentant du groupe politique DP s'interroge sur la réalité et la pertinence de la preuve de la «*création d'une communauté de vie durable*» et estime que l'articulation du libellé tel que proposé correspond, dans sa philosophie, fortement aux dispositions afférentes du droit canon.

Un représentant du groupe politique LSAP rappelle que la fonction de l'officier de l'état civil est passive en ce sens qu'il est chargé d'établir, de conserver et, le cas échéant, de communiquer sous certaines conditions les actes de l'état civil. Ainsi, il est appelé à acter des déclarations.

Le représentant de la sensibilité politique ADR est d'avis que le libellé proposé n'est guère indiqué comme il est susceptible de faire traîner les procès relatifs à l'annulation d'un mariage avec toutes les conséquences que cela emporte.

Un représentant du groupe politique CSV propose de remplacer les termes «*une combinaison de circonstances*» par celui d'«*indice*», notion juridique plus cohérente.

Un représentant du groupe politique LSAP s'interroge sur l'utilité de prévoir un texte ayant une vocation généraliste. Il donne l'exemple d'un couple projetant de se marier et dont l'un des futurs époux, atteint d'une maladie incurable, est en fin de vie.

M. le Rapporteur précise que l'application du texte proposé est circonscrite en ce qu'il dispose qu'il faut «*une combinaison de circonstances*» qui indiquerait, dans le chef d'au moins un des deux futurs époux, que le mariage est conclu en l'absence d'une quelconque volonté matrimoniale et a pour véritable but l'obtention d'un résultat autre que la seule union

matrimoniale, mais un but lié au statut d'époux comme la délivrance d'un titre de séjour, l'action de conférer à l'un des époux des avantages matrimoniaux qu'un testament ne lui aurait pas donné ou la dispense de la conscription. Il s'agit donc de conférer à l'officier de l'état civil une base légale lui permettant de jouer un rôle plus actif dans le cadre de la lutte contre le mariage blanc et le mariage forcé.

L'article 146bis du Code civil belge définit, contrairement au texte de l'article 146 du Code civil français, le mariage blanc.

De manière générale, il est de mauvaise technique législative de s'inspirer, dans le cadre d'un projet de loi, tantôt du droit belge, tantôt du droit français.

L'action en nullité fondée sur base de l'article 146-1 sous examen est une action en nullité absolue ouverte à tous ceux qui y ont intérêt.

Le Conseil d'Etat a observé, dans son avis du 15 février 2011 (projet de loi n°5908) que l'article 146bis du Code civil belge crée une cause spécifique de nullité du mariage pour conclure que cette approche «[...] présente l'avantage d'éviter de faire le détour par le défaut de consentement de l'article 146 du Code civil pour fonder l'action en nullité. En effet, la jurisprudence française retient comme fondement de nullités de mariages fictifs le plus souvent le défaut de consentement au sens de l'article 146 du Code civil.»

L'orateur propose de revenir au texte proposé une fois l'examen du projet de texte coordonné terminé.

M. le Ministre de la Justice renvoie, dans le contexte de la fonction de l'officier de l'état civil, à l'exposé des motifs du projet de loi n°5908 ayant pour objet de lutter contre les mariages et partenariats forcés ou de complaisance ainsi que de modifier et compléter certaines dispositions: - du Code civil - du Nouveau Code de procédure civile - du Code pénal.

Ainsi, il est proposé de conférer audit officier de l'état civil un droit de saisine du procureur d'Etat dans le cas de figure de l'existence d'indices sérieuses laissant présumer «soit à un défaut d'intention matrimoniale des futurs époux ou de l'un des futurs époux, soit l'absence de liberté matrimoniale». Ainsi, il est prévu d'octroyer à l'officier de l'état civil un rôle plus actif, alors que selon le droit actuel, il ne dispose d'aucun moyen d'action légal en cas de doute sur l'intention réelle des futurs époux.

Le rôle futur de l'officier de l'état civil s'inscrit partant dans une procédure *ex ante*.

L'article 146-1 est libellé de la manière suivante:

«Art. 146-1. Il n'y a pas de mariage lorsque, bien que les consentements formels aient été donnés en vue de celui-ci, il ressort d'une combinaison de circonstances que l'intention de l'un au moins des conjoints n'est manifestement pas la création d'une communauté de vie durable.»

Article 146-2

Le libellé proposé est identique à celui de l'article 146ter du Code civil belge et ne donne pas lieu à observation.

Article 147 (article 147 actuel du Code civil)

Il est proposé de remplacer les notions de «second» et «premier» par celle de «nouveau», respectivement par celle de «précédent». Il s'agit de conférer une portée générale univoque à cette obligation.

Le libellé modifié proposé se rapproche davantage du texte de l'article 391 du Code pénal disposant que «*Quiconque, étant engagé dans les liens du mariage, en aura contracté un autre avant la dissolution du précédent, sera puni de la réclusion de cinq à dix ans.*»

L'article 147 proposé se lit de la manière suivante:

«Art 147. *On ne peut contracter un ~~second~~ **nouveau** mariage avant la dissolution du **premier précédent.**»*

Article 148 (article 148 des projets de loi n°5914 et 6172)

M. le Rapporteur explique que le libellé proposé reprend celui de l'article 148 du Code civil belge, sauf à remplacer le terme «*tribunal*» par celui de «*juge*», tout en y ajoutant un dernier alinéa nouveau.

L'article 148 doit être lu ensemble avec l'article 145. La combinaison de ces deux articles précités présente l'avantage indéniable que le juge des tutelles pourra être saisi en tant que juge dans une et même procédure judiciaire concernant le volet relatif (i) à la dispense d'âge et celui relatif (ii) au consentement des parents.

L'articulation du texte proposé permet au juge saisi, dans son appréciation du dossier, de tenir compte de l'intérêt de l'enfant.

La notion d'«*abusif*» connaît une connotation plus restrictive que celle relative au terme «*non fondé*».

La commission unanime se prononce en faveur du terme «*non fondé*» et souhaite remplacer, dans l'ensemble du projet de texte coordonné, les termes «*père et mère*» par celui de «*parents*».

L'article 148 se lit comme suit:

«Art. 148 *Le mineur ne peut contracter mariage sans le consentement de ses ~~père et mère~~ parents.*

Ce consentement est constaté par le juge des tutelles saisi de la demande de dispense d'âge.

Si les ~~père et mère~~ parents refusent leur consentement, le juge peut autoriser le mariage s'il juge le refus ~~abusif~~ non fondé.

Si l'un des ~~père et mère~~ parents refuse son consentement, le tribunal peut autoriser le mariage s'il juge le refus non fondé. Celui des ~~père et mère~~ parents qui ne comparaît pas est censé ne pas avoir consenti au mariage.

Si l'un des ~~père et mère~~ parents est dans l'impossibilité de manifester sa volonté et que l'autre refuse son consentement, le juge peut autoriser le mariage s'il juge le refus ~~abusif~~ non fondé.

Si les ~~père et mère~~ parents sont l'un et l'autre dans l'impossibilité de manifester leur volonté ou ne comparaissent pas, le mariage peut être autorisé par le juge

Si le ~~père ou la mère~~ l'un des parents est mort et le survivant ne donne pas son consentement, le mariage peut être autorisé par le juge.»

Article 149

Le cas de figure visé à l'article 149 actuel du Code civil étant repris en tant que dernier alinéa de l'article 148 proposé, il y a partant lieu d'abroger l'article 149.

3. Divers

Suite au courrier du 3 février 2012 du groupe politique DP demandant à procéder au sein de la Commission juridique à un échange de vues avec M. le Procureur général d'Etat au sujet «*de la liste ou nature des objets qui auraient, le cas échéant, disparu, de la date où il est établi que ces objets ont existé dans les services compétents de la police et de la période depuis laquelle lesdits objets y auraient disparu*», il est décidé que la réunion afférente aura lieu le **lundi 13 février 2012 de 10h30 à 12h00**.

Le secrétaire,
Laurent Besch

Le Président,
Gilles Roth

16

CHAMBRE DES DEPUTES

Session ordinaire 2011-2012

LB/pk

Commission juridique

Procès-verbal de la réunion du 01 février 2012

ORDRE DU JOUR :

1. Approbation des projets de procès-verbal des réunions des 4, 9, 11, 18 et 25 janvier 2012
2. 6338 Projet de loi relative à la récidive internationale et portant modification
 - de l'article 372 du Code pénal; et
 - de l'article 34 de la loi du 6 octobre 2009 renforçant le droit des victimes d'infractions pénales et portant modification - du Code d'instruction criminelle, - du Code pénal, - de la loi modifiée du 12 mars 1984 relative à l'indemnisation de certaines victimes de dommages corporels résultant d'une infraction et à la répression de l'insolvabilité frauduleuse, - de la loi modifiée du 16 juillet 1986 relative à certains modes d'exécution des peines privatives de liberté, - de la loi modifiée du 10 août 1992 relative à la protection de la jeunesse
 - Rapporteur: Monsieur Gilles Roth
 - Présentation et adoption d'un projet de rapport
3. 5914 Projet de loi ayant pour objet de modifier l'âge légal du mariage et les dispositions y afférentes, ainsi que d'abroger les délais de viduité et de compléter certaines dispositions du Code civil
 - Rapporteur: Monsieur Paul-Henri Meyers
 - Continuation de l'examen du projet de loi et de l'avis du Conseil d'Etat
- 5908 Projet de loi ayant pour objet de lutter contre les mariages et partenariats forcés ou de complaisance ainsi que de modifier et compléter certaines dispositions:
 - du Code civil
 - du Nouveau Code de procédure civile
 - du Code pénal
- 5155 Projet de loi portant réforme du divorce
 - Rapporteur: Madame Christine Doerner
- 5867 Projet de loi relatif à la responsabilité parentale
 - Rapporteur: Madame Christine Doerner
- 6039 Projet de loi portant modification de certaines dispositions du Code civil
- 6172 Projet de loi portant réforme du mariage et de l'adoption et modifiant :

- a) le Code civil
- b) le Nouveau Code de procédure civile
- c) le Code d'instruction criminelle
- d) la loi modifiée du 16 avril 1979 fixant le statut général des fonctionnaires de l'Etat
- e) la loi modifiée du 24 décembre 1985 fixant le statut général des fonctionnaires communaux
- f) la loi modifiée du 14 mars 1988 portant création d'un congé d'accueil pour salariés du secteur privé
- g) la loi du 23 octobre 2008 sur la nationalité luxembourgeoise

4. Divers

*

Présents : M. Xavier Bettel, M. Alex Bodry, M. Félix Braz, Mme Christine Doerner, M. Léon Gloden, M. Jacques-Yves Henckes, M. Jean-Pierre Klein, M. Paul-Henri Meyers, Mme Lydie Polfer, M. Gilles Roth

Mme Marie-Anne Ketter, Mme Claudine Konsbruck, du Ministère de la Justice

M. Laurent Besch, de l'administration parlementaire

Excusé : M. Lucien Weiler

*

Présidence : M. Gilles Roth, Président de la Commission

*

1. Approbation des projets de procès-verbal des réunions des 4, 9, 11, 18 et 25 janvier 2012

Les projets de procès-verbal reproduits sous rubrique recueillent l'accord unanime des membres de la commission.

- 2. 6338 Projet de loi relative à la récidive internationale et portant modification**
- de l'article 372 du Code pénal; et
 - de l'article 34 de la loi du 6 octobre 2009 renforçant le droit des victimes d'infractions pénales et portant modification - du Code d'instruction criminelle, - du Code pénal, - de la loi modifiée du 12 mars 1984 relative à l'indemnisation de certaines victimes de dommages corporels résultant d'une infraction et à la répression de l'insolvabilité frauduleuse, - de la loi modifiée du 16 juillet 1986 relative à certains modes d'exécution des peines privatives de liberté, - de la loi modifiée du 10 août 1992 relative à la protection de la jeunesse

Examen de l'avis complémentaire du Conseil d'Etat du 31 janvier 2012

Les modifications textuelles proposées par la Commission juridique moyennant les amendements du 18 et 25 janvier 2012 n'appellent, d'un point de vue formel et légistique, pas d'observation de la part du Conseil d'Etat.

Le Conseil d'Etat résume les modifications législatives subséquentes intervenues avant de s'interroger quant aux motifs sous-jacents des deux amendements parlementaires soumis par la Commission juridique, à savoir s'il est de l'intention de la commission parlementaire de «[...] renforcer le système répressif retenu dans la loi de 2011 ou de trouver, pour l'avenir, une réponse adéquate au problème né du raccourcissement des délais de prescription pour les infractions perpétrées avant les réformes de 2009 et 2001».

Ainsi, si la finalité desdits amendements parlementaires est de renforcer le dispositif répressif dans «[...] l'optique d'une protection des mineurs, en réintroduisant le seuil de onze ans pour qualifier l'attentat à la pudeur commis sans violence ou menaces en crime», le Conseil d'Etat déclare «comprendre» la démarche de la commission parlementaire.

A contrario, s'il est visé de régler le problème né du «[...] raccourcissement non voulu par les auteurs de la loi de 2011 des délais de prescription, la solution est donnée par l'amendement du 25 janvier 2012 portant modification de l'article 34 de la loi de 2009».

Le Conseil d'Etat se demande si la prolongation du délai de prescription de cinq ans à dix ans pour l'infraction de l'attentat à la pudeur sans violence commise sur un mineur de moins de onze ans «[...] s'impose dans une optique de répression.». Il donne à considérer que «[...] l'extinction de l'action publique intervenue par la prescription, à la suite de l'entrée en vigueur de la loi de 2011, ne peut être éliminée par aucun des deux amendements proposés».

Présentation et adoption du projet de rapport

M. le Rapporteur présente succinctement son projet de rapport.

L'orateur rappelle que selon les dires du Procureur général d'Etat, entendu lors de la réunion de la commission du 25 janvier 2012, quatre affaires tombent sous le champ d'application de l'actuel article 372 du Code pénal, dont deux n'ont pas encore été renvoyées devant une juridiction de jugement. Pour l'une des deux affaires qui ont été renvoyées devant la Chambre criminelle et qui sont en état de délibéré, les juges ont estimé (le jugement a été rendu dans l'après-midi du mercredi 25 janvier 2012) qu'ils ne sont pas compétents comme l'infraction est n'est plus un crime, mais bien un délit.

Aucun chiffre n'a été avancé au sujet du nombre des affaires en cours d'instruction.

Application dans le temps des différentes modifications législatives relatives à l'infraction de l'attentat à la pudeur

Au sujet de l'infraction de l'attentat à la pudeur commis sans violence sur un mineur de moins de onze ans, l'orateur explique qu'il faut, une fois la nouvelle législation entrée en vigueur, différencier, tant pour la qualification du fait punissable que pour le délai de prescription afférent, en termes d'application dans le temps des différentes législations et dispositions modificatives, quatre phases, à savoir:

1. Le fait commis avant le 1^{er} janvier 2010 (date d'entrée en vigueur de la loi du 6 octobre 2009 renforçant le droit des victimes d'infractions pénales):

Il s'agit d'un délit dont l'action publique se prescrit dans un délai de trois ans à partir du jour de la commission du fait délictuel.

2. Le fait commis pendant la période de temps comprise entre le 1^{er} janvier 2010 et le 28 juillet 2011 (date d'entrée en vigueur de la loi du 16 juillet 2011 portant: 1. approbation a) de la Convention du Conseil de l'Europe pour la protection des enfants contre l'exploitation et les abus sexuels ouverte à la signature à Lanzarote les 25-26 octobre 2007 b) du Protocole facultatif à la Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant, concernant la vente d'enfants, la prostitution des enfants et la pornographie mettant en scène des enfants, 2. modification de certains articles du Code pénal et du Code d'instruction criminelle; Mémorial A, n°152 du 25 juillet 2011):

Il s'agit d'un délit dont l'action publique se prescrit dans un délai de cinq ans à partir de la majorité de la victime.

3. Le fait commis pendant la période de temps comprise entre le 28 juillet 2011 et l'entrée en vigueur du texte de loi proposée par le projet de loi n°6338 (le vote est prévu en la séance plénière de la Chambre des Députés du 2 février 2012):

Il s'agit d'un délit dont l'action publique se prescrit dans un délai de cinq ans à partir de la majorité de la victime.

4. Le fait commis à partir de l'entrée en vigueur de la nouvelle législation:

Il s'agit d'un crime soumis à une prescription de dix ans qui ne commence à courir qu'à partir de la majorité de la victime.

Un représentant du groupe politique DP se demande si l'application de la nouvelle législation et la computation du délai de prescription, une fois entrée en vigueur, s'apprécie à partir du moment de l'ordonnance de clôture de l'instruction ou à partir du moment de l'ordonnance de renvoi.

Le représentant du Ministère de la Justice informe les membres de la commission que dans l'une des deux affaires renvoyées devant la juridiction de jugement, la Chambre criminelle s'est déclarée incompétente (prononcé a eu lieu le 25 janvier 2012). Dans l'autre affaire, la Chambre criminelle a prononcé une peine privative de liberté de 6 ans dont 4 avec sursis en application de l'article 60 du Code pénal (concours réel d'infractions) et une peine d'amende de 3.000 euros.

Ainsi, il faut juger chacune des affaires concernées de manière distincte et en fonction de son contexte particulier.

En ce qui concerne la fixation du moment de l'application de la nouvelle législation, il appartient aux juridictions de le déterminer.

Le volet de l'indemnisation éventuelle de la personne ayant subi un dommage dû à l'erreur législatif commis

M. le Rapporteur précise, en ce qui concerne le volet de l'indemnisation dans le cadre de la responsabilité civile sur base des articles 1382 et 1383 du Code civil, que l'action civile est soumise à la prescription trentenaire de droit commun (article 2262 du Code civil).

En ce qui concerne la responsabilité de l'Etat du fait des lois sur base de la loi du 1^{er} septembre 1988 relative à la responsabilité civile de l'Etat et des collectivités publiques, l'orateur renvoie à l'article de M. T. Biever intitulé «*De l'irresponsabilité de l'Etat législateur, Esquisse de droit luxembourgeois*» publié dans le cadre du Livre Jubilaire du Conseil d'Etat, 1957 et qui affirme: «*Prises dans leur acceptation à la fois matérielle et formelle, comme règles générales et impersonnelles édictées dans les formes constitutionnelles par les organes concourant au pouvoir législatif, les lois comportent comme conséquences nécessaires des avantages pour les uns, des inconvénients pour les autres. Rançon de toute vie en société, ce réaménagement de l'ordre juridique est l'objectif même de ces lois, et toute réforme sociale et économique est à ce prix. En principe on ne peut donc rationnellement songer - sous peine de paralyser l'activité étatique ou de ruiner les finances de l'Etat - de permettre aux personnes ou catégories de personnes à qui une réforme cause quelque dommage, de mettre en échec l'application de la loi ou de demander une compensation pécuniaire.*»

La mise en œuvre de la responsabilité de l'Etat pour la réparation d'un dommage causé par une loi est conditionnée par «*[...] la transgression de celui-ci d'une norme supérieure lui dictant sa conduite*¹». Transposé au cadre institutionnel luxembourgeois, cela signifie que la loi incriminée est soit non conforme à une disposition constitutionnelle, soit contraire à une disposition d'un traité international.

De plus, il faut que le dommage soit de nature à causer «*[...] à un nombre restreint de personnes un préjudice distinct, spécial et anormal, en portant directement atteinte à une situation légitimement acquise.*²»

Ainsi, une indemnisation sur base de la loi du 1^{er} septembre 1988 précitée s'avère a priori être, à raison des critères d'application restrictifs, difficilement réalisable.

Un représentant du groupe politique DP estime que tant d'un point de vue légal que moral, il y a obligation de mener les réflexions nécessaires en vue de mettre en place, sous une forme restant à être définie, une indemnisation en faveur des personnes victimes d'un attentat à la pudeur commis sans violence alors qu'elles avaient moins de onze ans et dont la poursuite des affaires ne peut avoir lieu à raison de la prescription de l'action publique acquise.

Cette indemnisation devrait être gérée, pour des raisons de neutralité, par une tierce personne.

Le représentant du Ministère de la Justice renvoie à l'article 1^{er} de la loi modifiée du 12 mars 1984 relative à l'indemnisation de certaines victimes de dommages corporels résultant d'une infraction et à la répression de l'insolvabilité frauduleuse qui dispose que (voir passages de texte soulignés):

«Art. 1er.- *Toute personne ayant subi au Grand-Duché un préjudice matériel ou moral résultant de faits volontaires qui présentent le caractère matériel d'une infraction a droit à une indemnité à charge de l'Etat:*

1) si elle réside régulièrement et habituellement au Grand-Duché; ou

¹ Georges Ravarani, La responsabilité civile des personnes privées et publique, 2^e édition, Pasirisie 2006, point 263

² idem

2) si, au moment où elle a été la victime de l'infraction, elle se trouvait en situation régulière au Grand-Duché; ou

3) si elle est ressortissant d'un Etat membre du Conseil de l'Europe;

et si les conditions suivantes sont réunies:

1° ces faits ont ou bien causé un dommage corporel et ont entraîné, soit la mort, soit une incapacité permanente, soit une incapacité totale de travail personnel pendant plus d'un mois ou bien sont punis par les articles 372 à 376 du code pénal;

2° le préjudice consiste en un trouble grave dans les conditions de vie résultant d'une perte ou d'une diminution de revenus, d'un accroissement de charges ou de dépenses exceptionnelles, d'une inaptitude à exercer une activité professionnelle, d'une perte d'une année de scolarité, d'une atteinte à l'intégrité physique ou mentale ou d'un dommage moral ou esthétique ainsi que des souffrances physiques ou psychiques. La victime d'une infraction aux articles 372 à 376 du code pénal est dispensée de rapporter la preuve d'une atteinte à l'intégrité physique ou mentale qui est présumée dans son chef;

3° la personne lésée ne peut obtenir, à un titre quelconque, une réparation ou une indemnisation effective et suffisante.

Toutefois, l'indemnité peut être refusée, ou son montant réduit, en raison du comportement de la personne lésée lors des faits ou de ses relations avec l'auteur des faits.»

Ainsi, une indemnisation sur base de la loi de 1984 précitée est possible.

Soumis au vote, le projet de rapport est adopté à l'unanimité des membres de la commission.

3. 5914 **Projet de loi ayant pour objet de modifier l'âge légal du mariage et les dispositions y afférentes, ainsi que d'abroger les délais de viduité et de compléter certaines dispositions du Code civil**

5908 **Projet de loi ayant pour objet de lutter contre les mariages et partenariats forcés ou de complaisance ainsi que de modifier et compléter certaines dispositions:**

- du Code civil
- du Nouveau Code de procédure civile
- du Code pénal

5155 **Projet de loi portant réforme du divorce**

5867 **Projet de loi relatif à la responsabilité parentale**

6039 **Projet de loi portant modification de certaines dispositions du Code civil**

6172 **Projet de loi portant réforme du mariage et de l'adoption et modifiant :**

- a) le Code civil
- b) le Nouveau Code de procédure civile
- c) le Code d'instruction criminelle
- d) la loi modifiée du 16 avril 1979 fixant le statut général des fonctionnaires de l'Etat
- e) la loi modifiée du 24 décembre 1985 fixant le statut général des fonctionnaires communaux

- f) la loi modifiée du 14 mars 1988 portant création d'un congé d'accueil pour salariés du secteur privé**
- g) la loi du 23 octobre 2008 sur la nationalité luxembourgeoise**

M. le Rapporteur propose de reprendre l'examen de l'ensemble des articles qu'il est proposé de modifier dans le cadre des 6 projets de loi repris sous rubrique sur base d'un tableau synoptique réalisé par le Ministère de la Justice (le document mentionné a été distribué séance tenante).

Il est proposé de maintenir, pour autant que possible, la numérotation actuelle des dispositions (articles 144 à 288) du Titre V «Mariage» du Livre I^{er} du Code civil.

Chapitre 1^{er}. - Des qualités et conditions requises pour pouvoir contracter mariage

Article 143 nouveau (article 144 du projet de loi n°6172)

L'article 143 étant actuellement abrogé, il est proposé de reprendre l'article 144, alinéas 1^{er} et 2, proposé dans le cadre du projet de loi n°6172 en tant qu'article 143 nouveau.

Cette façon de procéder permet de maintenir, sous une forme modifiée, l'article 144 actuel qui fixe la condition d'âge pour pouvoir contracter mariage.

M. le Rapporteur explique que le libellé de l'article 143 nouveau correspond à celui de l'article 143 du Code civil belge.

Le libellé de l'article 143 nouveau recueille l'assentiment unanime de la commission.

Article 144 (article 144 du projet de loi n°6172)

Alinéa 1^{er}

L'alinéa 1^{er} de l'article 144 modifié reprend, sous réserve de la suppression du terme «révolu» figurant in fine, l'alinéa 3 de l'article 144 proposé dans le projet de loi n°6172.

Il ne donne pas lieu à observation.

Alinéa 2

Il est proposé, notamment dans le but de lutter contre les mariages forcés ou de complaisance, de requérir à titre de condition de fond la présence physique des deux personnes qui veulent contracter mariage devant l'officier de l'état civil.

M. le Rapporteur explique qu'actuellement, il n'y a aucune disposition légale interdisant formellement la célébration du mariage par procuration, c'est-à-dire en l'absence d'un des futurs époux.

Un représentant du groupe politique DP informe que le mariage doit obligatoirement être célébré dans la maison communale du lieu de domicile ou de résidence des futurs époux. L'article 75 du Code civil admet deux exceptions à ce principe:

1. en cas d'empêchement grave, le Procureur d'Etat territorialement compétent peut requérir l'officier de l'état civil de se rendre au domicile ou à la résidence de l'une des parties pour célébrer le mariage; et

2. en cas de péril imminent de mort de l'un des futurs époux, l'officier de l'état civil pourra s'y rendre avant toute réquisition ou autorisation du Procureur d'Etat auquel il devra ensuite, dans les plus brefs délais, faire part de la nécessité de cette célébration, hors de la maison commune.

L'orateur ajoute que pour le mariage d'un membre de la famille grand-ducale, il est de coutume que l'officier de l'état civil se rend au Palais grand-ducal aux fins de procéder à la célébration du mariage.

Il s'interroge sur le bien-fondé de la proposition de refuser à l'avenir tout mariage par procuration et estime qu'il y a lieu de prévoir des exemptions pour des causes déterminées (comme l'éloignement dû à une opération de maintien de paix, une maladie en phase terminale)

M. le Rapporteur explique que l'article 146-1 nouveau tel que proposé dans le cadre du projet de loi n°5908 est directement inspiré de l'article 146-1 du Code civil français qui dispose que «*Le mariage d'un Français, même contracté à l'étranger, requiert sa présence.*» Cette condition de comparution personnelle, introduite par la loi n°93-1027 du 24 août 1993 constitue une condition de fond du mariage régie par la loi personnelle.

L'orateur s'interroge sur la portée de cet article 146-1 nouveau proposé, notamment eu égard aux implications de droit international privé. Ainsi, pour un mariage dit mixte, la présence du futur conjoint de nationalité luxembourgeoise est requise, alors que son futur conjoint de nationalité étrangère ne doit pas être physiquement présent.

Il propose de modifier le libellé de l'alinéa 2 de la manière suivante:

«Nul ne peut contracter mariage par procuration, sauf dispense préalable à accorder pour motifs sérieux par le Procureur d'Etat.»

Une autre possibilité est de prévoir cette obligation de comparution personnelle dans le Chapitre II.- «*Des formalités relatives à la célébration du mariage*» et qui devient de sorte une condition de forme.

Le représentant du groupe politique déi gréng est d'avis qu'il ne faut pas appréhender l'inscription du principe de la comparution personnelle des futurs époux dans la seule perspective de la lutte contre les mariages de complaisance et forcés. Tenant compte des caractéristiques sociologiques propres de la société luxembourgeoise qui se caractérise par son haut degré d'immigrants, il y a lieu de prévoir des tempéraments en termes d'exceptions à la conception rigide du principe tel que proposé.

Le représentant de la sensibilité politique ADR informe les membres de la commission, en ce qui concerne les mariages de complaisance et forcés, que bon nombre de tels mariages impliquant des personnes résidant au Luxembourg sont, en vue de contourner la législation luxembourgeoise, contractés auprès des administrations communales de la région limitrophe française.

La commission décide de revenir à l'article 144, alinéa 2.

La loi régissant les conditions de fond, de forme et les effets du mariage d'un mariage célébré au Luxembourg

- ❖ Les *conditions de fond du mariage* comme la capacité et le consentement relèvent de la loi personnelle de l'époux, même résidant à l'étranger (article 3 du Code civil).

Ainsi, aux termes de l'article 170 du Code civil, un Luxembourgeois qui se marie à l'étranger est tenu de respecter les conditions de fond de la loi luxembourgeoise et celles relatives à la publication telles que prévues par l'article 63 du Code civil.

Dans le cas de figure d'un mariage dont l'un des futurs conjoints est de nationalité luxembourgeoise ou réside habituellement au Luxembourg, chacun des deux futurs époux doit satisfaire aux conditions de fond (point 1° de l'article 171). Dans le cas de figure où aucun des deux futurs conjoints a la nationalité luxembourgeoise ou ne résident pas au Luxembourg, le mariage doit être célébré si chacun de deux futurs conjoints remplit les conditions de fond exigées par la loi applicable à son statut personnel (point 2° de l'article 171).

- ❖ Les *conditions de forme du mariage* comme les formalités à accomplir, le caractère laïc ou religieux du mariage sont soumis en principe à la loi du lieu de célébration.
- ❖ Les *effets du mariage* comme les obligations personnelles (obligation de fidélité, assistance) sont régis par la loi personnelle de l'époux.

La reconnaissance d'un mariage célébré à l'étranger au Luxembourg

Le principe

Le principe général est que le mariage valablement conclu selon le droit de l'Etat de la célébration ou qui y devient ultérieurement valable selon ce droit, doit être reconnu au Luxembourg. Cette reconnaissance découle de la Convention sur la célébration et la reconnaissance de la validité des mariages signée à La Haye le 14 mars 1978 et approuvée par une loi du 20 décembre 1990.

Il convient de noter que l'article 8, point 3. de la Convention précitée exclut explicitement les mariages par procuration de ses dispositions relatives à la reconnaissance de la validité d'un mariage.

Ainsi, il y a lieu de différencier entre le volet de la reconnaissance d'un mariage valablement conclu à l'étranger et les effets sur le plan juridique qui vont de pair, comme au niveau du droit fiscal, droit de la sécurité sociale, droit de la filiation et le volet de la célébration d'un mariage au Luxembourg de deux personnes, dont l'un ou les deux futurs époux sont de nationalité étrangère.

L'ordre public de droit international privé et national

L'ordre public est une notion fonctionnelle «*qui permet, dans un cas particulier, qu'il soit dérogé à la force obligatoire des actes juridiques privés*³». Il s'agit d'une règle impérative que les parties ne peuvent écarter et qui répond à des exigences fondamentales d'un ordre juridique donné.

³ François Rigaux, Droit international privé, Tome I, Théorie générale, Larcier

L'ordre public en droit international privé est une «[n]otion particulariste d'un Etat ayant pour effet de rejeter toute règle ou décision étrangère qui entraînerait la naissance d'une situation contraire aux principes fondamentaux du droit national⁴».

En matière de conflits de lois, le juge luxembourgeois «[...] peut s'arbitrer derrière l'ordre public pour écarter une loi étrangère normalement applicable, lorsque son application porterait atteinte aux règles constituant les fondements politiques, juridiques, économiques et sociaux de la société luxembourgeoise⁵».

La transcription

La transcription est «une formalité de publicité de certains actes juridiques, qui consiste à recopier totalement ou partiellement l'acte sur un registre officiel⁶» et vise à rendre ledit mariage opposable vis-à-vis des tiers.

4. Divers

M. le Président informe les membres de la commission que l'échange de vues avec la Commission juridique du Conseil d'Etat au sujet de la réforme projeté du Titre V. «Mariage» du Livre I^{er} du Code civil aura lieu le **mercredi 8 février 2012 à 15h00** dans les locaux du Conseil d'Etat.

Le secrétaire,
Laurent Besch

Le Président,
Gilles Roth

⁴ Lexique des termes juridiques 2012, 19^e édition, Dalloz

⁵ idem

⁶ idem

15

CHAMBRE DES DÉPUTÉS

Session ordinaire 2011-2012

LB/pk

Commission juridique

Procès-verbal de la réunion du 25 janvier 2012

ORDRE DU JOUR :

1. Echange de vues avec le Procureur général d'Etat au sujet de l'application des modifications introduites au Code pénal par la loi du 16 juillet 2011
2. 5914 Projet de loi ayant pour objet de modifier l'âge légal du mariage et les dispositions y afférentes, ainsi que d'abroger les délais de viduité et de compléter certaines dispositions du Code civil
- Rapporteur: Monsieur Paul-Henri Meyers
- 5908 Projet de loi ayant pour objet de lutter contre les mariages et partenariats forcés ou de complaisance ainsi que de modifier et compléter certaines dispositions:
- du Code civil
- du Nouveau Code de procédure civile
- du Code pénal
- 5155 Projet de loi portant réforme du divorce
- Rapporteur: Madame Christine Doerner
- 5867 Projet de loi relatif à la responsabilité parentale
- Rapporteur: Madame Christine Doerner
- 6039 Projet de loi portant modification de certaines dispositions du Code civil
- 6172 Projet de loi portant réforme du mariage et de l'adoption et modifiant :
 - a) le Code civil
 - b) le Nouveau Code de procédure civile
 - c) le Code d'instruction criminelle
 - d) la loi modifiée du 16 avril 1979 fixant le statut général des fonctionnaires de l'Etat
 - e) la loi modifiée du 24 décembre 1985 fixant le statut général des fonctionnaires communaux
 - f) la loi modifiée du 14 mars 1988 portant création d'un congé d'accueil pour salariés du secteur privé
 - g) la loi du 23 octobre 2008 sur la nationalité luxembourgeoise
- Continuation des travaux

3. Débat d'orientation sur le rapport d'activité du Médiateur (2010-2011)
- Echange de vues au sujet des recommandations n°25, n°35, n°36, n°44 et n°45

*

Présents : M. Xavier Bettel, M. Alex Bodry, M. Félix Braz, Mme Christine Doerner, M. Léon Gloden, M. Jacques-Yves Henckes, M. Paul-Henri Meyers, Mme Lydie Polfer, M. Gilles Roth, M. Lucien Weiler

M. François Biltgen, Ministre de la Justice

M. Jeannot Berg, Mme Jeannine Dennewald, Mme Marie-Anne Ketter, Mme Claudine Konsbruck, du Ministère de la Justice

M. Robert Biever, Procureur général d'Etat

M. Laurent Besch, de l'administration parlementaire

Excusés : Mme Lydie Err, M. Jean-Pierre Klein

*

Présidence : M. Gilles Roth, Président de la Commission

*

1. **Echange de vues avec le Procureur général d'Etat au sujet de l'application des modifications introduites au Code pénal par la loi du 16 juillet 2011**

Explications de M. le Procureur général d'Etat

(Application dans le temps de l'article 372 du Code pénal dans sa teneur actuelle [suppression par mégarde de la circonstance aggravante de l'attentat à la pudeur commis sans violence sur un mineur de moins de onze ans])

(i) Le volet de la prescription

M. le Procureur général d'Etat énonce, en ce qui concerne l'application d'une disposition pénale dans le temps, le principe de la *rétroactivité in mitius*. Ainsi, une loi pénale plus douce, comme celle prévoyant une diminution de la pénalité, est applicable à un fait commis avant sa promulgation et non définitivement jugé.

Ainsi, l'attentat à la pudeur commis sans violence sur une personne de moins de onze ans est soumis, en tant que délit, à un délai de prescription de l'action publique de trois ans.

L'orateur informe qu'actuellement, quatre affaires tombent sous le champ d'application de l'actuel article 372 du Code pénal, dont deux n'ont pas encore été renvoyées devant une juridiction de jugement. Pour l'une des deux affaires qui ont été renvoyées devant la Chambre criminelle et qui sont en état de délibéré, les juges ont estimé (le jugement a été rendu dans l'après-midi du mercredi 25 janvier 2012) qu'ils ne sont pas compétents comme l'infraction est n'est plus un crime, mais bien un délit.

- ❖ En ce qui concerne les faits d'attentat à la pudeur non encore prescrits et qui ont été commis depuis le 1^{er} janvier 2010, date d'entrée en vigueur des dispositions de la loi du 9 octobre 2009 renforçant le droit des victimes d'infractions pénales, la prescription de trois ans ne commence à courir qu'à partir de l'âge de dix-huit ans de la victime (cf. article 638 du Code d'instruction criminelle tel que modifié en ce sens par l'article 23 de la loi du 9 octobre 2009 précitée, Mémorial A, n°206, 2009, page 2 et suivantes).
- ❖ En ce qui concerne les faits d'attentats à la pudeur prescrits à raison de l'application de l'actuel article 372 du Code pénal et pour lesquels aucun acte d'instruction n'a été posé endéans le délai de trois ans ayant pu interrompre ladite prescription, il souligne qu'il n'existe aucun moyen juridique, comme il s'agit d'un droit acquis, de pouvoir les «*recupérer*» et ce même si on modifiait l'article 34 (l'entrée en vigueur) de la loi du 9 octobre 2009 renforçant le droit des victimes d'infractions pénales en prévoyant l'application rétroactive de la loi précitée.

(ii) Le volet des peines applicables

La pénalité applicable, pour le fait d'attentat à la pudeur non encore prescrit, est, depuis l'entrée en vigueur de la loi du 16 juillet 2011 ayant modifié l'article 372 du Code pénal, l'emprisonnement d'un an à cinq ans et une amende de 251 à 50.000 euros.

A terme, une fois que la modification proposée de l'article 372 du Code pénal soit entrée en vigueur (modification proposée dans le cadre du projet de loi n°6338 dont le vote en séance plénière est prévu pour le jeudi 2 février 2012), le fait d'attentat à la pudeur commis sans violence sur un mineur d'âge de moins de onze ans sera de nouveau qualifié de crime et assorti d'une peine de réclusion de cinq à dix ans.

Echange de vues

Un représentant du groupe politique DP souhaite recevoir plus d'informations au sujet de l'affaire des abus sur mineurs perpétrés par des représentants de l'Eglise catholique, notamment en ce qui concerne les suites judiciaires y réservées.

L'orateur, tout en constatant que certains auteurs de faits d'attentat à la pudeur pourraient bénéficier de la mégarde législative, s'interroge si le Gouvernement ne devrait pas songer à mettre en place une indemnisation des personnes victimes directement concernées.

Le représentant du groupe politique déi gréng demande à ce qu'une liste exhaustive des affaires qui tombent sous le champ d'application de l'article 372 du Code pénal dans sa teneur actuelle soit dressée et continuée aux membres de la commission.

L'orateur estime que les victimes concernées devraient pouvoir bénéficier, sous une forme restant à définir, d'une indemnisation de la part de l'Etat luxembourgeois.

Le représentant de la sensibilité politique ADR, tout en déplorant l'absence de statistiques quelconques au sujet d'affaires d'attentat à la pudeur et de viol commis sur des mineurs d'âge, estime que seulement six pour cent desdites affaires donnent lieu à une condamnation.

Explications supplémentaires

M. le Procureur général d'Etat précise que le Président de la Chambre criminelle, dont les propos ont été relatés dans la presse, fut informé séance tenante, tant par la défense que par le représentant du parquet, des modifications apportées à l'article 372 du Code pénal.

L'orateur indique, au sujet de l'affaire des abus sur mineurs commis par des représentants de l'Eglise catholique, que tous les faits signalés sont prescrits et ne donnent partant pas lieu à des suites judiciaires.

Dans le cadre de l'information judiciaire afférente, la Police judiciaire a procédé à l'établissement des procès-verbaux et le parquet a informé les plaignants que les faits dénoncés auraient été poursuivis s'ils n'étaient pas prescrits (lesdits faits remontent aux années 60 et 70 du 20^{ième} siècle).

Le représentant du groupe politique DP fait observer que c'est pour la première fois que cette information est officiellement annoncée.

L'orateur estime, au sujet des victimes d'abus commis par des représentants de l'Eglise catholique, que cette dernière devrait, en vertu d'une obligation d'ordre morale, procéder à une indemnisation des victimes concernées.

M. le Ministre de la Justice informe les membres de la commission que l'archevêché est sur le point de procéder à la finalisation de la mise en place d'un fonds interne spécifique destiné à l'indemnisation financière des victimes.

L'orateur donne à considérer que des faits semblables auraient pu être commis dans des maisons, foyers ou encore établissements scolaires étatiques ou gérés par des organismes étatiques.

Ainsi, la question de la mise en œuvre de la responsabilité étatique et partant de celle relative à l'indemnisation éventuelle de personnes victimes d'abus dans ces subsiste.

Echange de vues portant sur le volet de l'indemnisation des personnes victimes d'un attentat à la pudeur tel que défini à l'actuel article 372 du Code pénal

M. le Ministre de la Justice estime qu'il y a lieu d'attendre l'aboutissement définitif des différents dossiers avant d'aborder dans le détail le volet de l'indemnisation des victimes concernées.

Tout en indiquant être disposé à assumer sa responsabilité politique, il consent au principe d'une responsabilité étatique et partant à envisager une indemnisation des personnes concernées.

Un représentant du groupe politique LSAP donne à considérer que chaque affaire de mœurs est différente et que la juridiction de jugement ne se prononce pas nécessairement sur la culpabilité de la personne qualifiée d'auteur du fait répréhensible.

Un représentant du groupe politique CSV fait observer que l'hypothèse de travail sous-jacente à la discussion actuelle part du principe que l'ensemble des affaires d'attentat à la pudeur prescrites auraient nécessairement abouti à une condamnation. Or, ce cas de figure est loin d'être démontré, voire certain.

Le représentant du groupe politique déi gréng estime que pour le cas de figure où la prescription est acquise et que partant la victime a subi une perte de chance d'être fixée quant à la culpabilité d'une personne accusée, elle aurait par conséquent droit à une réparation mesurée.

La situation vaut également pour la personne inculpée d'avoir perpétré un tel fait, alors qu'elle aurait pu être innocentée dans le cadre d'un procès judiciaire.

M. le Ministre de la Justice, tout en reconnaissant le caractère juridique complexe des situations visées, est d'accord sur le principe qu'une personne ayant subi un préjudice dû à cette erreur législative aurait droit une indemnisation étatique dont les modalités restent à être discutées et définies. Pour l'instant, il y a lieu d'attendre l'aboutissement des dossiers tombant sous l'égide de l'actuel article 372 du Code pénal afin de mener, dans un second temps, les réflexions et discussions qui s'imposent.

Proposition d'amender l'article 34 de la loi du 9 octobre 2009 renforçant le droit des victimes d'infractions pénales

Dans un souci de circonscrire, pour autant que possible, le cercle des personnes auteurs d'un fait constitutif de l'infraction de l'attentat à la pudeur susceptible de tomber sous le champ d'application de l'article 372 du Code pénal tel que modifié par la loi du 16 juillet 2011, il est proposé de prévoir que les dispositions de la loi du 6 octobre 2009 précitée, dont notamment celle prévoyant que le délai de prescription de l'action publique du fait délictuel de l'attentat à la pudeur commis sans violence sur un mineur de moins de onze ans ne commence à courir qu'à partir de la majorité de ce dernier (article 23 de la loi précitée ayant modifié l'article 638 du Code d'instruction criminelle), connaissent une application rétroactive. Actuellement, lesdites dispositions ne sont d'application que pour les faits commis après le 1^{er} janvier 2010, date d'entrée en vigueur de la loi du 9 octobre 2009 précitée.

Cette application rétroactive est conforme à une jurisprudence constante de la Cour européenne des droits de l'homme dont l'arrêt «*Coëme et autres c. Belgique*» du 18 octobre 2000 se lit comme suit:

«Dans un tel cas qu'il y aurait rétroactivité, la loi nouvelle devrait en effet remonter dans le temps par rapport à son entrée en vigueur pour pouvoir mettre à néant une prescription acquise. La Cour énonce que la situation de l'espèce n'entraîne cependant pas une atteinte aux droits garantis par l'article 7 car on ne peut interpréter cette disposition comme empêchant par l'effet de l'application immédiate d'une loi de procédure un allongement des délais de prescription lorsque les faits reprochés n'ont jamais été prescrits.»

M. le Ministre de la Justice donne lecture d'une proposition modificative de l'article 34 la loi précitée qui est libellée de la manière suivante:

~~«Art. 34. La présente loi entre en vigueur le 1er janvier 2010.~~

~~Les dispositions de la présente loi ne sont applicables qu'aux faits qui se sont produits après son entrée en vigueur, à l'exception de celles des articles 3, 14, 16, 19, 27, 31 et 33.~~

Les dispositions de la présente loi sont immédiatement applicables à la répression des infractions commises avant son entrée en vigueur pour autant que la prescription de ces infractions ne soit pas acquise.»

Cette modification proposée permet l'application immédiate dans le temps des dispositions des articles 637 et 638 du Code d'instruction criminelle. Ainsi, il sera permis de viser des faits punissables non prescrits qui se sont déjà produits avant le 1^{er} janvier 2010.

La commission unanime décide de reprendre cette proposition de libellé en tant qu'amendement parlementaire à adjoindre au projet de loi n°6338 portant sur la récidive internationale.

Suites de l'instruction parlementaire du projet de loi n°6338 amendé

L'avis complémentaire du Conseil d'Etat portant sur le 1^{er} amendement parlementaire portant modification de l'article 372 du Code pénal est attendu pour le 31 janvier 2012. L'amendement parlementaire tel qu'adopté par la commission ci-avant sera transmis cet après-midi au Conseil d'Etat, afin que celui-ci puisse rendre son avis complémentaire portant sur les deux amendements parlementaires.

Ainsi, le projet de rapport dûment complété peut être présenté et adopté par la Commission juridique lors de sa prochaine réunion du 1^{er} février 2012.

La commission unanime décide de demander à la Conférence des Présidents que ledit projet de loi n°6338 puisse être soumis au vote de la Chambre des Députés réunie en séance plénière le 2 février 2012.

Elle propose le temps de parole selon le modèle 1.

2. **5914** **Projet de loi ayant pour objet de modifier l'âge légal du mariage et les dispositions y afférentes, ainsi que d'abroger les délais de viduité et de compléter certaines dispositions du Code civil**

- 5908** **Projet de loi ayant pour objet de lutter contre les mariages et partenariats forcés ou de complaisance ainsi que de modifier et compléter certaines dispositions :**
 - du Code civil
 - du Nouveau Code de procédure civile
 - du Code pénal

- 5155** **Projet de loi portant réforme du divorce**

- 5867** **Projet de loi relatif à la responsabilité parentale**

- 6039** **Projet de loi portant modification de certaines dispositions du Code civil**

- 6172** **Projet de loi portant réforme du mariage et de l'adoption et modifiant :**
 - a) le Code civil
 - b) le Nouveau Code de procédure civile
 - c) le Code d'instruction criminelle
 - d) la loi modifiée du 16 avril 1979 fixant le statut général des fonctionnaires de l'Etat
 - e) la loi modifiée du 24 décembre 1985 fixant le statut général des fonctionnaires communaux
 - f) la loi modifiée du 14 mars 1988 portant création d'un congé d'accueil pour salariés du secteur privé
 - g) la loi du 23 octobre 2008 sur la nationalité luxembourgeoise

Ce point est reporté à l'ordre du jour de la prochaine réunion de la commission.

3. **Débat d'orientation sur le rapport d'activité du Médiateur (2010-2011)**
 - Echange de vues au sujet des recommandations n°25, n°35, n°36, n°44 et

n°45

Recommandation n°25 relative à une révision: 1. de la loi modifiée du 11 novembre 1970 sur les cessions et saisies des rémunérations de travail ainsi que des pensions ou rentes 2. de la loi du 26 juillet 1980 concernant l'avance et le recouvrement de pensions alimentaires par le Fonds National de Solidarité

M. le Président rappelle qu'il s'agit en l'occurrence du projet de loi n°4955 avisé par le Conseil d'Etat en date du 23 février 2010.

Le rapporteur désigné, M. Paul-Henri Meyers, informe que le Ministère de la Justice, suite aux nombreuses observations soulevées par le Conseil d'Etat dans son avis afférent, est en train d'élaborer de nouveaux amendements.

Recommandation n°35 relative à la discrimination des enfants naturels par rapport aux enfants légitimes de la loi modifiée du 19 juin 1985 concernant les allocations familiales et portant création de la Caisse nationale des Prestations familiales

M. le Président précise que cette recommandation ne concerne que le Ministère de la de la Famille et de l'Intégration.

Recommandation n°36 relative au coût et à la simplification des procédures de recouvrement de créances par voie d'huissier de justice

M. le Président résume les observations et suggestions du Médiateur qui s'interroge sur l'opportunité de prévoir la fonctionnarisation des huissiers de justice en tant qu'agents de l'administration judiciaire avec un cadre de personnel propre et correspondant à leur formation.

Le Ministère de la Justice entend procéder à une réforme de la profession de l'huissier de justice et ceci en concertation avec les représentants de la profession visée.

De même, il reste en attente des prises de position des autres ministères concernées, à savoir le Ministère des Finances et le Ministère de la Sécurité Sociale.

Recommandation n°44 relative au délai de prescription de droit commun

Le Médiateur recommande de revoir le délai de prescription extinctive de droit commun afin de le ramener à un délai plus raisonnable, qui *«en tout état de cause de devrait pas dépasser dix ans.»*

Recommandation n°45 relative à l'institution d'un organe de surveillance auprès des ordres professionnels et d'autres professions libérales

Le Ministère de la Justice a soumis la recommandation du Médiateur, à savoir l'institution d'un organe de surveillance auprès des ordres professionnels et d'autres professions libérale, aux autorités judiciaires, au Barreau respectif de Luxembourg et de Diekirch et à la Chambre des Notaires.

Il est prévu d'en discuter au Conseil de Gouvernement en vue d'une prise de position commune.

*

M. le Ministre de la Justice estime, en ce qui concerne la demande du groupe politique déi gréng du 12 janvier 2012 portant sur la définition des «*critères selon lesquels des images ou des séquences vidéo enregistrées par des caméras de surveillance peuvent être publiées afin de faire progresser des enquêtes juridiques*», que cette dernière devrait être adressée à la Commission juridique. Dans le dossier concerné, dont l'instruction est actuellement en cours, à savoir les faits de violence commis dans un train assurant la liaison Luxembourg-Pétange, la publication des images et des séquences vidéo enregistrées par les caméras fixées dans les wagons a été ordonnée sur injonction du parquet.

Le représentant du groupe politique déi gréng propose de traiter cette demande dans une réunion jointe ensemble avec les membres de la Commission des Affaires intérieures, de la Grande Région et de la Police et ceci en présence du Ministre de la Justice, ainsi que du Procureur général d'Etat.

Cette proposition rencontre l'accord unanime des membres de la commission.

Cet échange de vues aura lieu au courant du mois de février ou de mars 2012.

Le secrétaire,
Laurent Besch

Le Président,
Gilles Roth

14

CHAMBRE DES DEPUTES

Session ordinaire 2011-2012

LB/pk

Commission juridique

Procès-verbal de la réunion du 18 janvier 2012

ORDRE DU JOUR :

1. 6272 **Projet de loi portant**
 - introduction de la médiation en matière civile et commerciale dans le Nouveau Code de procédure civile;
 - transposition de la Directive 2008/52/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 mai 2008 sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale;
 - modification de la loi modifiée du 10 août 1991 sur la profession d'avocat
 - modification de l'article 3, paragraphe (1), point 1. de la loi du 3 août portant mise en application du règlement (CE) n° 4/2009 du 18 décembre 2008 relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions et la coopération en matière d'obligations alimentaires, modifiant le Nouveau Code de procédure civile; et
 - modification des articles 491-1 et 493-1 du Code civil
 - Rapporteur: Monsieur Léon Gloden

- 4969 **Proposition de loi portant introduction de la médiation civile et commerciale dans le Nouveau Code de Procédure Civile**
 - Auteur: Madame Lydie Err

 - Examen du deuxième avis complémentaire du Conseil d'Etat
 - Présentation et adoption d'un projet de rapport

2. 6230 **Projet de loi portant adaptation du droit interne aux dispositions du Statut de Rome de la Cour pénale internationale, approuvé par une loi du 14 août 2000 portant approbation du Statut de Rome de la Cour pénale internationale, fait à Rome, le 17 juillet 1998**
 - Rapporteur: Monsieur Paul-Henri Meyers
 - Présentation et adoption d'un projet de rapport

3. 6231 **Projet de loi réglementant les modalités de la coopération avec la Cour pénale internationale**
 - Rapporteur: Monsieur Paul-Henri Meyers
 - Présentation et adoption d'un projet de rapport

4. 6338 **Projet de loi relative à la récidive internationale**
 - Rapporteur: Monsieur Gilles Roth
 - Présentation et adoption d'un projet de rapport

5. 5914 Projet de loi ayant pour objet de modifier l'âge légal du mariage et les dispositions y afférentes, ainsi que d'abroger les délais de viduité et de compléter certaines dispositions du Code civil
- Rapporteur: Monsieur Paul-Henri Meyers
- 5908 Projet de loi ayant pour objet de lutter contre les mariages et partenariats forcés ou de complaisance ainsi que de modifier et compléter certaines dispositions:
- du Code civil
- du Nouveau Code de procédure civile
- du Code pénal
- 5155 Projet de loi portant réforme du divorce
- Rapporteur: Madame Christine Doerner
- 5867 Projet de loi relatif à la responsabilité parentale
- Rapporteur: Madame Christine Doerner
- 6039 Projet de loi portant modification de certaines dispositions du Code civil
- 6172 Projet de loi portant réforme du mariage et de l'adoption et modifiant :
a) le Code civil
b) le Nouveau Code de procédure civile
c) le Code d'instruction criminelle
d) la loi modifiée du 16 avril 1979 fixant le statut général des fonctionnaires de l'Etat
e) la loi modifiée du 24 décembre 1985 fixant le statut général des fonctionnaires communaux
f) la loi modifiée du 14 mars 1988 portant création d'un congé d'accueil pour salariés du secteur privé
g) la loi du 23 octobre 2008 sur la nationalité luxembourgeoise

- Continuation des travaux

*

Présents : M. Xavier Bettel, M. Alex Bodry, M. Félix Braz, Mme Christine Doerner, Mme Lydie Err, M. Léon Gloden, M. Jacques-Yves Henckes, M. Jean-Pierre Klein, M. Paul-Henri Meyers, Mme Lydie Polfer, M. Gilles Roth, M. Lucien Weiler

Mme Viviane Loschetter, députée (*observateur*)

M. François Biltgen, Ministre de la Justice

Mme Jeannine Dennewald, Mme Marie-Anne Ketter, du Ministère de la Justice

M. Laurent Besch, de l'administration parlementaire

*

Présidence : M. Gilles Roth, Président de la Commission

*

1. 6272 Projet de loi portant

- introduction de la médiation en matière civile et commerciale dans le Nouveau Code de procédure civile;
- transposition de la Directive 2008/52/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 mai 2008 sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale;
- modification de la loi modifiée du 10 août 1991 sur la profession d'avocat
- modification de l'article 3, paragraphe (1), point 1. de la loi du 3 août portant mise en application du règlement (CE) n° 4/2009 du 18 décembre 2008 relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions et la coopération en matière d'obligations alimentaires, modifiant le Nouveau Code de procédure civile; et
- modification des articles 491-1 et 493-1 du Code civil

4969 Proposition de loi portant introduction de la médiation civile et commerciale dans le Nouveau Code de Procédure Civile

- Auteur: Madame Lydie Err

- Examen du deuxième avis complémentaire du Conseil d'Etat
- Présentation et adoption d'un projet de rapport

Examen du deuxième avis complémentaire du Conseil d'Etat du 17 janvier 2012

Amendement portant sur l'article 1251-3 du Nouveau Code de procédure civile

Les amendements proposés ne donnent pas lieu à observation de la part du Conseil d'Etat.

Amendement portant sur l'article 1251-13 du Nouveau Code de procédure civile

Le Conseil d'Etat «*insiste également sur l'ajout de ces termes [ndlr: «ou dispensé de l'agrément conformément à l'article 1251-3, paragraphe (1), alinéa 3»] aux autres articles prévoyant le recours à un médiateur agréé et notamment aux articles 1251-17 et 1251-18 du Nouveau Code de procédure civile.*»

La commission, sur proposition de M. le Rapporteur, décide de faire sienne cette suggestion du Conseil d'Etat.

Le projet de rapport sera complété en ce sens.

Présentation et adoption du projet de rapport

M. le Rapporteur présente succinctement son projet de rapport et indique qu'il a précisé, afin de garantir la qualité de la médiation, que le règlement grand-ducal prévu à la deuxième phrase de l'alinéa 2 du point 3. du paragraphe (2) fixera également les règles relatives à la formation continue. Ceci permettra au ministre de la Justice de retirer l'agrément, notamment au cas où le titulaire d'un agrément n'aura pas suivi les cours de formation continue.

L'auteur de la proposition de loi n°4969 aimerait disposer d'informations supplémentaires au sujet (i) de la médiation familiale et (ii) de la rémunération du médiateur.

- *médiation familiale*: L'oratrice fait observer que la médiation familiale ne tombe sous le champ de la médiation judiciaire que si elle est, d'emblée, ordonnée dans le cadre d'une procédure judiciaire et que cette médiation familiale ne peut être confiée à un médiateur

agréé, ou dans le cas de figure d'un litige transfrontalier, à un médiateur dispensé de l'agrément conformément à l'article 1251-3, paragraphe (1), alinéa 3.

Elle estime nécessaire, afin de continuer de garantir la qualité des médiations conventionnelles proposées par les associations œuvrant dans le domaine social, thérapeutique et familial (les dénommés ASTF), donc qui n'interviennent pas dans le cadre d'une médiation judiciaire, d'aviser et de suggérer aux personnes de consulter un médiateur agréé à cette fin.

M. le Ministre de la Justice donne à considérer que l'accord issu d'une médiation conventionnelle est soumis au contrôle du juge dans le cadre de la demande d'homologation dudit accord.

- *rémunération du médiateur*: L'oratrice est d'avis que le mode de rémunération retenu, à savoir prévoir une tarification fixée par décision prise en Conseil de Gouvernement de la médiation judiciaire assurée par un médiateur agréé, reviendrait à créer certaines distorsions entre le médiateur non agréé et le médiateur agréé, notamment comme le médiateur non agréé, ne disposant pas nécessairement du même niveau de formation et qualification que celui requis pour le médiateur agréé, n'est pas soumis à un régime de tarification. Ainsi, le médiateur non agréé peut appliquer des tarifs libres.

M. le Ministre de la Justice explique que «le médiateur non agréé» n'est pas une profession réglementée de sorte qu'il n'est point autorisé, d'un point de vue constitutionnel et légal, de la soumettre à un quelconque régime de tarification.

Il précise que le médiateur agréé n'est assujéti à un régime de tarification que pour autant qu'il intervienne dans le cadre d'une médiation judiciaire. L'objectif affirmé étant de favoriser le recours à la médiation judiciaire en tant que mode alternatif de prévention, de gestion et de résolution d'un conflit entre parties, il convient de stimuler et d'assurer son succès par la biais de l'encadrement du volet financier.

Il convient de noter que le régime de la tarification intervient indépendamment du volet de l'assistance judiciaire.

Le projet de règlement grand-ducal afférent sera présenté aux membres de la commission dès qu'il aura été avisé par le Conseil de Gouvernement (prévu au courant du mois de février 2012).

Soumis au vote, le projet de rapport recueille l'accord unanime de la commission.

La Commission juridique opte pour le temps de parole selon le modèle 1 pour la discussion en séance plénière.

2. 6230 Projet de loi portant adaptation du droit interne aux dispositions du Statut de Rome de la Cour pénale internationale, approuvé par une loi du 14 août 2000 portant approbation du Statut de Rome de la Cour pénale internationale, fait à Rome, le 17 juillet 1998

M. le Rapporteur présente succinctement son projet de rapport qui recueille l'accord unanime de la commission.

3. 6231 Projet de loi réglementant les modalités de la coopération avec la Cour pénale internationale

M. le Rapporteur explique brièvement que le Gouvernement luxembourgeois a, par le biais d'un courrier du ministère de la Justice envoyé au ministère des Affaires étrangères (dont une copie a été transmise par courrier électronique en date du 13 janvier 2012 aux membres de la commission), procédé aux deux déclarations afférentes au sujet

- (i) de l'application de l'article 87, paragraphe (1), point a) du Statut; et
- (ii) de l'application de l'article 103, paragraphe (1), points a) et b) du Statut.

La commission unanime adopte le projet de rapport.

Sur proposition de M. le Rapporteur et de l'accord unanime de la Commission juridique, les projets de loi n°6130 et n°6131 sont regroupés et seront présentés et votés ensemble lors de la séance publique du 31 janvier 2012 (date confirmée par décision de la Conférence des Présidents ayant eu lieu au cours de l'après-midi du 18 janvier 2012).

Le temps de parole proposé étant le modèle 1.

4. 6338 Projet de loi relative à la récidive internationale
- Rapporteur: Monsieur Gilles Roth
- Présentation et adoption d'un projet de rapport

M. le Rapporteur explique, à raison de l'amendement parlementaire visant à introduire un article 3 nouveau au texte de loi proposé modifiant l'article 372 du Code pénal (cf. remarque finale figurant aux pages 6 à 8 ci-après), que la présentation et l'adoption du projet de rapport sont reportées à une prochaine réunion de la commission.

5. 5914 Projet de loi ayant pour objet de modifier l'âge légal du mariage et les dispositions y afférentes, ainsi que d'abroger les délais de viduité et de compléter certaines dispositions du Code civil

- 5908** **Projet de loi ayant pour objet de lutter contre les mariages et partenariats forcés ou de complaisance ainsi que de modifier et compléter certaines dispositions:**
- du Code civil
- du Nouveau Code de procédure civile
- du Code pénal
- 5155** **Projet de loi portant réforme du divorce**
- 5867** **Projet de loi relatif à la responsabilité parentale**
- 6039** **Projet de loi portant modification de certaines dispositions du Code civil**
- 6172** **Projet de loi portant réforme du mariage et de l'adoption et modifiant :**
a) le Code civil
b) le Nouveau Code de procédure civile
c) le Code d'instruction criminelle
d) la loi modifiée du 16 avril 1979 fixant le statut général des fonctionnaires de l'Etat
e) la loi modifiée du 24 décembre 1985 fixant le statut général des fonctionnaires communaux
f) la loi modifiée du 14 mars 1988 portant création d'un congé d'accueil pour salariés du secteur privé
g) la loi du 23 octobre 2008 sur la nationalité luxembourgeoise

M. le Ministre de la Justice informe les membres de la commission que le projet de loi n°6172 portant réforme du mariage et de l'adoption et modifiant: a) le Code civil b) le Nouveau Code de procédure civile c) le Code d'instruction criminelle d) la loi modifiée du 16 avril 1979 fixant le statut général des fonctionnaires de l'Etat e) la loi modifiée du 24 décembre 1985 fixant le statut général des fonctionnaires communaux f) la loi modifiée du 14 mars 1988 portant création d'un congé d'accueil pour salariés du secteur privé g) la loi du 23 octobre 2008 sur la nationalité luxembourgeoise sera scindé et comportera désormais deux parties distinctes, l'une relative à la réforme du mariage et l'autre relative à l'adoption.

Ainsi, il est proposé de réformer l'ensemble du Titre V. Du mariage du Livre I^{er} du Code civil.

Ce point est, à défaut de disposer du temps requis, reporté à l'ordre du jour de la prochaine réunion de la commission.

*

M. le Président informe les membres de la commission qu'il a donné, en sa qualité de président de la Commission juridique, des informations supplémentaires à la presse suite aux déclarations d'un magistrat rapportées par les médias au sujet des **modifications apportées par la loi du 16 juillet 2011 à l'endroit des articles 372, 375, 376, 377, 379, 379bis, 380, 383, 383bis, 383ter, 384 et 385-2 du Code pénal et à l'endroit des articles 5-1 et 7-4 du Code d'instruction criminelle.**

Il s'avère que l'alinéa 2 de l'article 372 prévoyant une circonstance aggravante pour l'attentat à la pudeur commis sur la personne d'un enfant âgé de moins de 11 ans accomplis n'a pas été repris dans le cadre de la loi du 16 juillet 2011, alors que tel n'a pas été l'intention des membres de la Commission juridique.

M. le Ministre de la Justice explique que tel n'a non plus été l'intention du Ministère de la Justice.

L'orateur souligne que les autorités judiciaires étaient également associées aux travaux préparatoires du projet de loi et s'étaient notamment prononcées en faveur de l'introduction d'un seuil unique pour les infractions d'attentat à la pudeur et de viol.

En effet, l'ancien article 372 du Code pénal relatif à l'infraction de l'attentat à la pudeur et l'ancien article 375 du même code relatif à l'infraction du viol prévoyaient des seuils d'âge différents, à savoir 14 ans, respectivement 16 ans. Cette différence quant aux seuils d'âge a entraîné dans le temps des problèmes d'application dans certaines affaires pénales. Ainsi, le projet de loi initial prévoyait partant un seuil d'âge de 14 ans pour les 2 infractions. Ledit seuil a été, suite aux discussions afférentes menées au sein de la Commission juridique, relevé à 16 ans et ce en vue de renforcer la protection des mineurs.

Il répète qu'il n'était pas l'intention du Gouvernement de vouloir alléger les peines prévues.

Le champ d'application *ratione materiae* de l'infraction d'attentat à la pudeur a été généralisé, à savoir qu'il tombe sous le coup de la loi pénale lorsqu'il est commis sans violences ni menaces. Ainsi, l'objet recherché était clairement celui de vouloir étendre le champ d'application de l'infraction.

Le nouvel article 377 du Code pénal prévoit une circonstance aggravante pour l'attentat à la pudeur, lorsque l'auteur des faits est une personne qui abuse de l'autorité que lui confèrent ses fonctions ou lorsque la victime est une personne dont la particulière vulnérabilité (due notamment à son âge ou à une déficience) est apparente ou connue de l'auteur. Dans ce cas, le minimum de la peine sera porté à 2 ans.

Il faut de même souligner que le délai de prescription court uniquement à partir de la majorité de la victime.

D'autres mesures de protection importantes ont été introduites par la loi du 16 juillet 2011, tel l'élargissement de l'infraction de l'attentat à la pudeur et de l'infraction du viol, où l'absence de consentement suffit, l'incrimination de la diffusion de matériel violent ou pornographique à des mineurs et l'incrimination de la simple consultation de matériel pédophile tout comme le «grooming».

Quant à la disposition que la peine de prison sera de cinq à dix ans si l'enfant est mineur de 11 ans, l'orateur donne à considérer qu'elle a effectivement disparu par mégarde du Code pénal et ce malgré les nombreuses consultations et discussions lors de la phase préparatoire au projet de loi, que lors de la phase législative.

Finalement, il estime que le débat public au sujet des projets de loi relevant de la compétence de la Commission juridique devrait se caractériser par une assise plus large afin que le grand public puisse prendre plus amplement connaissance des modifications législatives proposées.

M. le Ministre de la Justice informe les membres de la Commission juridique qu'un projet de loi visant à transposer de nouvelles dispositions arrêtées au niveau de l'Union européenne dont l'objectif est de renforcer davantage la protection des enfants mineurs contre des abus sexuels sera présenté et adopté au cours du Conseil de Gouvernement du 27 janvier 2012 et ensuite déposé à la Chambre des Députés.

Le représentant de la sensibilité politique ADR fait observer que les peines prévues en vertu de la loi du 16 juillet 2011 en matière des infractions de l'attentat à la pudeur et le viol

(Chapitre V du Titre VII du Livre II du Code pénal) sont les moins élevées comparées à la législation afférente dans nos pays voisins.

L'orateur informe que la sensibilité politique ADR envisage de déposer un amendement parlementaire modificatif en ce sens.

Il estime utile, en vue de faciliter l'instruction parlementaire de tout projet de loi visant à abroger une disposition législative, qu'un tableau synoptique reprenant le texte actuel et le texte proposé soit joint au projet de loi afférent.

Un représentant du groupe politique DP estime en l'espèce qu'une erreur a été commise et qu'il faut en tirer les conséquences au niveau de la méthode de travail législatif.

Le représentant du groupe politique déi gréng soutient ces propos et demande à ce qu'on procède à vérifier les éléments qui ont fait défaut en l'espèce en vue d'améliorer la méthode de travail.

Un représentant du groupe politique LSAP met en garde de se précipiter dans une logique de surenchère au vu de la pression de l'opinion publique, alors que la loi du 16 juillet 2011 a été votée à l'unanimité par les membres du Parlement.

Il donne à considérer que l'infraction de l'attentat à la pudeur reste toujours punissable et estime qu'il n'y pas lieu de déposer une loi spécifique visant à réintroduire l'ancienne disposition relative à la circonstance aggravante.

Un représentant du groupe politique CSV précise, en ce qui concerne l'application *ratione temporis* des nouvelles dispositions modificatives du Code pénal introduites par la loi du 16 juillet 2011 (Mémorial A, n°152 du 25 juillet 2011), que seuls les faits d'attentats à la pudeur commis et poursuivis depuis son entrée en vigueur (le 28 juillet 2011) tombent sous le coup du nouvel article 372 du Code pénal. Ainsi, il faut agir vite en vue de réintroduire la circonstance aggravante de l'attentat à la pudeur commis sur un mineur âgé de moins de 11 ans accomplis.

Il est proposé de réintroduire la circonstance aggravante et la peine y associée de l'attentat à la pudeur commis sur un mineur âgé de moins de 11 ans accomplis par le biais d'un amendement parlementaire dans le cadre du projet de loi n°6338 relative à la récidive internationale.

Ainsi, un article 3 nouveau est introduit au texte du projet de loi n°6338 précité et qui se lit de la manière suivante:

«Art. 3. L'alinéa 2 de l'article 372 du Code pénal est complété comme suit:

„Art. 372. (L. 16 juillet 2011) 1° *Tout attentat à la pudeur, commis sans violence ni menaces sur des personnes de l'un ou de l'autre sexe sera puni d'un emprisonnement de huit jours à un an et d'une amende de 251 à 10.000 euros.*

2° *L'attentat à la pudeur, commis avec violence ou menaces sur des personnes de l'un ou de l'autre sexe sera puni d'un emprisonnement d'un mois à trois ans et d'une amende de 251 à 20.000 euros.*

3° *L'attentat à la pudeur, commis sur la personne ou à l'aide de la personne d'un enfant de l'un ou de l'autre sexe, âgé de moins de seize ans sera puni d'un emprisonnement d'un à cinq ans et d'une amende de 251 à 50.000 euros.*

*La peine sera la réclusion de cinq à dix ans, si l'attentat a été commis avec violence ou menaces **ou si l'enfant était âgé de moins de onze ans accomplis.**»*

Cet amendement parlementaire est adopté à l'unanimité des membres de la Commission juridique.

M. le Ministre de la Justice propose d'entendre M. le Procureur général d'Etat en ses explications, notamment au sujet de l'application dans le temps des nouvelles dispositions du Code pénal lors de la prochaine réunion de la commission. Cette suggestion recueille l'accord unanime des membres de la Commission juridique.

Le secrétaire,
Laurent Besch

Le Président,
Gilles Roth

13

CHAMBRE DES DÉPUTÉS

Session ordinaire 2011-2012

LB/pk

Commission juridique

Procès-verbal de la réunion du 11 janvier 2012

ORDRE DU JOUR :

1. 6272 **Projet de loi portant**
 - introduction de la médiation en matière civile et commerciale dans le Nouveau Code de procédure civile;
 - transposition de la Directive 2008/52/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 mai 2008 sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale;
 - modification de la loi modifiée du 10 août 1991 sur la profession d'avocat;
 - l'article 3, paragraphe (1), point 1. de la loi du 3 août 2011 portant mise en application du règlement (CE) n° 4/2009 du 18 décembre 2008 relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions et la coopération en matière d'obligations alimentaires, modifiant le Nouveau Code de procédure civile; et
 - les articles 491-1 et 493-1 du Code civil
 - Rapporteur: Monsieur Léon Gloden
 - Examen de l'avis complémentaire du Conseil d'Etat

2. 5914 **Projet de loi ayant pour objet de modifier l'âge légal du mariage et les dispositions y afférentes, ainsi que d'abroger les délais de viduité et de compléter certaines dispositions du Code civil**
 - Rapporteur: Monsieur Paul-Henri Meyers
 - Continuation de l'examen du projet de loi et de l'avis du Conseil d'Etat

- 5908 **Projet de loi ayant pour objet de lutter contre les mariages et partenariats forcés ou de complaisance ainsi que de modifier et compléter certaines dispositions:**
 - du Code civil
 - du Nouveau Code de procédure civile
 - du Code pénal

- 5155 **Projet de loi portant réforme du divorce**
 - Rapporteur : Madame Christine Doerner

- 5867 **Projet de loi relatif à la responsabilité parentale**
 - Rapporteur : Madame Christine Doerner

- 6039 **Projet de loi portant modification de certaines dispositions du Code civil**

- 6172 Projet de loi portant réforme du mariage et de l'adoption et modifiant :
- a) le Code civil
 - b) le Nouveau Code de procédure civile
 - c) le Code d'instruction criminelle
 - d) la loi modifiée du 16 avril 1979 fixant le statut général des fonctionnaires de l'Etat
 - e) la loi modifiée du 24 décembre 1985 fixant le statut général des fonctionnaires communaux
 - f) la loi modifiée du 14 mars 1988 portant création d'un congé d'accueil pour salariés du secteur privé
 - g) la loi du 23 octobre 2008 sur la nationalité luxembourgeoise

3. 6338 Projet de loi relative à la récidive internationale
- Désignation d'un rapporteur
 - Présentation du projet de loi et examen de l'avis du Conseil d'Etat

*

Présents : M. Xavier Bettel, M. Alex Bodry, M. Félix Braz, Mme Christine Doerner, Mme Lydie Err, M. Léon Gloden, M. Jacques-Yves Henckes, M. Jean-Pierre Klein, M. Paul-Henri Meyers, M. Gilles Roth, M. Lucien Weiler

Mme Viviane Loschetter, observatrice

M. François Biltgen, Ministre de la Justice

Mmes Jeannine Dennewald, Mme Sophie Hoffmann et Mme Marie-Anne Ketter, du Ministère de la Justice

M. Laurent Besch, de l'administration parlementaire

Excusée : Mme Lydie Polfer

*

Présidence : M. Gilles Roth, Président de la Commission

*

1. 6272 **Projet de loi portant**
- **introduction de la médiation en matière civile et commerciale dans le Nouveau Code de procédure civile;**
 - **transposition de la Directive 2008/52/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 mai 2008 sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale;**
 - **modification de la loi modifiée du 10 août 1991 sur la profession d'avocat;**
 - **l'article 3, paragraphe (1), point 1. de la loi du 3 août 2011 portant mise en application du règlement (CE) n° 4/2009 du 18 décembre 2008 relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions et la coopération en matière d'obligations alimentaires, modifiant le Nouveau Code de procédure civile; et**

- les articles 491-1 et 493-1 du Code civil
4969 Proposition de loi portant introduction de la médiation civile et commerciale dans le Nouveau Code de procédure civile

Examen de l'avis complémentaire du Conseil d'Etat du 16 décembre 2011

Dispositif et modification de l'intitulé du projet de loi

La commission fait siennes les propositions émises par le Conseil d'Etat.

Amendements à l'article I, point 2 nouveau

Article 1251-1

La commission unanime reprend la suggestion du Conseil d'Etat d'ajouter le terme «*indivision*» à la suite des mots «*communauté de biens*».

Article 1251-2

Cet article ne donne pas lieu à observation.

Article 1251-3

M. le Rapporteur rappelle que les observations du Conseil d'Etat à l'égard de l'article 1251-3 amendé ont été examinées lors de la réunion de la commission du lundi 9 janvier 2012. Un amendement complémentaire a été envoyé pour avis au Conseil d'Etat.

Le deuxième avis complémentaire du Conseil d'Etat est attendu pour le mardi 17 janvier 2012.

Article 1251-4

La commission unanime décide de maintenir l'article sous rubrique qui définit le litige transfrontalier. Les membres de la commission, contrairement au Conseil d'Etat, estiment utile de maintenir la distinction entre le litige national et le litige transfrontalier.

Articles 1251-5 à 1251-9

Ces articles ne donnent pas lieu à observation de la part du Conseil d'Etat.

Article 1251-12

La Commission, tout en ayant décidé de maintenir l'article 1251-4, a décidé (lors de sa réunion du 9 janvier 2012) de compléter l'article 1251-12, paragraphe (1), alinéa 1^{er} et 2 *in fine* par l'ajout suggéré par le Conseil d'Etat sous l'article 1251-3 et libellé comme suit:

«*ou dispensé de l'agrément conformément à l'article 1251-3, paragraphe (1), alinéa 3*».

Article 1251-13, 1251-15, 1251-17, 1251-18 et 1251-20

Ces articles n'appellent pas d'observations de la part du Conseil d'Etat.

Article 1251-21

L'amendement proposé rencontre l'accord de la commission.

Article 1251-22

La Commission, à l'instar de sa décision de conserver l'article 1251-4, décide de ne pas supprimer la référence au litige transfrontalier au paragraphe (1) de l'article sous examen.

Article 1251-23

La modification proposée par la Commission juridique rencontre l'accord du Conseil d'Etat.

Amendement à l'article II

L'amendement proposé faisant suite à une observation du Conseil d'Etat dans son premier avis ne donne pas lieu à observation dans son avis complémentaire.

Amendements à l'article III

Les modifications proposées n'appellent pas d'observation de la part du Conseil d'Etat.

Amendements aux articles IV et V

Les amendements proposés ne donnent pas lieu à observation.

M. le Ministre de la Justice, suite à une intervention de l'auteur de la proposition de loi n°4969, s'engage à présenter aux membres de la Commission juridique le projet de règlement grand-ducal relatif à la procédure d'agrément et de retrait d'agrément et comportant des dispositions relatives à la formation continue dès son approbation par le Conseil de Gouvernement.

L'examen du deuxième avis complémentaire du Conseil d'Etat et la présentation et l'adoption d'un projet de rapport figureront à l'ordre du jour de la réunion de la commission du 18 janvier 2012 à 09h00.

- 2. 5914 Projet de loi ayant pour objet de modifier l'âge légal du mariage et les dispositions y afférentes, ainsi que d'abroger les délais de viduité et de compléter certaines dispositions du Code civil**

- 5908** **Projet de loi ayant pour objet de lutter contre les mariages et partenariats forcés ou de complaisance ainsi que de modifier et compléter certaines dispositions:**
- du Code civil
 - du Nouveau Code de procédure civile
 - du Code pénal
- 5155** **Projet de loi portant réforme du divorce**
- 5867** **Projet de loi relatif à la responsabilité parentale**
- 6039** **Projet de loi portant modification de certaines dispositions du Code civil**
- 6172** **Projet de loi portant réforme du mariage et de l'adoption et modifiant :**
- a) le Code civil
 - b) le Nouveau Code de procédure civile
 - c) le Code d'instruction criminelle
 - d) la loi modifiée du 16 avril 1979 fixant le statut général des fonctionnaires de l'Etat
 - e) la loi modifiée du 24 décembre 1985 fixant le statut général des fonctionnaires communaux
 - f) la loi modifiée du 14 mars 1988 portant création d'un congé d'accueil pour salariés du secteur privé
 - g) la loi du 23 octobre 2008 sur la nationalité luxembourgeoise

(Observation: Les membres de la Commission juridique ont décidé d'inverser les points 2. et 3. De l'ordre du jour)

Devant le constat que les groupes politiques DP et déi gréng ne sont plus représentés par un mandataire à un certain moment de la présente réunion, M. le Président s'interroge sur l'opportunité de reporter la continuation des travaux à la prochaine réunion.

M. le Rapporteur est d'avis que les indisponibilités de différents membres de la commission dues à d'autres engagements politiques ne doivent pas être de sorte à entraver l'avancement des travaux impartis à la Commission juridique.

L'orateur se doit de constater dans ce contexte qu'il serait partant utile d'aborder plus sérieusement la question du cumul des mandats politiques (déclaration actée sur demande expresse de l'orateur).

La commission unanime décide, afin de progresser utilement dans les travaux législatifs, de continuer les travaux.

M. le Rapporteur résume la méthode de travail arrêtée par la Commission juridique au cours de sa réunion du 4 janvier 2012.

Ainsi, propose-t-il, dans un souci d'assurer une cohérence des propositions législatives et d'assurer la sécurité juridique, de préparer un projet de texte coordonné reprenant l'ensemble des modifications proposées par le Gouvernement au sujet du Titre V. Du mariage (articles 144 à 228) du Livre Premier du Code civil.

Il propose également d'inviter une délégation composée de membres de la Commission juridique du Conseil d'Etat à une réunion jointe afin d'en discuter des aspects d'ordre technique et légistique (à prévoir éventuellement au courant du mois de février 2012).

M. le Ministre de la Justice fait part de son souci de pouvoir disposer, à l'issue des travaux législatifs préparatoires, d'un texte cohérent. Il déclare favoriser l'approche consistant à examiner les différentes dispositions modificatives contenues éparpillés dans les projets de loi n°5155, n°5867, n°5908, n°5914 et n°6039.

En ce qui concerne le projet de loi n°6172, il souligne qu'il n'a pas encore été avisé par le Conseil d'Etat. A noter encore que ledit projet de loi risque de déclencher des discussions d'ordre politique au sein des différents groupes et sensibilités politiques pouvant paralyser la continuation de l'instruction parlementaire, à l'instar de la situation caractérisant l'état des travaux relatif au projet de loi n°5155 portant réforme du divorce.

L'orateur demande dès lors à concentrer a priori les travaux sur l'ensemble des aspects d'ordre technique dans le domaine législatif.

Il propose, afin de trouver un *modus vivendi* (i) au sujet d'un échéancier des travaux et (ii) quant à la méthode de travail, d'organiser une réunion, en sa présence et de ses collaborateurs, ensemble avec les membres de la Commission juridique du Conseil d'Etat ainsi que d'une délégation des membres de la Commission juridique de la Chambre des Députés.

Cette réunion aura lieu au courant de ce mois ou au plus tard au courant du mois de février 2012.

Finalement, il informe les membres de la commission que toute modification future d'une disposition du Code civil relève de la seule compétence du Ministère de la Justice.

M. le Rapporteur rappelle qu'il existe un consensus au sein des groupes et sensibilités politiques (le représentant de la sensibilité politique ADR déclare donner son accord personnel) représentés au sein de la Commission juridique quant à l'accès des unions de même sexe au mariage.

M. le Ministre de la Justice signale que la réforme des volets «*adoption*» et «*mariage*» est traitée dans un même et seul projet de loi pour des considérations d'ordre politique. Il s'agit notamment de vérifier, ensemble avec le Conseil d'Etat, si, le cas échéant, il s'avérerait plus utile de scinder le projet de loi n°6172 afin de traiter les deux volets séparément.

3. 6338 Projet de loi relative à la récidive internationale

M. Gilles Roth est désigné comme rapporteur.

Présentation du projet de loi

Le projet de loi vise à transposer en droit national la décision-cadre 2008/675/JAI du Conseil du 24 juillet 2008 relative à la prise en compte des décisions de condamnation entre les Etats membres de l'Union européenne à l'occasion d'une nouvelle procédure pénale.

L'article 3 de cette décision-cadre prévoit que tout Etat membre fait en sorte qu'à l'occasion d'une procédure pénale, des condamnations antérieures prononcées dans un autre Etat membre contre cette même personne pour des faits différents pour lesquelles des

informations ont été obtenues en vertu des instruments applicables en matière pénale d'entraide judiciaire ou d'échange d'informations extraites des casiers judiciaires, soient prises en compte dans la mesure où des condamnations nationales antérieures le sont et où les effets juridiques attachés à ces condamnations sont équivalents à ceux attachés aux condamnations nationales antérieures conformément au droit interne.

L'article 3, paragraphe 2 précise en outre que ce principe joue lors de la phase qui précède le procès pénal, lors du procès pénal lui-même et lors de l'exécution de la condamnation notamment en ce qui concerne les règles de procédure applicables.

M. le Rapporteur précise que le principe de la prise en considération d'une condamnation antérieure prononcée à l'encontre de la personne joue lors de trois phases, à savoir:

1. phase qui précède le procès pénal;
2. phase du procès pénal; et
3. phase de l'exécution de la condamnation pénale prononcée.

Examen des articles et de l'avis du Conseil d'Etat

Article 1^{er} (article I^{er} initial) – article 57-4 nouveau du Code pénal

Le Conseil d'Etat constate que l'article 57-4 qu'il est proposé d'ajouter au Code pénal «[...] n'est pas d'une lecture aisée. Le texte proposé par les auteurs reprend le libellé de l'article 3, paragraphe 1er, de la décision-cadre 2008/675 dont la lecture n'est pas plus aisée.

[...]

La décision-cadre semble soumettre la prise en considération de la décision d'un autre Etat membre à la condition d'une similitude des effets des condamnations nationales et non nationales. Or, comment le juge national pourra-t-il apprécier cette équivalence? Quelle est la nuance entre l'équivalence et l'identité des peines? Dans la pratique, le juge devra se limiter à comparer la nature et le taux des peines prévues par la loi de l'autre Etat de l'Union européenne ou prononcées par le juge de cet Etat avec celles prévues par le droit luxembourgeois. Si les peines nationales et celles du droit de l'autre Etat membre sont de nature différente et si la „naturalisation“ de la décision de l'autre Etat membre est malaisée, on voit mal comment le juge pourra procéder à une analyse en termes d'équivalence. Le Conseil d'Etat se demande si cette réserve du contrôle de l'équivalence des effets peut avoir une portée pratique et s'il ne vaut pas mieux en faire abstraction dans la loi nationale de transposition. Les critères à appliquer sont fixés dans la loi nationale. Il y a récidive si les conditions de la loi sont remplies que la décision de condamnation antérieure à prendre en considération émane d'un juge national ou d'un juge d'un autre Etat membre. Cette problématique trouvera d'ailleurs une solution dans le cadre des tableaux dits de concordance qui sont prévus dans les annexes de la décision du Conseil 2009/316/JAI du 6 avril 2009 relative à la création du système européen d'information sur les casiers judiciaires (ECRIS), en application de l'article 11 de la décision-cadre 2009/315/JAI.»

Le Conseil d'Etat soulève également une observation au sujet de la «[...] formule selon laquelle les condamnations d'autres Etats membres ne doivent être prises en compte que si des informations ont été obtenues en vertu des instruments applicables en matière d'entraide judiciaire ou d'échange d'informations extraites des casiers judiciaires». Les instruments pertinents actuels sont la Convention européenne d'entraide judiciaire en

matière pénale du 20 avril 1959 qui prévoit à l'article 13 que „la Partie requise communiquera, dans la mesure où ses autorités judiciaires pourraient elles-mêmes les obtenir en pareil cas, les extraits du casier judiciaire et tous renseignements relatifs à ce dernier qui lui seront demandés par les autorités judiciaires d'une Partie Contractante pour les besoins d'une affaire pénale“ ou encore la Convention du 29 mai 2000 relative à l'entraide judiciaire en matière pénale entre les Etats membres de l'Union européenne. La décision-cadre 2008/675 se réfère plus probablement au projet de la future décision-cadre 2009/315/JAI concernant l'organisation et le contenu des échanges d'informations extraites du casier judiciaire entre les Etats. Cette décision-cadre adoptée le 29 février 2009 est à transposer pour le 27 avril 2012.

Les incohérences et imprécisions du législateur européen ne libèrent toutefois pas le législateur luxembourgeois de respecter les principes de précision en matière pénale. De l'avis du Conseil d'Etat, la simple reprise de la référence aux „instruments applicables en matière d'entraide judiciaire ou d'échange d'informations extraites des casiers judiciaires“ dans le nouvel article 57-4 n'est pas acceptable. Différentes options sont possibles: omettre toute référence aux modalités d'obtention des informations relatives aux décisions des autres Etats membres de l'Union; ou bien attendre la transposition de la décision-cadre 2009/315 et insérer une référence aux mesures nationales de transposition; ou bien insérer une référence à cette décision-cadre qui fait d'ores et déjà partie de l'ordre juridique européen. Se pose encore la question de la place de la Convention de 1959, précitée, une fois la décision-cadre 2009/315 transposée. La première solution signifie que les modalités de l'information ne sont pas décisives, ce qui peut être source d'insécurité juridique, en attendant l'adoption de la loi nationale de transposition de la décision-cadre 2009/315 qui pourrait utilement contenir une référence à la récidive internationale. La deuxième solution signifie que le présent projet de loi ne pourra être voté qu'après le vote de la loi de transposition de la décision-cadre 2009/315. Si le vote du présent projet de loi s'impose parce que le délai de transposition est déjà venu à terme en 2010, la solution d'une référence à la décision-cadre 2009/315 qui fait partie du droit positif peut se concevoir. Cette solution prévoit partant que le Luxembourg a certes formellement transposé la décision-cadre 2008/675, mais que la prise en compte des décisions de condamnation intervenues dans d'autres Etats européens sera impossible en attendant la transposition de cette décision-cadre. Pour cette période intermédiaire, la référence à tous les instruments internationaux existants pourrait également être envisagée.

Le Conseil d'Etat note, sur ce point, que le législateur français a opté pour une assimilation de la décision d'un autre Etat membre à une décision nationale sans introduire une référence aux bases juridiques de l'obtention des informations. L'article 132-23-1 du Code pénal.

Aussi, au regard du choix opéré en France et au regard des difficultés de citer un texte précis, le Conseil d'Etat propose-t-il d'omettre toute référence aux modalités d'obtention des informations. L'adoption de la loi de transposition de la décision-cadre 2009/315, précitée, va régler la question des procédures d'information.»

Le Conseil d'Etat propose de reformuler l'article 57-4 nouveau comme suit:

«**Art. 57-4.** Les règles établies pour la récidive seront appliquées, conformément aux articles précédents, à l'exception de l'article 57-1, en cas de condamnation antérieure ayant acquis autorité de chose jugée prononcée dans un autre Etat membre de l'Union européenne contre la même personne pour des faits différents.»

Il se demande «s'il est nécessaire, aux fins de transposer la décision-cadre 2008/675/JAI précitée, de compléter le texte de l'article 57-4 par une disposition faisant référence à l'équivalence des effets juridiques de la condamnation étrangère, à l'instar du choix opéré en

France. Si les auteurs du projet de loi considèrent qu'une telle disposition s'impose, il ne faut pas se départir du texte de l'article 3, paragraphe 1er de la décision-cadre. Cette disposition qui serait ajoutée à la suite du texte proposé ci-avant aurait la teneur suivante:

«La condamnation antérieure est prise en compte dans la mesure où les effets juridiques attachés à cette condamnation sont équivalents à ceux qui sont attachés à une condamnation nationale antérieure.» ».

M. le Ministre de la Justice explique ne pas s'opposer aux deux libellés proposés par le Conseil d'Etat.

L'orateur informe les membres de la commission que l'avant-projet de loi portant transposition de la décision-cadre du 2009/316/JAI du 6 avril 2009 relative à la création du système européen d'information sur les casiers judiciaires (ECRIS) est en cours d'élaboration au Ministère de la Justice.

La commission unanime décide de reprendre les propositions de texte telles que formulées par le Conseil d'Etat.

L'article 57-4 nouveau se lit dès lors de la manière suivante:

«Art. 57-4. Les règles établies pour la récidive seront appliquées, conformément aux articles précédents, à l'exception de l'article 57-1, en cas de condamnation antérieure ayant acquis autorité de chose jugée prononcée dans un autre Etat membre de l'Union européenne contre la même personne pour des faits différents

La condamnation antérieure est prise en compte dans la mesure où les effets juridiques attachés à cette condamnation sont équivalents à ceux qui sont attachés à une condamnation nationale antérieure.»

M. le Rapporteur précise, comme l'a relevé le Conseil d'Etat à propos de l'article 132-23-2 du Code pénal français, «[...] que le législateur français a, par contre, cru nécessaire d'ajouter une disposition sur l'appréciation par le juge national de la condamnation prononcée par le juge d'un autre Etat membre de l'Union européenne.

A noter que le texte français met l'accent, d'abord, sur l'appréciation de l'équivalence en termes de qualification des faits, ce qui n'est pas sans rappeler le principe de la double incrimination. Or, force est de relever que ce type de contrôle n'est pas prévu dans la décision-cadre 2008/675. Une telle analyse ne serait d'ailleurs pertinente que dans le cadre des récidives dites spéciales. En ce qui concerne la question de l'équivalence des peines, le Conseil d'Etat renvoie aux interrogations qu'il a formulées ci-dessus.»

Ainsi, le libellé tel que repris du Conseil d'Etat par les membres de la Commission juridique signifie que le principe de la double incrimination ne joue plus nécessairement au niveau de la prise en considération de la condamnation subie par une personne dans un autre Etat membre.

A titre d'illustration, cela signifie qu'une condamnation pour fraude fiscale prononcée en République fédérale d'Allemagne sera prise en considération, quant aux effets juridiques attachés de la condamnation prononcée (et non quant à la qualification des faits reprochés), par le juge luxembourgeois, alors même que cette infraction n'est pas incriminée comme telle par la loi luxembourgeoise.

Article 2 (article II initial) – modification du tiret 2 de l’article 8 de la loi modifiée du 26 juillet 1986 relative à certains modes d’exécution des peines privatives de liberté

Cet article ne donne pas lieu à observation de la part du Conseil d’Etat.

La présentation et l’adoption d’un projet de rapport figure à l’ordre du jour de la réunion de la commission du 18 janvier 2012 à 09h00.

Le secrétaire,
Laurent Besch

Le Président,
Gilles Roth



CHAMBRE DES DEPUTES

Session ordinaire 2010-2011

LB/pk

Commission juridique

Procès-verbal de la réunion du 14 juin 2011

ORDRE DU JOUR :

- 5155 Projet de loi portant réforme du divorce
- Rapporteur: Madame Christine Doerner
- Continuation des travaux (à partir de l'article 277)

(cf. tableau synoptique transmis par courrier électronique le 6 juin 2011)

*

Présents : Mme Anne Brasseur en remplacement de M. Xavier Bettel, Mme Christine Doerner, Mme Lydie Err, M. Jacques-Yves Henckes, M. Paul-Henri Meyers, M. Gilles Roth, M. Lucien Thiel en remplacement de M. Lucien Weiler

Mme Marie-Anne Ketter, du Ministère de la Justice

M. Laurent Besch, de l'administration parlementaire

Excusés : M. Xavier Bettel, M. Alex Bodry, M. Félix Braz, M. Léon Gloden, M. Jean-Pierre Klein, Mme Lydie Polfer, M. Lucien Weiler

*

Présidence : Mme Christine Doerner, Président de la Commission

5155 Projet de loi portant réforme du divorce

Article 278

La commission unanime fait sien l'ajout proposé par le Conseil d'Etat.

L'article 278 se lit comme suit:

«Art. 278.— Lorsque le tribunal est saisi à la fois d'une demande en divorce et d'une demande en séparation de corps, le tribunal examine en premier lieu la demande en divorce. Il prononce celui-ci dès lors que les conditions en sont réunies.»

A défaut, il statue sur la demande en séparation de corps.»

[amendement]

Article 279

Le Conseil d'Etat demande à ce que l'article 279 spécifie les dispositions relatives aux effets du divorce qui seront applicables à la séparation de corps.

Mme le Rapporteur propose d'amender l'article 279 de la manière suivante:

«Art. 279.— La séparation de corps emportera toujours séparation et partage de biens.

Si la séparation de corps cesse par la réconciliation des époux, ceux-ci demeurent soumis à la séparation de biens, sauf à convenir d'un nouveau régime matrimonial en observant les règles de l'article 1397.

Les articles 254, 255, 256, 258, 259, 260, 262, 263 et 264 du Code civil, ainsi que les articles 1020 et 1030 du Nouveau code de procédure civile sont applicables à la séparation de corps.»

Cette proposition de texte recueille l'accord unanime de la commission.

[amendement]

Chapitre IV.- Des conflits de lois

Article 280

Le Conseil d'Etat fait observer que le point 4° est superfétatoire comme «[...] l'article 6 du Code civil impose d'ores et déjà aux Cour et tribunaux d'examiner, avant d'appliquer la loi étrangère, si cette loi n'est pas contraire à l'ordre public interne.»

La commission unanime fait sienne la suggestion du Conseil d'Etat, de sorte que l'article 280 est libellé de la manière suivante:

«Art. 280.— La séparation de corps et le divorce sont régis:

1. par la loi nationale des époux lorsqu'elle leur est commune;

2. par la loi de leur domicile effectif commun lorsqu'ils sont de nationalité différente;
3. par la loi du for lorsque les époux de nationalité différente n'ont pas de domicile effectif commun.
- ~~4. par la loi du for lorsque la loi nationale commune des époux est contraire à l'ordre public.»~~

Mme le Rapporteur renvoie, dans le contexte du conflit de lois, au Règlement (UE) n°1259/2010 du Conseil du 20 décembre 2010 mettant en œuvre une coopération renforcée dans le domaine de la loi applicable au divorce et à la séparation de corps, dont notamment l'article 5 (copie jointe en annexe).

B. Modification du Nouveau code de procédure civile

L'auteur du projet de loi propose d'introduire un Livre IV nouveau intitulé «*La médiation en matière de divorce ou de séparation de corps*», articles 1252 à 1262 nouveaux.

Le volet de la médiation sera abordé dans le cadre du projet de loi n°6272 portant - introduction de la médiation en matière civile et commerciale dans le Nouveau Code de la procédure civile; - transposition de la Directive 2008/52/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 mai 2008 sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale; - et modification de la loi modifiée du 10 août 1991 sur la profession d'avocat qui vise à créer un cadre législatif pour la médiation en matière civile et commerciale, tant volontaire que judiciaire et qui transpose en droit luxembourgeois la Directive 2008/52/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 mai 2008 sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale.

La commission décide partant d'abandonner le point B. de l'article I du projet de loi.

[amendement]

Article II.- Dispositions modificatives et abrogatoires

I.- Les dispositions suivantes du Code civil sont modifiées comme suit:

1) Article 212

Mme le Rapporteur propose de réintroduire le terme «*fidélité*» et se demande s'il faut garder le terme «*respect*», à l'instar de l'article 212 du Code civil français.

Elle informe les membres que l'article 213 du Code civil belge comporte toujours le terme «*fidélité*», alors que le mariage pour faute a été aboli («*Art. 213. <L 14-07-1976, art. 1>. Les époux ont le devoir d'habiter ensemble; ils se doivent mutuellement fidélité, secours, assistance.*»).

Un membre du groupe politique LSAP estime que la réintroduction du terme «*fidélité*», tout en proposant d'abroger tout simplement le divorce pour faute, n'est pas indiquée pour rester cohérente.

Un représentant du groupe politique DP est d'avis que l'utilisation du terme «*respect*» est, à raison de son caractère général, plus indiquée en l'espèce comme il peut comporter, en fonction de la conception donnée par le couple à leur du mariage, le devoir de fidélité.

La commission décide de tenir le point relatif à la réintroduction ou non du terme «*fidélité*» en suspens.

2) Article 214, alinéa 3

Mme le Rapporteur rappelle que l'alinéa 3, que la commission avait proposé d'ajouter à l'article 214, équivaut à une extension «*[...] du principe selon lequel les époux doivent l'un et l'autre contribuer aux charges du mariage à proportion de leurs facultés respectives.*»

Ladite contribution aux charges est à considérer comme une dette ménagère à charge des époux indépendamment du régime matrimonial applicable.

En cas de divorce, lors de la liquidation du régime matrimonial, l'interrogation majeure étant posée par les modalités à définir visant à compenser la perte éventuelle subie par l'un des époux dans sa carrière d'assurance de vieillesse durant le mariage, respectivement de la séparation de corps. Ainsi, cette question ne se pose que dans l'hypothèse d'un divorce d'un couple où l'un des deux époux n'a pas eu ou a abandonné son activité professionnelle.

En l'état actuel, la carrière d'assurance de vieillesse de l'époux qui ne s'adonne pas ou plus à une activité professionnelle est préjudiciée, étant donné que cet époux n'aura pas droit à une pension vieillesse, respectivement subira une perte quant à ses droits de pension. Il s'agit donc de favoriser, pour autant que possible, l'indépendance économique des deux époux dans le mariage.

L'oratrice précise que la jurisprudence française qualifie le paiement des cotisations sociales pour l'assurance vieillesse comme étant, à raison de sa régularité, une charge solidaire dans le chef des deux époux.

Les articles 170 à 173 du Livre III du Code des assurances sociales définissent l'étendue de l'assurance pension obligatoire.

L'article 170, paragraphe (1) du Code des assurances sociales dispose que «*Sont assurées obligatoirement, dans le cadre d'un régime général d'assurance pension en cas de vieillesse, d'invalidité et de survie, toutes les personnes qui exercent au Grand-Duché de Luxembourg contre rémunération une activité professionnelle soit pour le compte d'autrui, soit pour leur propre compte, ou justifient de périodes assimilées à de telles périodes d'activité professionnelle.*»

L'article 171, paragraphe (1) précise que «*Comptent comme périodes effectives d'assurance obligatoire, toutes les périodes d'activité professionnelle ou périodes y assimilées pour lesquelles des cotisations ont été versées [...]*».

Un représentant du groupe politique CSV est d'avis qu'il faut éviter une situation qui inciterait, d'un point de vue fiscal, au divorce.

Le représentant de la sensibilité politique ADR estime que pour les ménages à faible revenu l'enjeu des droits à la pension équivaut à un obstacle de divorce.

Ainsi, le divorce prononcé entre deux époux à faible revenu peut entraîner l'allocation d'un revenu minimum garanti (ci-après le RMG) dans le chef de l'un, voire des ex-époux.

Un représentant du groupe politique CSV souligne que l'allocation d'un RMG est subordonnée à une série de conditions devant être remplies au préalable dans le chef du demandeur.

En effet:

- Le revenu minimum garanti est subdivisé en 2 prestations, à savoir (i) l'allocation complémentaire et (ii) l'indemnité d'insertion.
- La gestion, l'octroi et la charge de l'allocation complémentaire incombe au Fonds National de Solidarité (ci-après le FNS), tandis que la gestion et l'octroi de l'indemnité d'insertion incombe au Service National d'Action Sociale (ci-après le SNAS). Toutefois, la charge de l'indemnité d'insertion incombe au FNS.
- Le RMG est fixé en fonction de la composition de ménage du demandeur.
- La détermination des ressources d'un ayant droit implique la prise en considération de son revenu brut intégral et de sa fortune, ainsi que les revenus et la fortune des personnes qui vivent avec lui en communauté domestique.

Sont compris dans les revenus, les revenus de remplacement dus au titre de la législation luxembourgeoise ou étrangère. Ne sont pas mis en compte, jusqu'à concurrence de 30% du revenu global garanti à la communauté domestique, les revenus de remplacement, les allocations d'éducation et de maternité, l'indemnité d'insertion et les aliments versés entre ascendants et descendants. Le salaire des enfants âgés de moins de 25 ans bénéficie en outre d'une exonération qui correspond au RMG dû pour le premier adulte.

Les autres prestations versées par la Caisse Nationale des Prestations Familiales ne sont pas prises en compte de même que les prestations de l'assurance dépendance et certains secours financiers. Sont considérés comme éléments de fortune, les dépôts sur le livret d'épargne, titres, prêts, objets de valeur, ainsi que les terrains bâtis et non bâtis sis au Luxembourg ou à l'étranger. Les ressources de la fortune se déterminent par conversion en rente viagère immédiate de la valeur globale de la fortune au moyen de multiplicateurs. Les immeubles sis au Luxembourg et appartenant aux bénéficiaires sont grevés d'une hypothèque légale au profit du FNS en vue de la garantie de la restitution de l'allocation complémentaire.

- Pour l'appréciation des ressources, il est tenu compte de certaines aides alimentaires instituées par le Code civil (obligations alimentaires) et le requérant est tenu de faire valoir ses droits aux créances d'aliments qui lui sont dues en vertu des dispositions légales. L'obligation alimentaire incombant aux proches parents doit donc passer avant l'intervention de la collectivité nationale.

L'orateur estime, en ce qui concerne la consécration de la prestation compensatoire, qu'il faut visualiser, d'un point de vue légal, le lien causal entre, d'une part, le mariage et l'activité au foyer qui en résulte et, de d'autre part, la diminution, voire l'arrêt de l'activité professionnelle dans le chef de l'un des époux.

Fonder la base de la prestation compensatoire sur le critère de la raison familiale comporterait l'obligation de modifier le droit de la famille dans son ensemble.

A contrario, l'utilisation du critère du mariage équivaut à la présomption que le ménage dispose des moyens financiers suffisants pour y subvenir.

Dans ce cas de figure, il s'agit de prévoir, au niveau des dispositions du régime primaire qui sont d'ordre public, une base légale devant permettre au tribunal de juger, eu égard aux circonstances de l'espèce et dans le cadre des opérations de liquidation du régime matrimonial, le volet de la prestation compensatoire. Lue en relation avec les dispositions de

l'article 240, la loi confère le libre choix à l'époux demandeur de proposer les modalités quant à la prestation compensatoire.

L'orateur propose d'amender l'alinéa 3 de l'article 214 du Code civil comme suit:

«Si l'un des époux s'acquitte de sa contribution par son activité au foyer, l'autre est obligé de lui fournir tout ce qui est nécessaire pour les besoins de la vie, selon ses facultés et son état, y compris la prévoyance des revenus en cas de vieillesse et d'invalidité après le divorce ou la séparation de corps.»

Le représentant du groupe politique LSAP donne à considérer qu'il faut assurer que la somme obtenue soit utilisée dans le but précis de constituer une assurance de pension facultative (article 173bis du Code des Assurances sociales) ou de compléter la carrière d'assurance de vieillesse par l'achat de périodes (article 174 du Code des assurances sociales).

La modification de l'alinéa 3 de l'article 214 est tenue en suspens.

3) Article 227

L'article ne donne pas lieu à observation.

4) Article 228

L'abrogation de l'article 228 n'appelle pas d'observation.

Mme le Rapporteur rappelle que l'abrogation du délai de viduité imposé à une femme en cas de décès de son conjoint est à mettre en relation avec l'abrogation du délai de viduité tel que proposé à l'endroit de l'article 257.

5) Article 1397, alinéa 1^{er}

L'article sous rubrique ne donne pas lieu à observation.

6) Article 1442, alinéa 2

L'article ne donne pas lieu à observation.

7) Article 1518

L'article sous rubrique n'appelle pas d'observation.

II.- Les dispositions suivantes du Nouveau code de procédure civile sont modifiées comme suit:

1) Article 405, alinéa 2

L'article ne donne pas lieu à observation.

2) Article 1029, alinéa 1^{er}

L'article sous rubrique n'appelle pas d'observation.

Article III.- Dispositions transitoires

La commission propose de remplacer au paragraphe (3) le terme «*toiser*» par celui de «*juger*».

[amendement]

Article IV.- Entrée en vigueur

L'article sous rubrique ne donne pas lieu à observation.

Ci-après les points tenus en suspens et nécessitant d'être clarifiés:

- 1) Article 230, points 2° et 3° du Code civil – convention en cas de divorce par consentement mutuel
- 2) Article 239 du Code civil – introduction de la demande en divorce pour rupture irrémédiable des relations conjugales
- 3) Article 262 du Code civil – avantages matrimoniaux
- 4) Article 265 du Code civil – clause de sincérité
- 5) Article 266 du Code civil – prestation compensatoire pour rachat
- 6) Articles 271 à 275 du Code civil – des effets du divorce quant aux enfants
- 7) Article 212 du Code civil (article II du projet de loi)
- 8) Article 214, alinéa 3 du Code civil (article II du projet de loi)

Le secrétaire,
Laurent Besch

Le Président,
Christine Doerner

Annexe: copie du Règlement (UE) n°1259/2010 du Conseil du 20 décembre 2010 mettant en œuvre une coopération renforcée dans le domaine de la loi applicable au divorce et à la séparation de corps

RÈGLEMENT (UE) N° 1259/2010 DU CONSEIL

du 20 décembre 2010

mettant en œuvre une coopération renforcée dans le domaine de la loi applicable au divorce et à la séparation de corps

*entrée en vigueur
27 juin 2012*

LE CONSEIL DE L'UNION EUROPÉENNE,

vu le traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, et notamment son article 81, paragraphe 3,

vu la décision 2010/405/UE du Conseil du 12 juillet 2010 autorisant une coopération renforcée dans le domaine de la loi applicable au divorce et à la séparation de corps ⁽¹⁾,

vu la proposition de la Commission européenne,

après transmission du projet d'acte législatif aux parlements nationaux,

vu l'avis du Parlement européen,

vu l'avis du Comité économique et social européen,

statuant conformément à une procédure législative spéciale,

considérant ce qui suit:

(1) L'Union s'est donné pour objectif de maintenir et de développer un espace de liberté, de sécurité et de justice au sein duquel est assurée la libre circulation des personnes. Pour la mise en place progressive de cet espace, l'Union doit adopter des mesures relevant du domaine de la coopération judiciaire dans les matières civiles ayant une incidence transfrontière, en particulier lorsque cela est nécessaire au bon fonctionnement du marché intérieur.

(2) Conformément à l'article 81 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, parmi ces mesures figurent celles favorisant la compatibilité des règles applicables dans les États membres en matière de conflit de lois.

(3) La Commission a adopté, le 14 mars 2005, un livre vert sur le droit applicable et la compétence en matière de divorce. Ce livre vert a été le point de départ d'une large consultation publique sur les possibles solutions pouvant être apportées aux problèmes susceptibles de se poser dans la situation actuelle.

(4) La Commission a proposé, le 17 juillet 2006, un règlement modifiant le règlement (CE) n° 2201/2003 du Conseil ⁽²⁾ en ce qui concerne la compétence et instituant des règles relatives à la loi applicable en matière matrimoniale.

(5) Le Conseil, réuni à Luxembourg les 5 et 6 juin 2008, a conclu à l'absence d'unanimité sur la proposition et à l'existence de difficultés insurmontables rendant impossible, à ce moment et dans un avenir proche, toute unanimité. Il a constaté que les objectifs de la proposition ne pourraient être réalisés dans un délai raisonnable en appliquant les dispositions appropriées des traités.

(6) La Belgique, la Bulgarie, l'Allemagne, la Grèce, l'Espagne, la France, l'Italie, la Lettonie, le Luxembourg, la Hongrie, Malte, l'Autriche, le Portugal, la Roumanie et la Slovénie ont ultérieurement présenté à la Commission une demande indiquant qu'ils avaient l'intention d'instaurer entre eux une coopération renforcée dans le domaine de la loi applicable en matière matrimoniale. Le 3 mars 2010, la Grèce a retiré sa demande.

(7) Le Conseil a adopté, le 12 juillet 2010, la décision 2010/405/UE autorisant une coopération renforcée dans le domaine de la loi applicable au divorce et à la séparation de corps.

(8) En vertu de l'article 328, paragraphe 1, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, lors de leur instauration, les coopérations renforcées sont ouvertes à tous les États membres, sous réserve de respecter les conditions éventuelles de participation fixées par la décision d'autorisation. Elles le sont également à tout autre moment, sous réserve de respecter, outre lesdites conditions, les actes déjà adoptés dans ce cadre. La Commission et les États membres participant à une coopération renforcée veillent à promouvoir la participation du plus grand nombre possible d'États membres. Le présent règlement ne devrait être obligatoire dans tous ses éléments et directement applicable que dans les États membres participants, conformément aux traités.

(9) Le présent règlement devrait créer un cadre juridique clair et complet dans le domaine de la loi applicable au divorce et à la séparation de corps dans les États membres participants, garantir aux citoyens des solutions appropriées en termes de sécurité juridique, de prévisibilité et de souplesse, et empêcher une situation dans laquelle l'un des époux demande le divorce avant l'autre pour faire en sorte que la procédure soit soumise à une loi donnée qu'il estime plus favorable à ses propres intérêts.

⁽²⁾ Règlement (CE) n° 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 (JO L 338 du 23.12.2003, p. 1).

⁽¹⁾ JO L 189 du 22.7.2010, p. 12.

- (10) Le champ d'application matériel et les dispositions du présent règlement devraient être cohérents par rapport au règlement (CE) n° 2201/2003. Toutefois, il ne devrait pas s'appliquer à l'annulation du mariage.

Le présent règlement ne devrait s'appliquer qu'à la dissolution ou au relâchement du lien matrimonial. La loi désignée par les règles de conflit de lois énoncées dans le présent règlement devrait s'appliquer aux causes de divorce et de séparation de corps.

Des questions préalables, telles que la capacité juridique et la validité du mariage, ainsi que les questions telles que les effets patrimoniaux du divorce ou de la séparation de corps, le nom, la responsabilité parentale, les obligations alimentaires ou autres mesures accessoires éventuelles devraient être réglées selon les règles de conflit de lois applicables dans l'État membre participant concerné.

- (11) Afin de bien délimiter le champ d'application territorial du présent règlement, il convient de préciser quels sont les États membres qui participent à la coopération renforcée.

- (12) Le présent règlement devrait présenter un caractère universel, c'est-à-dire qu'il devrait être possible, en ce qui concerne ses règles uniformes de conflit de lois, de désigner la loi d'un État membre participant, la loi d'un État membre non participant, ou la loi d'un État non membre de l'Union européenne.

- (13) Le présent règlement devrait s'appliquer quelle que soit la nature de la juridiction saisie. S'il y a lieu, une juridiction devrait être réputée saisie conformément au règlement (CE) n° 2201/2003.

- (14) Pour offrir aux époux la liberté de désigner une loi applicable avec laquelle ils ont des liens étroits ou, à défaut de choix, pour que cette loi s'applique à leur divorce ou séparation de corps, celle-ci devrait s'appliquer même si elle n'est pas celle d'un État membre participant. En cas de désignation de la loi d'un autre État membre, le réseau créé par la décision 2001/470/CE du Conseil du 28 mai 2001 relative à la création d'un réseau judiciaire européen en matière civile et commerciale⁽¹⁾ pourrait jouer un rôle de soutien des juridictions sur le contenu de la loi étrangère.

- (15) Accroître la mobilité des citoyens requiert davantage de souplesse et une plus grande sécurité juridique. Pour répondre à cet objectif, le présent règlement devrait renforcer l'autonomie des parties en matière de divorce et de séparation de corps en leur laissant une possibilité limitée de choisir la loi applicable à leur divorce ou à leur séparation de corps.

- (16) Les époux devraient pouvoir choisir la loi d'un pays avec lequel ils ont des liens particuliers ou la loi du for comme loi applicable au divorce et à la séparation de

corps. La loi choisie par les époux doit être conforme aux droits fondamentaux reconnus par les traités et la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.

- (17) Avant de désigner la loi applicable, il est important que les époux aient accès à des informations mises à jour concernant les aspects essentiels de la loi nationale et du droit de l'Union ainsi que des procédures en matière de divorce et de séparation de corps. Afin de garantir cet accès à des informations appropriées et de qualité, la Commission met ces dernières régulièrement à jour dans le système public d'information fondé sur l'internet créé par la décision 2001/470/CE.

- (18) Le choix éclairé des deux conjoints est un principe essentiel du présent règlement. Chaque époux devrait savoir exactement quelles sont les conséquences juridiques et sociales du choix de la loi applicable. La possibilité de choisir d'un commun accord la loi applicable devrait être sans préjudice des droits et de l'égalité des chances des deux époux. À cet égard, les juges des États membres participants devraient être conscients de l'importance d'un choix éclairé des deux époux concernant les conséquences juridiques de la convention conclue sur le choix de la loi.

- (19) Il convient de définir les règles relatives à la validité matérielle et formelle de manière à faciliter le choix éclairé des époux et assurer le respect de leur consentement, en vue de garantir la sécurité juridique ainsi qu'un meilleur accès à la justice. Pour ce qui est de la validité formelle, certaines garanties devraient être introduites afin de s'assurer que les époux sont conscients des conséquences de leur choix. La convention sur le choix de la loi applicable devrait au moins être formulée par écrit, datée et signée par les deux parties. Toutefois, si la loi de l'État membre participant dans lequel les deux époux ont leur résidence habituelle au moment de la conclusion de la convention prévoit des règles formelles supplémentaires, celles-ci devraient être respectées. Par exemple, ces règles formelles supplémentaires peuvent exister dans un État membre participant où la convention est insérée dans un contrat de mariage. Si, au moment de la conclusion de la convention, les époux ont leur résidence habituelle dans des États membres participants différents qui prévoient des règles formelles supplémentaires, il suffirait que les règles formelles de l'un de ces États soient respectées. Si, au moment de la conclusion de la convention, seul l'un des époux a sa résidence habituelle dans un État membre participant qui prévoit des règles formelles supplémentaires, celles-ci devraient être respectées.

- (20) Une convention désignant la loi applicable devrait pouvoir être conclue et modifiée au plus tard au moment de la saisine de la juridiction, et même au cours de la procédure si la loi du for le prévoit. Dans ce cas, il devrait suffire que la juridiction donne acte de la désignation conformément à la loi du for.

⁽¹⁾ JO L 174 du 27.6.2001, p. 25.

- (21) À défaut de choix de la loi applicable, le présent règlement devrait instaurer des règles de conflit de lois harmonisées sur la base d'une échelle de critères de rattachement successifs fondés sur l'existence d'un lien étroit entre les époux et la loi concernée, en vue de garantir la sécurité juridique et la prévisibilité et d'empêcher une situation dans laquelle l'un des époux demande le divorce avant l'autre pour faire en sorte que la procédure soit soumise à une loi donnée qu'il estime plus favorable à ses propres intérêts. Ces critères de rattachement devraient être choisis de façon que la procédure de divorce ou de séparation de corps soit régie par une loi avec laquelle les époux ont des liens étroits.
- (22) Lorsque, aux fins de l'application de la loi d'un État, le présent règlement fait de la nationalité un critère de rattachement, la gestion des cas de pluralité de nationalités devrait relever du droit national, dans le plein respect des principes généraux de l'Union européenne.
- (23) Si une juridiction est saisie afin de convertir une séparation de corps en divorce et en l'absence de choix de la loi applicable par les parties, la loi qui a été appliquée à la séparation de corps devrait également s'appliquer au divorce. Une telle continuité favoriserait la prévisibilité pour les parties et renforcerait la sécurité juridique. Si la loi qui a été appliquée à la séparation de corps ne prévoit pas de conversion de la séparation de corps en divorce, le divorce devrait être régi par les règles de conflit de lois à défaut de choix. Cela ne devrait pas empêcher les époux de demander le divorce sur la base d'autres règles prévues dans le présent règlement.
- (24) Dans certaines situations, la loi de la juridiction saisie devrait toutefois s'appliquer, comme lorsque la loi applicable ne prévoit pas le divorce ou lorsqu'elle n'accorde pas à l'un des époux, en raison de son appartenance à l'un ou l'autre sexe, une égalité d'accès au divorce ou à la séparation de corps. Cela ne devrait cependant pas porter atteinte à l'ordre public.
- (25) Dans des circonstances exceptionnelles, des considérations d'intérêt public devraient donner aux juridictions des États membres la possibilité d'écarter une disposition de la loi étrangère lorsque son application dans un cas précis serait manifestement contraire à l'ordre public du for. Néanmoins, les juridictions ne devraient pas pouvoir appliquer l'exception d'ordre public pour écarter une disposition de la loi d'un autre État lorsque c'est contraire à la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, en particulier à son article 21, qui interdit toute forme de discrimination.
- (26) Lorsque le présent règlement se réfère au fait que la loi de l'État membre participant dont une juridiction est saisie ne prévoit pas le divorce, il conviendrait de l'interpréter comme le fait que la loi de cet État membre ne connaît pas l'institution du divorce. En pareil cas, la juridiction compétente ne devrait pas être tenue de prononcer un divorce en vertu du présent règlement.
- Lorsque le présent règlement se réfère au fait que la loi de l'État membre participant dont une juridiction est saisie ne reconnaît pas la validité du mariage concerné aux fins de la procédure de divorce, il conviendrait de l'interpréter, notamment, comme le fait qu'un tel mariage n'existe pas dans la loi de cet État membre. En pareil cas, la juridiction compétente ne devrait pas être tenue de prononcer un divorce ou une séparation de corps en vertu du présent règlement.
- (27) Comme il existe des États et des États membres participants dans lesquels coexistent deux ou plusieurs systèmes de droit ou ensembles de règles ayant trait aux questions régies par le présent règlement, il conviendrait de prévoir une disposition qui stipule dans quelle mesure le présent règlement s'applique dans les différentes unités territoriales de ces États et États membres participants ou aux différentes catégories de personnes de ces États et États membres participants.
- (28) En l'absence de règles désignant la loi applicable, les parties qui choisissent la loi de l'État de la nationalité de l'un d'entre eux devraient préciser dans le même temps qu'elle est l'unité territoriale dont ils ont choisi la loi dans le cas où l'État dont la loi a été choisie comprend plusieurs unités territoriales ayant leur propre système de droit ou leur propre ensemble de règles en matière de divorce.
- (29) Étant donné que les objectifs du présent règlement, à savoir le renforcement de la sécurité juridique, la prévisibilité et la souplesse dans les procédures matrimoniales internationales et dès lors la facilitation de la libre circulation des personnes à l'intérieur de l'Union, ne peuvent pas être réalisés de manière suffisante par les États membres et peuvent donc, en raison des dimensions et des effets du présent règlement, être mieux réalisés au niveau de l'Union, celle-ci peut prendre des mesures, au moyen d'une coopération renforcée le cas échéant, conformément au principe de subsidiarité consacré à l'article 5 du traité sur l'Union européenne. Conformément au principe de proportionnalité tel qu'énoncé audit article, le présent règlement n'excède pas ce qui est nécessaire pour atteindre ces objectifs.
- (30) Le présent règlement respecte les droits fondamentaux et observe les principes reconnus par la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, en particulier par son article 21, qui interdit toute discrimination fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, les origines ethniques ou sociales, les caractéristiques génétiques, la langue, la religion ou les convictions, les opinions politiques ou toute autre opinion, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance, un handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle. Ce règlement devrait être appliqué par les juridictions des États membres participants dans le respect de ces droits et principes,

A ADOPTÉ LE PRÉSENT RÈGLEMENT:

CHAPITRE I

CHAMP D'APPLICATION, RELATION AVEC LE RÈGLEMENT (CE) N° 2201/2003, DÉFINITIONS ET APPLICATION UNIVERSELLE

Article premier

Champ d'application

1. Le présent règlement s'applique, dans les situations impliquant un conflit de lois, au divorce et à la séparation de corps.

2. Le présent règlement ne s'applique pas aux questions suivantes, même si elles ne sont soulevées qu'en tant que questions préalables dans le cadre d'une procédure de divorce ou de séparation de corps:

- a) la capacité juridique des personnes physiques;
- b) l'existence, la validité ou la reconnaissance d'un mariage;
- c) l'annulation d'un mariage;
- d) le nom des époux;
- e) les effets patrimoniaux du mariage;
- f) la responsabilité parentale;
- g) les obligations alimentaires;
- h) les trusts et successions.

Article 2

Relation avec le règlement (CE) n° 2201/2003

Le présent règlement n'a pas d'incidence sur l'application du règlement (CE) n° 2201/2003.

Article 3

Définitions

Aux fins du présent règlement, on entend par:

1. «État membre participant»: un État membre qui participe à la coopération renforcée sur la loi applicable au divorce et à la séparation de corps en vertu de la décision 2010/405/UE, ou en vertu d'une décision adoptée conformément à l'article 331, paragraphe 1, deuxième ou troisième alinéa, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne;

2. «juridiction»: toutes les autorités des États membres participants compétentes dans les matières relevant du champ d'application du présent règlement.

Article 4

Application universelle

La loi désignée par le présent règlement s'applique même si cette loi n'est pas celle d'un État membre participant.

CHAPITRE II

RÈGLES UNIFORMES SUR LA LOI APPLICABLE AU DIVORCE ET À LA SÉPARATION DE CORPS

Article 5

Choix de la loi applicable par les parties

1. Les époux peuvent convenir de désigner la loi applicable au divorce et à la séparation de corps, pour autant qu'il s'agisse de l'une des lois suivantes:

- a) la loi de l'État de la résidence habituelle des époux au moment de la conclusion de la convention; ou
- b) la loi de l'État de la dernière résidence habituelle des époux, pour autant que l'un d'eux y réside encore au moment de la conclusion de la convention; ou
- c) la loi de l'État de la nationalité de l'un des époux au moment de la conclusion de la convention; ou
- d) la loi du for.

2. Sans préjudice du paragraphe 3, une convention désignant la loi applicable peut être conclue et modifiée à tout moment, mais au plus tard au moment de la saisine de la juridiction.

3. Si la loi du for le prévoit, les époux peuvent également désigner la loi applicable devant la juridiction au cours de la procédure. Dans ce cas, la juridiction prend acte de la désignation conformément à la loi du for.

Article 6

Consentement et validité matérielle

1. L'existence et la validité d'une convention sur le choix de la loi ou de toute clause de celle-ci sont soumises à la loi qui serait applicable en vertu du présent règlement si la convention ou la clause était valable.

2. Toutefois, pour établir son absence de consentement, un époux peut se fonder sur la loi du pays dans lequel il a sa résidence habituelle au moment où la juridiction est saisie si les circonstances indiquent qu'il ne serait pas raisonnable de déterminer l'effet du comportement de cet époux conformément à la loi visée au paragraphe 1.

Article 7

Validité formelle

1. La convention visée à l'article 5, paragraphes 1 et 2, est formulée par écrit, datée et signée par les deux époux. Toute transmission par voie électronique qui permet de consigner durablement la convention est considérée comme revêtant une forme écrite.

2. Toutefois, si la loi de l'État membre participant dans lequel les deux époux ont leur résidence habituelle au moment de la conclusion de la convention prévoit des règles formelles supplémentaires pour ce type de convention, ces règles s'appliquent.

3. Si, au moment de la conclusion de la convention, les époux ont leur résidence habituelle dans des États membres participants différents et si les lois de ces États prévoient des règles formelles différentes, la convention est valable quant à la forme si elle satisfait aux conditions fixées par la loi de l'un de ces pays.

4. Si, au moment de la conclusion de la convention, seul l'un des époux a sa résidence habituelle dans un État membre participant et si cet État prévoit des règles formelles supplémentaires pour ce type de convention, ces règles s'appliquent.

Article 8

Loi applicable à défaut de choix par les parties

À défaut de choix conformément à l'article 5, le divorce et la séparation de corps sont soumis à la loi de l'État:

- a) de la résidence habituelle des époux au moment de la saisine de la juridiction; ou, à défaut,
- b) de la dernière résidence habituelle des époux, pour autant que cette résidence n'ait pas pris fin plus d'un an avant la saisine de la juridiction et que l'un des époux réside encore dans cet État au moment de la saisine de la juridiction; ou, à défaut,
- c) de la nationalité des deux époux au moment de la saisine de la juridiction; ou, à défaut,
- d) dont la juridiction est saisie.

Article 9

Conversion de la séparation de corps en divorce

1. En cas de conversion d'une séparation de corps en divorce, la loi applicable au divorce est la loi qui a été appliquée à la séparation de corps, sauf si les parties en sont convenues autrement conformément à l'article 5.

2. Toutefois, si la loi qui a été appliquée à la séparation de corps ne prévoit pas de conversion de la séparation de corps en divorce, l'article 8 s'applique, sauf si les parties en sont convenues autrement conformément à l'article 5.

Article 10

Application de la loi du for

Lorsque la loi applicable en vertu des articles 5 ou 8 ne prévoit pas le divorce ou n'accorde pas à l'un des époux, en raison de son appartenance à l'un ou l'autre sexe, une égalité d'accès au divorce ou à la séparation de corps, la loi du for s'applique.

Article 11

Exclusion du renvoi

Lorsque le présent règlement prescrit l'application de la loi d'un État, il entend les règles de droit en vigueur dans cet État à l'exclusion de ses règles de droit international privé.

Article 12

Ordre public

L'application d'une disposition de la loi désignée en vertu du présent règlement ne peut être écartée que si cette application est manifestement incompatible avec l'ordre public du for.

Article 13

Différences dans le droit national

Aucune disposition du présent règlement n'oblige les juridictions d'un État membre participant dont la loi ne prévoit pas le divorce ou ne considère pas le mariage en question comme valable aux fins de la procédure de divorce à prononcer un divorce en application du présent règlement.

Article 14

États ayant deux ou plusieurs systèmes de droit – conflits de lois territoriaux

Lorsqu'un État comprend plusieurs unités territoriales dont chacune a son propre système de droit ou son propre ensemble de règles ayant trait aux questions régies par le présent règlement:

- a) toute référence à la loi de cet État est interprétée, aux fins de la détermination de la loi applicable selon le présent règlement, comme visant la loi en vigueur dans l'unité territoriale concernée;
- b) toute référence à la résidence habituelle dans cet État est interprétée comme visant la résidence habituelle dans une unité territoriale;
- c) toute référence à la nationalité vise l'unité territoriale désignée par la loi de cet État ou, en l'absence de règles applicables, l'unité territoriale choisie par les parties, ou en l'absence de choix, l'unité territoriale avec laquelle l'époux ou les époux présente(nt) les liens les plus étroits.

Article 15

États ayant deux ou plusieurs systèmes de droit – conflits de lois interpersonnels

Pour un État qui a deux ou plusieurs systèmes de droit ou ensembles de règles applicables à différentes catégories de personnes et ayant trait aux questions régies par le présent règlement, toute référence à la loi d'un tel État est interprétée comme visant le système de droit déterminé par les règles en vigueur dans cet État. En l'absence de telles règles, le système de droit ou l'ensemble de règles avec lequel l'époux ou les époux présente(nt) les liens les plus étroits s'applique.

Article 16

Non-application du présent règlement aux conflits de lois internes

Un État membre participant dans lequel différents systèmes de droit ou ensembles de règles s'appliquent aux questions régies par le présent règlement n'est pas tenu d'appliquer le présent règlement aux conflits de lois concernant uniquement ces systèmes de droit ou ensembles de règles.

CHAPITRE III

AUTRES DISPOSITIONS

Article 17

Informations fournies par les États membres participants

1. Au plus tard le 21 septembre 2011, les États membres participants communiquent à la Commission, le cas échéant, leurs dispositions nationales relatives:

- a) aux exigences formelles applicables aux conventions sur le choix de la loi applicable conformément à l'article 7, paragraphes 2 à 4; et
- b) à la possibilité de désigner la loi applicable conformément à l'article 5, paragraphe 3.

Les États membres participants informent la Commission de toute modification ultérieure de ces dispositions.

2. La Commission met à la disposition du public par des moyens appropriés, notamment le site internet du réseau judiciaire européen en matière civile et commerciale, toutes les informations communiquées conformément au paragraphe 1.

Article 18

Dispositions transitoires

1. Le présent règlement s'applique aux actions judiciaires engagées ainsi qu'aux conventions visées à l'article 5 conclues à compter du 21 juin 2012.

Toutefois, une convention sur le choix de la loi applicable conclue avant le 21 juin 2012 prend également effet, pour autant qu'elle soit conforme aux articles 6 et 7.

2. Le présent règlement s'applique sans préjudice des conventions sur le choix de la loi applicable conclues conformément à la loi de l'État membre participant dont la juridiction est saisie avant le 21 juin 2012.

Article 19

Liens avec les conventions internationales en vigueur

1. Sans préjudice des obligations incombant aux États membres participants conformément à l'article 351 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, le présent règlement n'a pas d'incidence sur l'application des conventions internationales auxquelles un ou plusieurs États membres participants sont parties au moment de l'adoption du présent règlement ou lors de l'adoption de la décision conformément à l'article 331, paragraphe 1, deuxième ou troisième alinéa, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne et qui règlent les conflits de lois en matière de divorce ou de séparation de corps.

2. Toutefois, le présent règlement prévaut, entre les États membres participants, sur les conventions conclues exclusivement entre deux ou plusieurs d'entre eux dans la mesure où elles concernent des questions régies par le présent règlement.

Article 20

Clause de révision

1. Au plus tard le 31 décembre 2015, et ensuite tous les cinq ans, la Commission présente au Parlement européen, au Conseil et au Comité économique et social européen un rapport relatif à l'application du présent règlement. Ce rapport est accompagné, le cas échéant, de propositions visant à adapter le présent règlement.

2. À cette fin, les États membres participants informent la Commission des éléments pertinents concernant l'application du présent règlement par leurs juridictions.

Il est applicable à partir du 21 juin 2012, à l'exception de l'article 17, qui est applicable à partir du 21 juin 2011.

CHAPITRE IV

DISPOSITIONS FINALES

Article 21

Entrée en vigueur et date d'application

Le présent règlement entre en vigueur le jour suivant celui de sa publication au *Journal officiel de l'Union européenne*.

Pour les États membres participant à une coopération renforcée en vertu d'une décision adoptée conformément à l'article 331, paragraphe 1, deuxième ou troisième alinéa, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, le présent règlement est applicable à partir de la date indiquée dans la décision concernée.

Le présent règlement est obligatoire dans tous ses éléments et directement applicable dans les États membres participants, conformément aux traités.

Fait à Bruxelles, le 20 décembre 2010.

Par le Conseil
La présidente
J. SCHAUVLIEGE



CHAMBRE DES DEPUTES

Session ordinaire 2010-2011

LB/pk

Commission juridique

Procès-verbal de la réunion du 09 juin 2011

ORDRE DU JOUR :

- 5155 Projet de loi portant réforme du divorce
- Rapporteur: Madame Christine Doerner
- Continuation des travaux (à partir de l'article 270)

(cf. tableau synoptique transmis par courrier électronique le 6 juin 2011)

*

Présents : M. Xavier Bettel, M. Roger Negri en remplacement de M. Alex Bodry, Mme Christine Doerner, Mme Lydie Err, Mme Diane Adehm en remplacement de M. Léon Gloden, M. Jacques-Yves Henckes, M. Paul-Henri Meyers, Mme Lydie Polfer, M. Gilles Roth, M. Lucien Weiler

Mme Marie-Anne Ketter, du Ministère de la Justice

M. Laurent Besch, de l'administration parlementaire

Excusés : M. Alex Bodry, M. Félix Braz, M. Léon Gloden, M. Jean-Pierre Klein

*

Présidence : Mme Christine Doerner, Président de la Commission

*

5155 Projet de loi portant réforme du divorce

Article 270

Mme le Rapporteur explique que l'article n'est que rarement appliqué par les juridictions.

Section IV.- Des effets du divorce quant aux enfants

Article 271

Le Conseil d'Etat «[...] se demande si les dispositions relatives à la pension alimentaire des enfants n'auraient pas pu être supprimées dans la section sous examen, puisqu'elles figurent également, et de surcroît avec un libellé différent, dans le projet de loi relatif à la responsabilité parentale susmentionné qui comprend une section intitulée „De l'exercice de la responsabilité parentale par les parents séparés“ dans laquelle sont inclus les parents d'enfant divorcés¹. En tout état de cause, il faudra veiller à la concordance des textes pour éviter toute inégalité de traitement dans le chef des enfants dont les parents se séparent, suivant que les parents sont mariés ou non.»

Un représentant du groupe politique CSV estime, pour des raisons de sécurité juridique, que le projet de loi portant réforme du divorce et celui relatif à la responsabilité parentale devraient entrer en vigueur de manière concomitante.

Le représentant du Gouvernement explique que le texte de loi proposé par l'auteur du projet de loi n°5155 (dépôt: 20 mai 2003) comporte une série de dispositions relatives aux conséquences de l'exercice de l'autorité parentale pour les enfants mineurs qui ne figurent par conséquent pas dans le texte de loi proposé par le projet de loi n°5867 (dépôt: 11 avril 2008).

Eu égard aux observations du Conseil d'Etat précitées, il est partant inéluctable, dans un souci de sécurité juridique, de devoir revoir et compléter le texte de loi proposé dans le cadre de la réforme de l'autorité parentale.

L'oratrice rappelle que le Conseil d'Etat, dans son avis du 17 mai 2011, prône le maintien des termes d'«*autorité parentale*».

Un représentant du groupe politique CSV propose de prévoir l'ensemble des dispositions relatives à l'autorité parentale dans le texte de loi du projet de loi n°5867 et de ne prévoir, dans le corps même des dispositions réformatrices du divorce, que celles qui sont indispensables.

Agencement des compétences juridictionnelles

Actuellement, la répartition des compétences juridictionnelles à l'égard des enfants s'établit comme suit:

- en dehors de toute instance judiciaire pour divorce, c'est le Tribunal de la jeunesse et des tutelles et la Justice de paix qui sont compétents,
- une fois la procédure judiciaire pour divorce engagée, c'est le Tribunal civil, ainsi que le Juge des référés qui sont compétents,

¹ Projet de loi relatif à la responsabilité parentale :

« **Art.376-2.** En cas de séparation des parents ou entre ceux-ci et l'enfant, la contribution à son entretien et à son éducation prend la forme d'une pension alimentaire versée, selon le cas, par l'un des parents à l'autre ou à la personne à laquelle l'enfant est confié.

Les modalités et les garanties de cette pension alimentaire sont fixées par la convention homologuée visée à l'article 378 ou, à défaut, par le juge compétent en vertu de l'article 377.

Art.376-3. Le parent qui assume à titre principal la charge d'un enfant majeur qui ne peut lui-même subvenir à ses besoins peut demander à l'autre de lui verser une contribution à son entretien et à son éducation. Le juge peut décider ou les parents convenir que cette contribution sera versée en tout ou en partie entre les mains de l'enfant majeur. »

- une fois le divorce prononcé, le Juge des tutelles est compétent (article 302 du Code civil)

Le représentant du Ministère de la Justice explique qu'il est proposé, dans le cadre du projet de loi n° 5867, de regrouper les compétences juridictionnelles de sorte que le Tribunal civil saisi de la demande en divorce est compétent pendant l'instance en divorce, tandis que cette compétence revient au Juge des tutelles après que le jugement prononçant le divorce a acquis force jugée.

Il convient de revoir le texte de l'article 271 proposé au regard du texte de loi proposé dans le cadre de la responsabilité parentale.

En ce qui concerne l'introduction d'une juridiction spécialisée à l'instar du juge aux affaires familiales prévu par les articles L.213-3 à L.213-4 du Code de l'organisation judiciaire et les articles 1136-1 à 1136-2 du Code de procédure civile, l'oratrice informe les membres de la commission, que conformément au programme gouvernemental, les réflexions afférentes sont actuellement menées.

Le projet de loi n°5867, en ce qui concerne le volet de la réorganisation et le regroupement des différentes compétences juridictionnelles, peut partant constituer une étape intermédiaire dictée par des considérations de simplification. L'introduction d'une juridiction spécialisée pour les affaires familiales constituerait l'étape finale, mais implique au préalable de revoir, de manière détaillée et exhaustive, l'ensemble des dispositions du Code civil relatif à la famille et les articles afférents du Nouveau code de procédure civile.

Pour information, le juge aux affaires familiales français est, entre autres et dans le contexte des travaux de la commission, compétent pour les procédures de divorce et de séparation de corps, ainsi que leurs conséquences résultant de la liquidation et du partage des intérêts patrimoniaux des époux, des personnes liées par un pacte civil de solidarité (PACS) et des concubins (sauf en cas de décès ou de déclaration d'absence) et l'attribution et l'exercice de l'autorité parentale (notamment l'attribution de l'autorité parentale après un divorce, enfants confiés à un tiers, droit de visite des grands-parents),

Mme le Rapporteur donne lecture de sa proposition de texte qui se lit de la manière suivante:

*«**Art. 271.-** Le tribunal statuant sur le divorce se prononcera sur les modalités d'exercice de l'autorité parentale conjointe, en tenant compte de l'entente entre les parents et suivant ce qu'exigera l'intérêt de l'enfant conformément aux dispositions du Chapitre 1^{er} du Titre IX du Livre 1^{er} du Code civil.*

Le tribunal entend les enfants si ceux-ci en font la demande. Il peut décider de confier l'enfant à une tierce personne, parente ou non.

Le tribunal de la jeunesse pourra toujours par la suite modifier ou compléter les modalités d'exercice de l'autorité parentale conjointe.

~~*Dans l'intérêt supérieur des enfants mineurs, le juge peut tenir compte des sentiments exprimés par eux dans les conditions de l'article 388-1.»*~~

Elle propose de supprimer le dernier alinéa de l'article 271 comportant un renvoi à l'article 388-1 du Code civil comme le Conseil d'Etat fait observer que «*Le texte reprend une partie du libellé de l'article 388-1. Si la commission parlementaire estime ce rappel inévitable, la*

question se pose pour quelle raison cette disposition est réservée au divorce pour rupture irrémédiable.»

L'article 388-1 du Code civil dispose que:

«Art. 388-1. (L. 5 juin 2009) (1) Dans toute procédure le concernant, le mineur capable de discernement peut, sans préjudice des dispositions prévoyant son intervention ou son consentement, être entendu par le juge ou, lorsque son intérêt le commande, la personne désignée par le juge à cet effet.

(2) Cette audition est de droit lorsque le mineur en fait la demande. Lorsque le mineur refuse d'être entendu, le juge apprécie le bien-fondé de ce refus.

(3) Le mineur peut être entendu seul, avec son avocat ou une personne de son choix. Si ce choix n'apparaît pas conforme à l'intérêt du mineur, le juge peut procéder à la désignation d'une autre personne.

(4) L'audition du mineur se fait en chambre du conseil.

(5) L'audition du mineur ne lui confère pas la qualité de partie à la procédure.»

Ledit article 388-1 du Code civil est une disposition d'ordre général visant toute procédure concernant un mineur capable de discernement. Il convient de noter que le tribunal ayant procédé à une telle audition reste souverain.

Les membres de la commission estiment utile que les juges désignés doivent bénéficier d'une formation spécifique en vue d'assurer ces auditions en bonne et due forme.

[à préciser dans le commentaire des articles]

La commission unanime se prononce en faveur du texte tel que proposé.

[amendement parlementaire]

Article 272

Le Conseil d'Etat propose de supprimer l'article 272 comme une telle disposition est prévue dans le projet de loi n°5867.

Mme le Rapporteur rappelle que l'article énonce un principe général, à savoir l'obligation des parents de contribuer à l'entretien et à l'éducation de leur enfant.

La commission unanime décide de supprimer l'article 272.

Article 273

Le Conseil d'Etat fait observer qu'«*En cas de maintien de cet article, il y aura lieu de redresser le libellé alors que ce n'est pas le divorce qui tient compte des modalités d'hébergement, mais le juge qui fixe la pension alimentaire.*»

Mme le Rapporteur propose de modifier l'article 273 comme suit:

«**Art. 273.**– La contribution à l’entretien et à l’éducation des enfants prend la forme d’une pension alimentaire versée, selon le cas, au parent chez lequel l’enfant a sa résidence habituelle ou qui exerce la responsabilité parentale, ou à la personne à laquelle l’enfant a été confié.

Les modalités et les garanties de cette pension alimentaire sont fixées par le jugement de divorce tribunal ou, en cas de divorce par consentement mutuel, par la convention des époux homologuée par le tribunal.»

[amendement parlementaire]

Article 274

Le Conseil d’Etat fait observer qu’ «A l’article 274, la commission parlementaire propose de remplacer les termes „lui soit versée une contribution“ par ceux de „continuer à lui verser une pension alimentaire“. Le nouveau libellé fait présumer la continuité de la pension alimentaire qui pourrait cependant ne pas être donnée. En plus, il y aurait lieu de faire concorder le libellé de l’article sous avis avec celui proposé à l’article 376-3 du projet de loi sur la responsabilité parentale mentionnée ci-avant.»

Mme le Rapporteur propose de modifier l’article 274 comme suit:

«**Art. 274.**- L’époux auprès duquel les enfants majeurs continuent de vivre pourra demander à son ex-conjoint qu’il lui soit versé une contribution pour les enfants lorsque ceux-ci se trouvent encore, soit en cours d’études justifiées, soit à charge des parents pour infirmité ou autre motif.

Le tribunal peut décider ou les parents convenir que cette contribution sera versée en tout ou en partie entre les mains de l’enfant majeur.»

La commission unanime approuve cette proposition de texte.

[amendement parlementaire]

Article 275

L’article 275 n’appelle pas d’observation.

Mme le Rapporteur informe les membres de la commission qu’en France, depuis l’entrée en vigueur de la loi du 23 juin 2006 (1^{er} janvier 2007) portant réforme du droit des successions et des libéralités, les héritiers peuvent renoncer par anticipation à agir en réduction contre une personne déterminée.

Section V.- Des effets du divorce quant au logement familial

Article 276

Le Conseil d'Etat fait observer que «La commission parlementaire prévoit la possibilité d'attribuer la jouissance du logement familial au parent auprès duquel un ou plusieurs enfants communs âgés de moins de 12 ans ont leur résidence habituelle, peu importe que le logement soit un bien commun ou un bien propre de l'autre parent.

Dans le commentaire, il est précisé que le logement n'est attribué qu'à celui des époux qui exerce seul l'autorité parentale alors que le texte proposé se réfère à la résidence principale, ce qui n'exclut pas l'hypothèse de l'exercice en commun de la responsabilité parentale. Cette solution a également été adoptée par la législation française dont l'article 285-1 du Code civil précise que: „Si le local servant de logement à la famille appartient en propre ou personnellement à l'un des époux, le juge peut le concéder à bail au conjoint qui exerce seul ou en commun l'autorité parentale sur un ou plusieurs de leurs enfants lorsque ceux-ci résident habituellement dans ce logement et que leur intérêt le commande.“

Le Conseil d'Etat recommande d'ajouter une référence à l'intérêt des enfants qui, bien que prévue dans le commentaire, ne figure pas dans le texte même de l'article.

Ce sera d'ailleurs au tribunal qui statue sur le divorce de prendre cette décision, et non pas au juge comme le prévoit le texte. Le tribunal fixera le montant de l'indemnité d'occupation qui pourra être déduite de la pension alimentaire. Le Conseil d'Etat se demande si seule la pension alimentaire du conjoint est visée ou également celle des enfants. A noter que l'article 373-2-2 du Code civil français prévoit que la pension alimentaire peut être en tout ou partie servie sous forme d'un droit d'usage et d'habitation. Le Conseil d'Etat recommande à la commission parlementaire de préciser ses intentions par rapport à ce point. La commission parlementaire a choisi une limite d'âge de douze ans pour les enfants au-delà de laquelle la demande en attribution du logement familial n'est plus recevable. En outre, la durée maximale de l'attribution est fixée à deux ans. Le Conseil d'Etat n'est pas convaincu que ces limitations permettent d'atteindre l'objectif visé par cette mesure, à savoir „d'éviter aux enfants, autant que faire se peut, certaines conséquences d'un divorce en ajoutant à la douleur de la séparation un élément perturbateur supplémentaire que peut constituer, le cas échéant, un déménagement“. La solution retenue par le législateur français, qui prévoit une durée d'habitation pouvant aller jusqu'à la majorité du plus jeune des enfants, lui semble plus adéquate. Finalement, le Conseil d'Etat recommande de remplacer le terme „juge“, qui se retrouve à plusieurs endroits de l'article 276, par celui de „tribunal“.»

Mme le Rapporteur informe les membres de la commission que l'article 285-1 du Code civil français n'est guère prononcé par les juridictions françaises.

La limite d'âge de douze ans pour les enfants au-delà de laquelle la demande en attribution du logement familial n'est plus recevable correspond à l'âge où l'enfant a complété l'enseignement fondamental. Au-delà, l'enfant intègre l'enseignement post-primaire qui va de pair avec une certaine rupture dans la vie de l'adolescent (comme le lieu de l'établissement scolaire, le cercle des connaissances).

Deux interrogations subsistent, à savoir:

1. Qu'en est-il de la jouissance du logement familial en cas de remariage ou de vie en concubinage de l'époux non propriétaire ?

Les membres de la commission estiment, comme l'institution même de la jouissance du logement familial vise exclusivement à préserver l'intérêt de l'enfant, qu'elle continue en cas de remariage ou de vie en concubinage de l'époux.

2. Qu'en est-il de la nature et de la qualification juridique de la jouissance du logement familial attribué par le tribunal ?

Il ne s'agit pas d'un contrat de bail classique au sens des articles 1708 et suivants du Code civil, mais bien d'un droit de jouissance attribué de manière spécifique qui cesse de plein droit à l'âge de 12 ans de l'enfant mineur. Toute contestation éventuelle relève de la compétence du Tribunal civil ayant prononcé le divorce et non pas de la Justice de paix.

Le représentant du groupe politique DP donne à considérer que l'époux propriétaire de l'immeuble affecté au logement familial se voit, dans la majorité des cas, soumis à des contraintes financières supplémentaires affectant sévèrement sa situation patrimoniale (pension alimentaire, contribution alimentaire de l'enfant commun, remboursement du prêt immobilier, loyer).

L'orateur marque son désaccord avec le texte proposé.

En ce qui concerne l'interrogation soulevée par le Conseil d'Etat quant à l'imputation de l'indemnité d'occupation, l'équité commanderait qu'elle ne peut se faire que sur la pension alimentaire de l'époux. Il s'agit avant tout d'une question d'appréciation souveraine du tribunal.

L'oratrice donne lecture de sa proposition de texte concernant l'alinéa 1^{er}:

*«**Art. 276.-** Le tribunal peut, à la demande de l'époux auprès duquel un ou plusieurs enfants communs âgés de moins de 12 ans ont leur résidence principale, attribuer à celui-ci, qui exerce seul ou en commun l'autorité parentale, la jouissance du logement familial qu'il s'agisse d'un bien commun ou d'un bien appartenant en propre à l'autre conjoint.*

Le tribunal ne pourra concéder la jouissance du local servant de logement à la famille que lorsque les enfants y résident habituellement et que leur intérêt le commande.»

La commission approuve cette proposition de texte.

Chapitre III.- De la séparation de corps

Article 277

Mme le Rapporteur précise que la demande de séparation de corps peut être demandée par l'un des époux par voie d'assignation, ou conjointement par les deux époux par voie de requête dûment signée.

Elle rappelle qu'en cas de divorce pour rupture irrémédiable des relations conjugales, la commission a retenu, lors de la réunion du 23 mars 2011 (cf. projet de procès-verbal n°24) de maintenir, à défaut d'une disposition prévoyant *expressis verbis* la requête conjointe en tant que mode d'introduction d'instance, le système actuel, à savoir *l'introduction de la demande par la voie d'assignation, donc de manière unilatérale. La demande conjointe est partant exclue.*

Lors de la réunion du 30 mars 2011 (cf. projet de procès-verbal n° 25), Mme le Rapporteur avait proposé de *«réexaminer, au cours d'une prochaine réunion, l'article 240 ancien (article 239 nouveau) concernant la forme de l'introduction d'une demande en divorce pour rupture*

irréversible des relations conjugales. Tout en rappelant que la commission a retenu la forme de la seule assignation au vu de l'agencement actuel des dispositions afférentes du Nouveau code de procédure civile, l'oratrice estime que cette question mérite de plus amples réflexions.

En effet, assurer un certain parallélisme des formes, notamment quant à l'introduction de la demande en divorce va certainement dans le sens d'un rapprochement, voire d'un tronc commun de normes juridiques visant les deux cas de divorce proposés.

Ainsi, on pourrait prévoir tant la requête conjointe que l'assignation, notamment dans le cas de figure où l'une des parties n'a pas de domicile connu.».

Dans un souci de garder un parallélisme des formes, il convient d'aligner la teneur de l'article 277 sur celle de l'article 240.

Un représentant du groupe politique LSAP fait observer que la requête, par rapport à l'assignation, est moins onéreuse et présente un caractère moins «*agressif*» en ligne avec l'objectif de la pacification de la procédure de divorce.

La commission y revient lors de la réunion du mardi, 14 juin 2011 à 09h00.

Le secrétaire,
Laurent Besch

Le Président,
Christine Doerner



CHAMBRE DES DÉPUTÉS

Session ordinaire 2010-2011

LB/pk

Commission juridique

Procès-verbal de la réunion du 07 juin 2011

ORDRE DU JOUR :

- 5155 Projet de loi portant réforme du divorce
- Rapporteur : Madame Christine Doerner
- Continuation des travaux (articles 267 à 276)
(cf. tableau synoptique transmis par courrier électronique le 23 mai 2011)

*

Présents : M. Xavier Bettel, M. Ben Fayot remplaçant M. Alex Bodry, Mme Christine Doerner, Mme Lydie Err, M. Léon Gloden, M. Jacques-Yves Henckes, M. Jean-Pierre Klein, M. Marcel Oberweis remplaçant M. Paul-Henri Meyers, Mme Lydie Polfer, M. Gilles Roth, M. Lucien Weiler

Mme Marie-Anne Ketter, du Ministère de la Justice

M. Laurent Besch, de l'administration parlementaire

Excusés : M. Alex Bodry, M. Félix Braz, M. Paul-Henri Meyers

*

Présidence : Mme Christine Doerner, Président de la Commission

*

5155 Projet de loi portant réforme du divorce

Article 240 - article 239 nouveau

Mme le Rapporteur, suite à la décision de la commission de revenir à l'article sous rubrique (cf. procès-verbal de la réunion du 25 mai 2011), donne les informations suivantes:

- L'article 1106 du Code de procédure civile français oblige la partie demanderesse à indiquer dans la requête «*les demandes formées au titre des mesures provisoires et un exposé sommaire des motifs*».

Les mesures provisoires visées sont:

- la médiation,
 - la résidence séparée et la pension alimentaire,
 - le règlement provisoire des dettes,
 - l'acompte sur liquidation du régime matrimonial,
 - la gestion des biens indivis,
 - l'inventaire, et
 - la désignation d'un notaire pour projet de liquidation.
- Après l'ordonnance de conciliation, l'article 257-2 du Code civil français impose au demandeur que l'assignation comporte «*à peine d'irrecevabilité*» une proposition de règlement des intérêts pécuniaires et patrimoniaux des époux.

L'irrecevabilité doit être invoquée avant toute défense au fond.

- L'article 1115 du Code de procédure civile français prévoit: «*la proposition de règlement des intérêts pécuniaires des époux prévue par l'article 257-2 du Code civil, contient un descriptif sommaire de leur patrimoine et précise les intentions du demandeur quant à la liquidation de la communauté ou de l'indivision, et, le cas échéant, quant à la répartition des biens.*»

Il convient de noter que la proposition de règlement précitée ne constitue pas une prétention au sens de l'article 4 du Code de procédure civile français

(Article 4 du Code de procédure civile: «*L'objet du litige est déterminé par les prétentions respectives des parties.*»)

Ces prétentions sont fixées par l'acte introductif d'instance et par les conclusions en défense. Toutefois l'objet du litige peut être modifié par des demandes incidentes lorsque celles-ci se rattachent aux prétentions originaires par un lien suffisant.»

L'oratrice explique que par l'introduction du divorce pour rupture irrémédiable des relations conjugales, la donne du demandeur et du défendeur va changer et l'assignation en divorce devient le pivot de la procédure.

En effet, le défendeur va devoir accepter le principe du divorce et il ne pourra négocier que sur les demandes financières, respectivement il aura même intérêt à engager lui-même la procédure.

Avec la disparition du lien entre faute et finance, le rôle de l'avocat va changer et consistera désormais dès le début de la procédure à «*[...] de préparer et de proposer des conséquences provisoires et définitives sérieuses avec pièces à l'appui*» (cf. circulaire française n°61.11 du 23 novembre 2004).

L'obligation de la proposition de règlement dans l'assignation oblige d'avancer des propositions chiffrées sur base de pièces transparentes. Ainsi, il en résulte une accélération de la procédure et la liquidation et le partage dans la procédure de divorce.

Ladite proposition permet au juge d'avoir un aperçu global de la situation patrimoniale des époux et des conséquences pécuniaires du divorce pour chacun d'entre eux, de sorte que le juge peut, en toute connaissance de cause, accorder une avance sur parts de communauté, tenir compte de tout accord trouvé par les parties quant aux dommages et intérêts

respectivement à une indemnité compensatoire pour rachat de droits de pension, faire nommer un expert ou un médiateur ou autre professionnel. (cf. n°132.55 Dalloz Action et article dans AJ du juin 2004 par Mme Weiss-Gout).

Mme le Rapporteur donne lecture des points 6° et 7° nouveaux à insérer à l'alinéa 2 de l'article 240 - article 239 nouveau:

«6° une proposition de règlement des intérêts pécuniaires et patrimoniaux, laquelle contient un descriptif sommaire du patrimoine et précise les intentions du demandeur quant à la liquidation de la communauté ou de l'indivision et quant à la répartition des biens.

7° l'assignation contient également, s'il y a lieu, une proposition de règlement des demandes relatives aux mesures provisoires concernant les secours alimentaires des époux, respectivement des mesures concernant la personne et les secours de leurs enfants mineurs non mariés, ni émancipés.

L'irrecevabilité de l'assignation doit être invoquée avant toute défense au fond.»

Un membre de la commission fait observer que le demandeur reste libre à proposer, par le biais de la proposition de règlement des intérêts pécuniaires et patrimoniaux des époux devant figurer dans la demande en divorce, de ne pas procéder à la liquidation de la communauté et à la répartition de biens communs.

Mme le Rapporteur précise que l'article 239 nouveau doit être lu en relation avec l'article 265 – article 263 nouveau imposant à chacun des deux époux de devoir faire une déclaration de sincérité renseignant l'exactitude de ses ressources, revenus, patrimoines et conditions de vie.

Le représentant du Ministère de la Justice rappelle que la portée à conférer à cette déclaration de sincérité à introduire dans le Code civil n'est pas anodin, notamment par rapport aux impératifs découlant nécessairement de la protection des données à caractère privé.

Un représentant du groupe politique CSV s'interroge sur la nature du régime des sanctions applicables en cas de fausse déclaration.

Mme le Rapporteur rappelle que la déclaration de sincérité telle que prévue par la loi française s'analyse comme suit *«Les parties fournissent au juge une déclaration certifiant sur l'honneur l'exactitude de leur ressources, revenus, patrimoines et conditions de vie.»*

La doctrine comme la jurisprudence française regrettent que le législateur français n'ait pas prévu des sanctions spécifiques au niveau civil en cas de fausse déclaration, respectivement si les informations renseignées se révéleraient être inexactes. Ainsi, le régime commun des sanctions civiles est d'application comme l'astreinte ou encore celle prévue à l'article 1477 du Code civil. A défaut, on est obligé à devoir agir sur le plan pénal, c'est-à-dire invoquer l'escroquerie au jugement, le faux et usage de faux. (AJ, Divorce et transparence, 1^{ier} et 2^{ième} partie, octobre et novembre 2009).

Or, il échet de noter que la sanction pénale n'est pas, de par sa nature spécifique, apte à apporter une issue à la situation née par une fausse déclaration, respectivement une déclaration inexacte.

A défaut d'un régime de sanction spécifique, il y a lieu d'appliquer le régime commun des sanctions civiles ainsi que pénales.

Un membre du groupe politique CSV donne lecture de l'article 193 du Code pénal relatif au faux commis en écriture qui exige, parmi ses éléments constitutifs, le dol spécial. Ainsi, l'indication erronée ou l'oubli de renseigner une information dans la déclaration de sincérité sans dessein de nuire ne pourront être sanctionnés conformément aux dispositions de l'article 193 du Code pénal.

S'il y a eu une intention frauduleuse, encore faut-il parvenir à la prouver positivement.

Il en est de même, sur le plan des sanctions civiles, comme celle prévue par l'article 1477 du Code civil.

S'y ajoute le fait que l'action pénale est inévitablement de nature à allonger la procédure de divorce.

Un membre du groupe politique CSV fait observer que la pacification des relations entre les époux pendant la procédure de divorce et après le prononcé du jugement de divorce est un des objectifs majeurs assignés à la réforme du divorce. Or, prévoir l'application de sanctions pénales, comme proposé par le dernier alinéa nouveau à insérer à l'article 265 (article 263 nouveau) n'est pas nécessairement conforme à cet objectif.

De plus, l'obligation d'indiquer dans la demande en divorce une proposition de règlement des intérêts pécuniaires et patrimoniaux oblige la partie demanderesse à agir dans un esprit constructif, de sorte que la déclaration de sincérité n'apporte pas de plus-value.

La commission unanime décide de ne pas prévoir la déclaration de sincérité. Il s'ensuit que le dernier tiret de l'article 265 (article 263 nouveau) est supprimé.

[amendement]

Article 267 – articles 265 nouveau

Ces articles n'appellent pas d'observation particulière.

Article 268 – article 266 nouveau

Mme le Rapporteur fait observer qu'il est évident que la capitalisation des pensions alimentaires pourra être demandée par les deux époux par le biais d'une convention. En principe, le juge n'apprécie pas cette convention.

Elle peut encore être sollicitée par le débiteur notamment pour se libérer définitivement de cette charge. Dans pareille hypothèse, le juge est souverain d'accepter cette demande ou de la refuser. Il appartient au juge de faire le calcul suivant l'espérance de vie du débiteur et du taux de capitalisation par un calcul actuariel. Le juge fixe le montant sous forme d'un montant global ou par annuités.

Ainsi, le créancier doit aussi pouvoir demander la capitalisation de la pension alimentaire.

Il convient de souligner que le montant versé à titre de capital n'est pas susceptible, au contraire de la pension alimentaire, d'être modifié.

La commission y reviendra, alors qu'elle est dans l'attente d'une prise de position du Gouvernement (cf. courrier du 16 décembre 2010 envoyé au Premier Ministre, Ministre d'Etat au sujet du volet du rachat rétroactif des droits de pension).

Article 269 – article 267 nouveau

Mme le Rapporteur rappelle que le texte proposé vaut aussi pour la procédure du divorce par consentement mutuel. L'article 230, dernier alinéa tel que retenu par la commission comporte un renvoi à l'article 269.

Le texte tel que proposé prévoit tant pour le débiteur que pour le créancier, la faculté de demander la modification de la pension alimentaire dans le cas de figure d'une détérioration de sa situation indépendamment de sa volonté.

Il est encore prévu que la pension alimentaire peut être modifiée sur demande suite à une amélioration de la situation du créancier.

Mme le Rapporteur propose d'ajouter un dernier alinéa nouveau suite à la remarque afférente du Conseil d'Etat.

Le représentant du Gouvernement fait observer que l'article comporte à la fois des dispositions relatives à la pension alimentaire et à la prestation compensatoire ce qui pourrait induire en erreur.

La pension alimentaire est la «*pension versée à titre d'aliments, c'est-à-dire en exécution d'une obligation alimentaire ou d'entretien*» (Vocabulaire juridique, Association Henri Capitant, Gérard Cornu, PUF).

La contribution compensatoire, disposition introduite dans la législation française en 1975 (articles 270 et 271 du Code civil), est, selon l'article 2 de l'article 270 du Code civil français une «*[...] prestation destinée à compenser, autant qu'il est possible, la disparité que la rupture du mariage crée dans les conditions de vie respectives. Cette prestation a un caractère forfaitaire. Elle prend la forme d'un capital dont le montant est fixé par le juge. [...]*».

La commission unanime décide de prévoir l'alinéa dernier nouveau relatif à la prestation compensatoire dans un article distinct.

Le secrétaire,
Laurent Besch

Le Président,
Christine Doerner

CHAMBRE DES DÉPUTÉS

Session ordinaire 2010-2011

LB/yh

Commission juridique

Procès-verbal de la réunion du 25 mai 2011

ORDRE DU JOUR :

1. 6209 Projet de loi portant:
 - transposition de la directive 2008/51/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 mai 2008 modifiant la directive 91/477/CEE du Conseil relative au contrôle de l'acquisition et de détention d'armes, et
 - modification de la loi modifiée du 15 mars 1983 sur les armes et munitions
 - Rapporteur: Monsieur Gilles Roth
 - Continuation de l'examen de l'avis du Conseil d'Etat

2. 6046 Projet de loi portant:
 1. approbation
 - a) de la Convention du Conseil de l'Europe pour la protection des enfants contre l'exploitation et les abus sexuels ouverte à la signature à Lanzarote les 25-26 octobre 2007
 - b) du Protocole facultatif à la Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant, concernant la vente d'enfants, la prostitution des enfants et la pornographie mettant en scène des enfants
 2. modification de certains articles du Code pénal et du Code d'instruction criminelle
 - Rapporteur: Monsieur Lucien Weiler
 - Examen du 2e avis complémentaire du Conseil d'Etat

3. 5155 Projet de loi portant réforme du divorce
 - Rapporteur : Madame Christine Doerner
 - Continuation de l'examen de l'avis complémentaire du Conseil d'Etat

*

Présents : M. Xavier Bettel, M. Alex Bodry, M. Félix Braz, Mme Christine Doerner, Mme Lydie Err, M. Gast Gibéryen en remplacement de M. Jacques-Yves Henckes, M. Jean-Pierre Klein, M. Paul-Henri Meyers, Mme Lydie Polfer, M. Gilles Roth, M. Lucien Weiler

Mme Marie-Anne Ketter, Mme Claudine Konsbruck, du Ministère de la Justice

M. Laurent Besch, de l'administration parlementaire

Excusés : M. Léon Gloden, M. Jacques-Yves Henckes

*

Présidence : Mme Christine Doerner, Président de la Commission

*

1. **6209** **Projet de loi portant:**
 - **transposition de la directive 2008/51/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 mai 2008 modifiant la directive 91/477/CEE du Conseil relative au contrôle de l'acquisition et de détention d'armes, et**
 - **modification de la loi modifiée du 15 mars 1983 sur les armes et munitions**

Article 1^{er}

Point 13 – article 12, alinéa 4 nouveau

Ce point n'appelle pas d'observation.

Point 14 – article 16, alinéa 2

Le point 14 ne donne pas lieu à observation.

Point 15 – article 20

Ce point n'appelle pas d'observation.

Point 16 – article 20, alinéas 2 et 3 nouveaux

Il convient de noter que la délivrance de l'autorisation d'une arme à un mineur est en principe interdite, sauf pour l'exercice de la chasse et du tir sportif.

Cette dérogation est assortie de deux conditions, à savoir (i) une condition d'âge spécifique (14 ans révolus pour les armes non à feu et 16 ans révolus pour les armes à feu) et (ii) l'autorisation parentale avant la délivrance de l'autorisation au mineur, ainsi qu'une surveillance du mineur par une personne lors de l'exercice de tir par la présence, et sous la responsabilité, d'une personne disposant de l'autorité parentale ou d'une personne majeure disposant d'un permis de port d'armes de chasse ou de sport, en fonction du permis délivré au mineur.

En ce qui concerne l'autorisation parentale préalable requise, il échet de préciser que celle-ci résulte de manière expresse par l'introduction d'une demande en vue de la délivrance d'une autorisation d'armes auprès du Ministère de la Justice.

Il importe de différencier, pour le mineur, entre les conditions de délivrance de l'autorisation d'armes et les conditions d'utilisation de l'arme autorisée.

[à préciser dans le commentaire des articles]

La commission unanime approuve la proposition d'ajouter après les termes «[...] y a consenti» ceux de «**par écrit**».

M. le Rapporteur propose de compléter le texte de loi en y prévoyant expressément que l'achat d'armes par des mineurs est strictement interdit, même si des mineurs peuvent être autorisés à manier des armes pour la chasse ou le tir sportif.

Il s'avère que l'article 5, paragraphe (5), point a) de la directive 91/477/CEE fait l'objet, dans le cadre du contrôle de la transposition de la directive 2008/51/CE par les Etats membres, d'une interprétation très restrictive par la Commission européenne (3^{ième} réunion en date du 21 mars 2011 du «groupe de contact» prévu par l'article 13 paragraphe 3 de la directive 91/477/CEE).

Il s'agit d'éviter de se voir reprocher ultérieurement une transposition non conforme de la directive 2008/51/CE.

Afin de tenir compte des critiques du Conseil d'Etat quant à un mélange des conditions de délivrance de l'autorisation au mineur et des conditions d'utilisation de l'arme ainsi autorisée, la Commission juridique propose de scinder l'alinéa nouveau proposé en deux alinéas distincts et de supprimer encore les termes «*Par ailleurs*». Il est ainsi plus clair que l'alinéa 2 nouveau traite des conditions de délivrance de l'autorisation, tandis que l'alinéa 3 nouveau traite des conditions d'utilisation des armes par le mineur.

[amendement]

Point 17 – articles 22-1 à 22-5 nouveaux

Le point 17 vise à transposer les articles 7 et 11 à 14 de la directive 91/477/CEE, à savoir les conditions et modalités permettant des transferts définitifs et provisoires d'armes et munitions entre Etats membres effectués par les armuriers et les particuliers.

Les articles 22-1 et 22-2 nouveaux visent à réglementer les transferts d'armes et de munitions entre les armuriers et les commerçants d'armes à l'intérieur de l'Union européenne.

Les articles 22-3 et 22-4 nouveaux concernent le voyage avec des armes entre Etats membres moyennant la carte européenne d'armes à feu.

Ainsi, l'article 22-3 vise les voyages effectués par des résidents luxembourgeois vers et/ou à travers un autre Etat membre, ce qui se fait moyennant la délivrance d'une carte européenne d'armes à feu par le Ministre de la Justice, à munir le cas échéant de l'autorisation préalable, communément appelée «visa», des autorités compétentes de l'Etat membre de transit et/ou de destination.

La Commission juridique reprend la proposition de texte formulée par le Conseil d'Etat quant à l'article 22-3 nouveau, sauf à la prévoir en tant qu'alinéa 3 nouveau. Elle propose de supprimer et de remplacer la 2^{ème} phrase de l'alinéa 2 par la 2^{ème} phrase de l'alinéa 3.

Elle propose encore de supprimer la 1^{ère} et la 3^{ème} phrase de l'alinéa 3 initial.

[amendement]

L'article 22-4 vise l'hypothèse inverse, à savoir le voyage d'un résident d'un autre Etat membre vers et/ou à travers le Luxembourg avec des armes. A cette fin, le voyageur doit

présenter au ministre de la Justice la carte européenne d'armes à feu qui lui a été délivrée par les autorités compétentes de son Etat de résidence, aux fins d'apposition dudit «visa».

Le représentant du Ministère de la Justice explique que le Luxembourg ne transpose pas la dérogation telle que prévue à l'article 12, paragraphe (2), alinéa 1^{er} de la directive 91/477/CEE, à savoir la dispense du visa de l'Etat membre de destination en matière de chasse et de tir sportif pour les voyages vers ou à travers le Luxembourg. La mise en œuvre de ladite dérogation sur le plan national aurait signifié l'abandon du principe de la soumission à autorisation de toutes les armes à feu (catégorie II).

Il convient de préciser que l'article 12, paragraphe (2), alinéa 3 de la Directive 91/477/CEE permet à un Etat membre de soumettre les armes à feu à autorisation.

La commission unanime approuve ce système de transferts des armes et de munitions qui présente l'avantage de la souplesse eu égard à la pratique administrative actuelle.

Point 17bis) nouveau – article 23, alinéa 2

Il est proposé d'ajouter à l'article 1^{er} du projet de loi un point 17bis) nouveau, libellé comme suit :

*«**17bis)** A l'article 23, alinéa 2, de la même loi, le montant de 24 euros est remplacé par celui de 90 euros.»*

M. le Rapporteur explique qu'en date du 18 février 2011, le Conseil de Gouvernement a adopté un projet de règlement grand-ducal portant modification du règlement grand-ducal modifié du 13 avril 1983 pris en exécution de la loi sur les armes et munitions afin d'adapter, notamment, les montants des taxes dues en matière d'armes. Ce règlement a également été avisé par le Conseil d'Etat en date du 8 avril 2011.

Il est proposé, afin de permettre cette adaptation des taxes par rapport au maximum actuellement prévu à l'article 23, alinéa 2 de la loi modifiée du 15 mars 1983, de prévoir une certaine marge de manœuvre en cas d'adaptation future éventuelle des taxes sans devoir modifier à nouveau la loi modifiée du 15 mars 1983.

[amendement]

Point 17ter) nouveau – article 25

Il est proposé d'ajouter à l'article 1^{er} du projet de loi un point 17ter) nouveau, libellé comme suit :

*«**17ter)** A l'article 25 de la même loi, le montant de 120 euros est remplacé par celui de 150 euros.»*

L'amendement proposé repose sur les mêmes considérations que l'amendement ci-avant, au commentaire duquel il est renvoyé.

[amendement]

Point 18 – article 27-1 nouveau

La commission unanime accueille favorablement la proposition de M. le Rapporteur d'ajouter à l'alinéa 2, première phrase in fine les termes «*et les commerçants d'armes*».

Dans un souci de sécurité juridique, il est de sorte précisé que tant l'armurier agréé que le commerçant d'armes peuvent effectuer à titre accessoire des opérations de courtage en relation avec des armes relevant de la catégorie II.

[amendement]

Point 19 – article 28

M. le Rapporteur, eu égard aux observations du Conseil d'Etat, propose d'amender l'article 28 de la manière suivante:

«Art. 28. Les infractions aux dispositions de la présente loi et des règlements grand-ducaux pris en son exécution sont punies d'un emprisonnement de huit jours à six mois et d'une amende de 251 euros à 5.000 euros.

*Par dérogation à l'alinéa précédent, les maxima de la peine d'emprisonnement et de l'amende sont fixés respectivement à cinq ans et à 250.000 euros pour les infractions **et les tentatives d'infractions à l'article 3, alinéa 6, et aux articles 4, 7 et 27-1.***

Sont punis des peines prévues à l'alinéa 2 tous ceux qui procèdent ou qui tentent de procéder à la fabrication illicite ou au trafic illicite d'armes à feu ou de munitions.»

Cette proposition d'amendement recueille l'accord unanime de la commission.

[amendement]

Point 20 – article 28-1 nouveau

L'amendement proposé sous le point 19) entraîne la suppression du point 20.

Article 2

Cet article relatif à l'entrée en vigueur ne donne pas lieu à observation.

Le projet de lettre d'amendement sera transmis aux membres de la commission pour avis et à l'expiration d'un délai de deux jours, continué au Conseil d'Etat.

2. 6046 Projet de loi

portant:

1. approbation

a) de la Convention du Conseil de l'Europe pour la protection des enfants contre l'exploitation et les abus sexuels ouverte à la signature à Lanzarote les 25-26 octobre 2007

b) du Protocole facultatif à la Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant, concernant la vente d'enfants, la prostitution des enfants et la pornographie mettant en scène des enfants

2. modification de certains articles du Code pénal et du Code d'instruction

criminelle

M. le Rapporteur rappelle que la commission avait décidé d'abandonner la réserve et de supprimer partant l'article V entraînant de sorte l'obligation pour le Luxembourg d'incriminer la tentative de l'infraction de détenir ou de consulter des écrits, imprimés, images, photographies, films ou autres objets à caractère pornographique impliquant ou présentant des mineurs et la tentative de sollicitation d'enfants à des fins sexuelles.

Le Conseil d'Etat, dans son 2^{ème} avis complémentaire du 17 mai 2011, estime que la formulation d'une réserve à une convention internationale autant que l'abandon de celle-ci relève d'un choix de nature politique.

En ce qui concerne l'incrimination de la tentative précitée, il fait observer que «*la tentative est punie des mêmes peines que l'infraction consommée. [...] Le Conseil d'Etat s'interroge sérieusement sur les raisons qui amènent les auteurs de l'amendement à assimiler la tentative et l'infraction consommée.*»

L'orateur explique que le maintien des deux amendements parlementaires du 1^{er} avril 2011 (doc. parl. 6046⁶) nécessite, eu égard aux observations précitées du Conseil d'Etat, l'adoption de nouveaux amendements parlementaires. La procédure législative s'en trouve de nouveau allongée, alors que le projet de loi a été déposé le 25 mai 2009. L'adoption du projet de loi étant devenu entretemps urgente, compte tenu des engagements internationaux souscrits par le Luxembourg, il propose d'abandonner les deux amendements parlementaires précités du 1^{er} avril 2011. Cette vue est partagée par le Ministère de la Justice.

Le représentant du groupe politique DP prône pour le maintien des amendements du 1^{er} avril 2011 et insiste à prévoir l'incrimination de la tentative des deux infractions visées de manière à être conforme à la suggestion du Conseil d'Etat.

Le représentant du groupe politique déi gréng partage le même point de vue.

Soumise au vote, la proposition de M. le Rapporteur d'abandonner les deux amendements du 1^{er} avril 2011 recueille une majorité de 7 voix contre 3 voix (groupes politiques DP et déi gréng) et une abstention (Mme Lydie Err).

[pour le calcul du résultat du vote, il échet de noter qu'un membre de la commission a été excusé et n'a été pas représenté]

3. 5155 Projet de loi portant réforme du divorce

Mme le Rapporteur propose de revenir à l'article 240 du Code civil.

Article 240 - article 239 nouveau

Mme le Rapporteur propose de modifier le point 6 de l'article 240 de la manière suivante:

«6° une proposition de règlement des intérêts pécuniaires et patrimoniaux des époux qui contient un descriptif sommaire de leur patrimoine et précise les intentions du demandeur quant à la liquidation de la communauté ou de l'indivision, et, le cas échéant quant à la répartition des biens.»

L'oratrice explique que ce texte, inspiré de la législation française, oblige l'époux demandeur, dès l'introduction de la demande en divorce, à formuler une proposition quant à la liquidation et au partage des biens communs et indivis.

Ainsi, les époux sont incités, dès le dépôt de l'assignation en divorce, à entamer des pourparlers prospectifs aux fins de formuler un accord quant aux modalités de liquidation et de partage des biens communs ou indivis. Cette visée s'inscrit dans l'objectif principal du projet de loi qui vise à pacifier les relations entre les époux notamment pendant la durée de la procédure de divorce. De plus, la durée de la procédure de divorce pourrait se voir écourter et une plus grande place est accordée à la volonté des parties (cf. Dalloz Action, Droit de la famille, Assignation en divorce, n°132.154 et suivants)

La représentante du groupe politique LSAP fait observer que cette proposition de texte comporte l'avantage de faire débiter les discussions au sujet de la liquidation et du partage du patrimoine commun des époux dès l'introduction de la demande en divorce. Actuellement, ces discussions ne commencent en principe que dans une deuxième phase, après le prononcé du jugement de divorce.

Mme le Rapporteur précise que le point 6° proposé doit être lu en relation avec l'article 265, alinéa 3, nouveau dernier tiret (cf. ci-après) qui impose la déclaration de sincérité à chacun des époux.

Ledit point n°6 repose sur trois points saillants, à savoir (i) un descriptif sommaire du patrimoine des époux, (ii) les intentions du demandeur quant à la liquidation de la communauté et de l'indivision et (iii) la répartition des biens de la communauté et de l'indivision.

Le terme «*patrimoine*» vise tant le patrimoine propre des deux époux que leur patrimoine commun. L'inclusion du patrimoine propre des époux parmi les éléments du descriptif sommaire permet précisément à l'époux demandeur en divorce de pouvoir faire, en connaissance de cause, une proposition de règlement réelle.

L'oratrice, sur suggestion de certains membres de la commission, déclare vouloir faire les recherches nécessaires au sujet de l'application du texte français correspondant.

Articles 259 et 260 – articles 257 et 258 nouveaux

Ces articles ne donnent pas lieu à observation.

Section III.- Des effets du divorce quant aux époux

Le Conseil d'Etat propose, en ce qui concerne l'intitulé de la section, de remplacer les termes «*quant aux époux*» par ceux de «*pour les époux*».

La commission approuve cette proposition de texte.

Article 261 – article 259 nouveau

Ledit article n'appelle pas d'observation.

Article 262 – article 260 nouveau

Mme le Rapporteur propose d'amender l'article 262 – article 260 nouveau comme suit:

«**Art. 2620** . Le divorce est sans incidence sur les avantages matrimoniaux consentis par l'un des époux au profit de l'autre par contrat de mariage, à moins que ce dernier n'en dispose autrement.»

L'avantage matrimonial est le «*profit particulier qui résulte du fonctionnement du régime matrimonial pour un époux (désigné en personne ou comme survivant); traitement préférentiel qui, favorisant son bénéficiaire comme copartageant, n'est pas regardé par la loi commune une donation. [...] Ex. préciput, attribution de plus de la moitié de la communauté, communauté universelle, prélèvement moyennant indemnité sont des avantages matrimoniaux.*» (Vocabulaire juridique, page 507, Association Henri Capitant, PUF, 1987).

L'avantage matrimonial répond à un besoin d'équité en ce qu'il confère une certaine assise matérielle, notamment au profit du conjoint survivant.

L'article 262 actuel, dont le libellé résulte de la loi du 5 décembre 1978 (doc. parl. 1848), érige la perte des avantages matrimoniaux dans le chef de l'époux fautif en tant que conséquence de cette faute reconnue par le juge comme cause justifiant le divorce.

Le libellé proposé maintient la logique de l'article 262 tel qu'amendé par la Commission juridique, à savoir que le divorce est sans incidence sur les avantages matrimoniaux consentis par contrat de mariage, à moins que le contrat de mariage n'en dispose autrement. Ainsi, la volonté des parties est respectée.

En effet, rien n'empêche les époux à prévoir, par une clause spécifique dans leur contrat de mariage, que les avantages matrimoniaux consentis ne sont plus dus en cas de divorce.

Le représentant du groupe politique LSAP s'interroge s'il n'y a pas lieu de prévoir des dispositions transitoires, notamment en raison des modifications législatives importantes proposées.

La commission y reviendra ultérieurement.

Article 263 – article 261 nouveau

Mme le Rapporteur explique que l'article sous rubrique vise notamment les contrats d'assurances (assurance-vie) qui ne font pas partie de la masse des biens soumis aux opérations de liquidation et de partage.

L'article n'appelle pas d'observation.

Article 264 – article 262 nouveau

Ledit article ne donne pas lieu à observation.

Article 265 – article 263 nouveau

Le Conseil d'Etat fait observer que «*Dans son avis du 16 mars 2004 précité, le Conseil d'Etat avait critiqué le caractère indemnitaire de la pension alimentaire que le projet de loi visait à instaurer. Dans le commentaire des articles sous examen, la commission parlementaire explique longuement pour quelles raisons elle ne saurait partager le point de vue du Conseil d'Etat. Cependant, le texte amendé semble suivre les recommandations du*

Conseil d'Etat. En effet, l'article 265, alinéa 1 ne reprend plus l'objectif fixé par le projet initial, à savoir de „compenser, autant que possible, la disparité que la rupture du mariage crée dans les conditions de vie respectives“. Le nouveau libellé se limite à allouer une pension alimentaire destinée à subvenir à l'entretien du demandeur. Le Conseil d'Etat marque son accord aux critères sur lesquels le tribunal devra baser sa décision. Il constate que la commission parlementaire introduit la notion de „déclaration de sincérité“ à faire par les parties sur leur situation patrimoniale exacte. Cette notion se rapproche de la „déclaration certifiant sur l'honneur l'exactitude de leurs ressources, revenus, patrimoine et conditions de vie“ prévue à l'article 272 du Code civil français. Le législateur français a parallèlement introduit cette notion dans le Code de procédure civile. Le Conseil d'Etat estime que les règles relatives à la forme et au contenu de cette déclaration de sincérité devraient être introduites dans le NCPC, de même qu'une sanction relative à une éventuelle fausse déclaration.».

Mme le Rapporteur concède que l'application et la mise en œuvre des modalités préalables des sanctions pénales telles que prévues par la législation française ne sont pas sans soulever de nombreuses difficultés.

En ce qui concerne le régime de la sanction civile, il est renvoyé à l'article 60 du Nouveau code de procédure civile libellé comme suit:

«Art. 60. Les parties sont tenues d'apporter leur concours aux mesures d'instruction sauf au juge à tirer toute conséquence d'une abstention ou d'un refus.

Si une partie détient un élément de preuve, le juge peut, à la requête de l'autre partie, lui enjoindre de le produire, au besoin à peine d'astreinte. Il peut, à la requête de l'une des parties, demander ou ordonner, au besoin sous la même peine, la production de tous documents détenus par des tiers s'il n'existe pas d'empêchement légitime.»

Les sanctions pénales applicables sont principalement le faux et l'usage de faux (articles 193 à 226 du Code pénal).

Or, quelles que soient les peines susceptibles d'être encourues, la difficulté majeure réside dans l'obligation de rapporter la preuve positive. De plus, si on ignore tout simplement l'existence, dans le chef de l'autre époux, de ressources ou de revenus non renseignés, comment concevoir l'idée d'un régime des sanctions ?

La commission retient le principe d'un amendement en vue de prévoir le régime de la forme et du contenu de la déclaration de sincérité dans le Nouveau code de procédure civile.

Article 266- article 264 nouveau

Le Conseil d'Etat fait observer qu'«*Indépendamment de la pension alimentaire, l'article 266 nouveau introduit le principe d'une prestation compensatoire visant à réparer le préjudice subi par l'époux qui a interrompu son activité professionnelle pour des raisons d'ordre familial ou dans l'intérêt de l'autre conjoint. Par cette disposition, la commission parlementaire entend introduire le principe du splitting des droits à pension. Le Conseil d'Etat avait dans son avis du 16 mars 2004 insisté sur une solution parallèle relative à l'individualisation des droits et le partage des droits en matière d'assurance pension. Pour tenir compte du fait qu'un époux n'a pas pu exercer une activité professionnelle ou a eu une activité professionnelle réduite pour des raisons familiales, un certain nombre de pays, dont notamment l'Allemagne, l'Angleterre et la Suisse, ont prévu le partage des droits à pension de retraite acquis pendant le mariage. La plupart du temps, le partage se concrétise par le*

transfert d'une partie des droits du titulaire à son conjoint et en principe non pas par un versement en espèces.

La solution retenue par la commission parlementaire consiste à allouer une prestation compensatoire au conjoint ayant interrompu complètement ou partiellement son activité professionnelle. Le texte proposé prévoit une compensation en cas d'interruption non seulement pour des raisons d'ordre familial, mais encore pour favoriser la carrière de l'autre conjoint au détriment de la sienne ou pour encadrer un membre de famille en situation de dépendance. D'après le Conseil d'Etat, les causes énoncées pour l'abandon ou la réduction de l'activité professionnelle pourraient au demeurant se limiter aux raisons d'ordre familial, qui couvrent à son avis à suffisance de droit l'hypothèse assez subjective d'un abandon de l'activité „pour favoriser la carrière de l'autre conjoint au détriment de la sienne“ ou celle d'encadrer un membre de la famille dépendant.

A la lecture du commentaire de l'article, on pourrait croire que cette prestation se confond avec la pension alimentaire. Or, l'agencement et le libellé des articles n'admettent pas une telle interprétation mais, au contraire, permettent de conclure qu'une prestation compensatoire, qui se distingue de la pension alimentaire par sa nature même, pourra être allouée à l'époux qui a interrompu partiellement ou totalement son activité professionnelle, même s'il n'est pas dans le besoin et ne bénéficie de ce fait pas d'une pension alimentaire.

L'article 265 relatif à la pension alimentaire détermine le mode de fixation de la pension alimentaire „selon les besoins de l'époux à qui elle est versée et des ressources de l'autre“. Par contre, l'article 266, qui impose aux services de la Sécurité sociale de fournir les calculs nécessaires pour évaluer le préjudice, ne donne aucune indication quant à la base des calculs à effectuer.

Sur la base de ces informations, le tribunal devra déterminer le montant de la prestation compensatoire ou le montant du capital à verser à son profit par l'autre conjoint, en se basant comme seul critère sur la disposition prévue à l'article 214. Or, le renvoi à cet article ne donne pas de réponse satisfaisante à cette problématique: cette disposition prévoit en effet qu'à défaut de règle conventionnelle, chaque époux contribue aux charges du ménage à proportion de ses facultés. Dès lors, en fixant le montant de la compensation, le juge devra-t-il évaluer les facultés respectives des époux ex post, en tenant compte de leurs ressources pécuniaires, de leurs contributions en nature et de l'intégralité des charges auxquelles les époux ont fait face durant le mariage? Une telle mission du juge, qui s'ajouterait à la détermination de la perte effectivement subie dans la carrière d'assurance pension de vieillesse de l'un des époux par rapport à l'autre, relèverait de l'impossible.

D'après le Conseil d'Etat, il n'est pas admissible que le tribunal se remette aux services de la Sécurité sociale pour calculer une prestation sans qu'on fixe à ceux-ci des lignes de conduite précises.

La sécurité sociale, c'est-à-dire le Centre commun de la sécurité sociale ou l'organisme de pension compétent, peut certes fournir des données sur le revenu professionnel de ses assurés; toutefois, il faut se rendre à l'évidence que ces données connaissent certaines limites:

– Toutes les personnes relevant du droit civil ne sont pas nécessairement assurées auprès de la sécurité sociale luxembourgeoise. Tel est le cas pour les fonctionnaires internationaux, disposant de leur propre régime de sécurité sociale, ou encore de personnes relevant ou ayant relevé sur une certaine période d'un régime de sécurité sociale étranger. Pour les fonctionnaires luxembourgeois, les données disponibles auprès du Centre commun de la sécurité sociale ne le sont qu'à partir de 1999.

- Les revenus professionnels disponibles sont plafonnés en règle générale au quintuple du salaire social minimum.
- La sécurité sociale ne dispose pas de données sur les autres revenus disponibles du ménage.

Au regard du dispositif proposé, on pourrait admettre que les auteurs entendent remplacer ce que le conjoint „aurait gagné“ s’il n’avait pas abandonné ou réduit son activité. Si l’on accepte les données de la sécurité sociale, malgré ces lacunes, en lieu et place d’éléments de preuve à fournir par les parties, les données ne peuvent renseigner que sur le revenu professionnel, dont un assuré disposait au moment où il a cessé ou réduit son activité professionnelle. En aucun cas, les services de la sécurité sociale ne sauraient calculer de manière spéculative quel aurait été le revenu professionnel si la personne concernée n’avait pas abandonné ou réduit son activité professionnelle. De l’avis du Conseil d’Etat, le point de repère ne peut être constitué que par le salaire dont la personne concernée disposait au moment de l’abandon ou de la réduction de l’activité professionnelle. Cette base permettrait aux services de la sécurité sociale de reconstituer la carrière d’assurance en prenant en compte certains éléments tels les baby-years, les cotisations des aidants prises en charge par l’assurance dépendance ou encore des cotisations versées volontairement à charge du ménage pendant l’interruption ou la réduction de l’activité professionnelle.

Même si le Conseil d’Etat approuve entièrement la volonté de la commission parlementaire de trouver une solution par rapport au partage des droits en matière d’assurance pension, il ne saurait cependant souscrire à la démarche empruntée. Sans vouloir remettre en cause cette souplesse nécessaire en la matière, l’esquisse de la solution reste trop sommaire, de sorte que le Conseil d’Etat doit s’y opposer formellement en raison de l’insécurité juridique qu’elle comporte.

Si le législateur entend poursuivre dans la voie esquissée, deux solutions pourront être envisagées: l’époux qui a interrompu sa carrière se verra attribuer une prestation compensatoire qui représentera le montant des cotisations nécessaire pour couvrir, moyennant un achat rétroactif, soit les périodes d’interruption ou de réduction de la carrière d’assurance pension, soit la moitié de la différence des revenus cotisables ou pensions portés en compte au profit des deux époux pendant la période considérée.

L’article 268 proposé prévoit que la prestation compensatoire peut être versée sous forme de capital et que ce capital doit être employé intégralement au rachat des droits à pension du bénéficiaire. Aux yeux du Conseil d’Etat, la prestation compensatoire qui est échelonnée doit également être versée à l’organisme de pension compétent pour l’achat rétroactif. Par ailleurs, il y a lieu d’accorder à l’organisme de pension une action directe contre le débiteur de la prestation compensatoire.

Enfin, le Conseil d’Etat estime qu’il convient de prévoir certaines adaptations à la législation de la sécurité sociale.

Aussi, le Conseil d’Etat propose-t-il de reformuler l’article 266 et, suivant la solution pour laquelle la commission parlementaire optera, recommande-t-il un des libellés suivants:

Hypothèse 1

„Art. 266. *Si l’un des époux a interrompu ou réduit son activité professionnelle pour des raisons d’ordre familial, le tribunal détermine à son profit et à charge de l’époux qui a continué son activité professionnelle ou qui a bénéficié d’un revenu de remplacement, une prestation compensatoire représentant le montant des cotisations nécessaire pour couvrir moyennant un achat rétroactif les périodes d’interruption ou de réduction de la carrière d’assurance pension.*

Pour ce faire, le tribunal se base sur le montant des cotisations, établi par l'organisme de pension compétent, d'après les règles que celui-ci applique, en prenant en considération la moyenne des revenus cotisables portés en compte pendant les trois mois précédant l'interruption ou la réduction de l'activité professionnelle pour raisons familiales. Sont portées en déduction les cotisations imputées à un autre titre pendant la période considérée.

Le tribunal peut refuser, en tout ou partie, la prestation compensatoire, lorsque celle-ci s'avère manifestement inéquitable pour des motifs tenant à la liquidation du régime matrimonial ou à la situation économique des époux après le divorce.“

Hypothèse 2

„Art. 266. Si l'un des époux a interrompu ou réduit son activité professionnelle pour des raisons d'ordre familial, le tribunal détermine à son profit et à charge de l'époux qui a continué son activité professionnelle ou qui a bénéficié d'un revenu de remplacement, une prestation compensatoire représentant le montant des cotisations nécessaire pour couvrir moyennant un achat rétroactif la moitié de la différence des revenus cotisables ou pensions portés en compte au profit des deux époux pendant la période considérée.

Pour ce faire, le tribunal se base sur le montant des cotisations, établi par le ou les organismes de pension compétents, d'après les règles applicables. Sont portées en déduction les cotisations imputées à un autre titre pendant la période considérée.

Le tribunal peut refuser, en tout ou partie, la prestation compensatoire, lorsque celle-ci s'avère manifestement inéquitable pour des motifs tenant à la liquidation du régime matrimonial ou à la situation économique des époux après le divorce.“

Les dispositions suivantes seront applicables dans les deux hypothèses:

L'alinéa 2 de l'article 268 est à libeller comme suit:

„La prestation compensatoire est versée par l'époux débiteur, suivant les modalités de paiement déterminées par le tribunal, à l'organisme de pension compétent pour l'achat rétroactif. L'organisme de pension dispose d'une action directe contre le débiteur de la prestation compensatoire.“

Dispositions additionnelles et transitoires

„Art. x. A l'article 174 du Code de la sécurité sociale et à l'article 6 de la loi modifiée du 3 août 1998 instituant des régimes spéciaux pour les fonctionnaires de l'Etat et des communes ainsi que pour les agents de la Société nationale des chemins de fer l'alinéa 1 est complété par la phrase suivante:

„Les conditions prévues ci-avant ne s'appliquent pas, si l'achat est effectué sur base de l'article 266 du Code civil.“ “

„Art. y. L'article 197 du Code de la sécurité sociale et l'article 20 de la loi modifiée du 3 août 1998 instituant des régimes spéciaux pour les fonctionnaires de l'Etat et des communes ainsi que pour les agents de la Société nationale des chemins de fer ne s'appliquent pas lorsque le conjoint divorcé a bénéficié d'un achat rétroactif de périodes en application de l'article 266 du Code civil.“

Le texte proposé par le Conseil d'Etat ne tient pas compte des pensions complémentaires souscrites pour l'un des époux par son employeur ou des assurances personnelles de prévoyance vieillesse, souscrites individuellement auprès d'une banque ou d'une compagnie d'assurances. Ces éléments devront être pris en compte lors de la liquidation selon les règles du droit commun.»

Mme le Rapporteur propose d'amender l'article 264 de la manière suivante à l'instar de la loi française:

«Art. 264.- L'un des époux peut être tenu de verser à l'autre une prestation destinée à compenser autant qu'il est possible, la disparité que la rupture du mariage crée dans leur situation respective en matière de pensions de retraite.

A cet effet, le juge prend en considération les conséquences des choix professionnels, faits par l'un des époux pendant la vie commune pour l'éducation des enfants et du temps qu'il faudra encore y consacrer ou pour favoriser la carrière de son conjoint au détriment de la sienne.»

L'oratrice explique que le nouveau libellé proposé, comme le texte amendé et avisé, part de l'hypothèse que le choix professionnel respectif des époux a fait l'objet d'un commun accord des époux..

Certains membres de la commission estiment que le texte initialement proposé était moins restrictif. De même, ils soulèvent la difficulté de rapporter la preuve du choix commun.

Le cas de figure où l'époux qui travaille à temps partiel afin de s'occuper des enfants communs et qui gagne un salaire supérieur à celui de l'autre époux qui travaille à plein temps est susceptible d'être couvert par la compensation de la «disparité que la rupture du mariage crée dans leur situation respective». Or, est-ce justifié et dans la lignée de l'intention de la Commission juridique; la question demeure entière.

La proposition de la Commission juridique, en ce qui concerne les droits en matière d'assurance pension, obéit au raisonnement que la somme de la cotisation sociale due à titre d'assurance pension est perçue sur le salaire de l'époux qui constitue un revenu pour la communauté alors qu'il s'agit d'une prestation d'ordre financier individuelle au seul bénéfice de cet époux.

Mme le Rapporteur lance l'idée de prévoir, au niveau du régime primaire, le paiement des cotisations pension vieilles du conjoint qui abandonne son travail pour se consacrer au ménage et à l'éducation des enfants.

Elle rappelle le courrier que la Commission juridique avait envoyé le 18 décembre 2010 à Monsieur le Premier Ministre demandant de connaître la prise de position du Gouvernement au sujet des deux options proposées par le Conseil d'Etat dans sons avis complémentaire du 16 juillet 2010 sur le rachat rétroactif des droits à pension, ainsi que de la proposition de la Commission juridique.

De source officieuse, il semblerait que la réponse du Gouvernement est en cours de finalisation. Il apparaît encore que le Gouvernement propose la mise en place d'un groupe de travail afférent.

Le Secrétaire,

Le Président,

Laurent Besch

Christine Doerner

CHAMBRE DES DÉPUTÉS

Session ordinaire 2010-2011

LB/pk

Commission juridique

Procès-verbal de la réunion du 04 mai 2011

ORDRE DU JOUR :

1. 6138 Projet de loi portant incrimination des entraves à l'exercice de la justice et portant modification du Code pénal et du Code d'instruction criminelle
 - Rapporteur : Monsieur Gilles Roth
 - Présentation et adoption d'un projet de rapport
2. 6254 Projet de loi portant modification de la loi modifiée du 7 novembre 1996 portant organisation des juridictions d'ordre administratif
 - Présentation et adoption d'un projet de rapport
3. 6267 LIVRE VERT DE LA COMMISSION relatif aux actions envisageables en vue de la création d'un droit européen des contrats pour les consommateurs et les entreprises (document COM (2010) 348 final du 1er juillet 2010)
 - Présentation et adoption du rapport de la Sous-commission "Création d'un droit européen des contrats pour les consommateurs et les entreprises" de la Commission juridique
4. 6209 Projet de loi portant :
 - transposition de la directive 2008/51/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 mai 2008 modifiant la directive 91/477/CEE du Conseil relative au contrôle de l'acquisition et de détention d'armes, et
 - modification de la loi modifiée du 15 mars 1983 sur les armes et munitions
 - Désignation d'un rapporteur
 - Présentation et examen de l'avis du Conseil d'Etat
5. 5155 Projet de loi portant réforme du divorce
 - Rapporteur : Madame Christine Doerner
 - Continuation de l'examen de l'avis complémentaire du Conseil d'Etat

*

Présents: M. Xavier Bettel, M. Alex Bodry, M. Félix Braz, Mme Christine Doerner, Mme Lydie Err, M. Léon Gloden, M. Jacques-Yves Henckes, M. Jean-Pierre Klein, M. Paul-Henri Meyers, M. Gilles Roth

M. François Biltgen, Ministre de la Justice

M. Jeannot Berg, Mme Claudine Konsbruck, M. Luc Reding, du Ministère de la Justice

M. Laurent Besch, de l'administration parlementaire

Excusés: Mme Lydie Polfer, M. Lucien Weiler

*

Présidence: Mme Christine Doerner, Président de la Commission

*

1. 6138 Projet de loi portant incrimination des entraves à l'exercice de la justice et portant modification du Code pénal et du Code d'instruction criminelle

M. le Rapporteur présente son projet de rapport.

Article II

Il est proposé d'introduire un nouveau chapitre I-1 intitulé «*Des délits relatifs à l'entrave à l'exercice de la justice*» comprenant les articles 140 et 141 nouveaux dans le Code pénal.

L'article 140 nouveau incrimine la non-dénonciation d'un crime aux autorités judiciaires ou administratives et l'article 141 nouveau incrimine l'infraction de l'entrave à la vérité.

Article 140

Il est précisé que «*En tant que telle, la ratio legis inhérente à l'infraction proposée (en ce qu'une personne ayant pu, à raison de la connaissance d'un crime, prévenir ou limiter les effets d'un crime ou empêcher la perpétration d'un crime) n'est pas d'incriminer un fait pénal commis, mais de sanctionner l'attitude consciente d'une personne consistant pour sa part, en connaissance de cause, à ne pas avoir voulu informer les autorités judiciaires ou administratives. Ainsi, cette personne doit (i) avoir eu l'intention de ne pas informer les autorités judiciaires ou administratives et (ii) avoir prévu la possibilité de la réalisation concomitante d'un résultat dommageable.*

L'infraction requiert donc, au niveau de ses éléments constitutifs, le dol général. La philosophie inhérente à l'incrimination proposée étant d'obliger une personne, ayant connaissance d'un crime perpétré, d'agir de façon à en prévenir ou à en limiter les effets, respectivement à empêcher la récidive tant spéciale que générale.

Il ne s'agit donc pas de prévenir le crime commis, mais plutôt d'en prévenir les effets ou si ce n'est plus possible, d'en limiter les effets directs pour autant que faire se peut. Il ne s'agit donc nullement d'une incitation généralisée à la délation.».

Il convient de souligner que le délit de non-dénonciation ne vise pas la dénonciation d'un malfaiteur, mais bien la dénonciation d'un fait délictueux. Ainsi, le recours abusif à la dénonciation peut être qualifié d'une «*atteinte portée à l'honneur ou à la considération des personnes*» au sens des articles 443 et suivants du Code pénal.

Le paragraphe (2) prévoit un régime d'exemption de l'obligation de dénonciation. Ainsi, (i) les membres de la famille au sens large et (ii) les personnes énumérées *expressis verbis* par l'article 458 du Code pénal bénéficient d'une immunité comme elles sont exemptées de l'obligation de dénoncer. Or, ce régime d'exemption ne s'applique pas pour les crimes commis sur les mineurs d'âge.

Le représentant du groupe politique DP estime que le terme «*connaissance*», tel qu'il figure à l'endroit de l'article 140, paragraphe (1) est ambigu.

En ce qui concerne le régime d'exemption prévu, notamment en faveur des membres de la famille, l'orateur estime qu'il s'agit toujours d'un exercice de balisage délicat entre, d'une part, les impératifs découlant de la protection de l'intérêt public et, d'autre part, les nécessités d'accorder certaines exemptions. Il estime que cette logique comporte une certaine contradiction avec le projet de loi portant: 1. approbation a) de la Convention du Conseil de l'Europe pour la protection des enfants contre l'exploitation et les abus sexuels ouverte à la signature à Lanzarote les 25-26 octobre 2007 b) du Protocole facultatif à la Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant, concernant la vente d'enfants, la prostitution des enfants et la pornographie mettant en scène des enfants, 2. modification de certains articles du Code pénal et du Code d'instruction criminelle (doc. parl. n°6046).

L'orateur s'interroge encore sur l'incidence de l'article 140 nouveau proposé quant à l'exercice de l'activité de journaliste.

M. le Rapporteur rappelle que le terme «*connaissance*» figure déjà à l'article 23, paragraphe (2) du Code d'instruction criminelle. Il ne s'agit donc pas d'une nouvelle notion inconnue dans le Code pénal.

En ce qui concerne la situation du journaliste, il y a lieu de se référer aux articles 7 et 8 de la loi du 8 juin 2004 sur la liberté d'expression dans les médias (Mémorial A, n°85 du 8 juin 2004) qui sont libellés comme suit:

«

Section 2. De la protection des sources

Art. 7. (1) *Tout journaliste entendu comme témoin par une autorité administrative ou judiciaire dans le cadre d'une procédure administrative ou judiciaire a le droit de refuser de divulguer des informations identifiant une source, ainsi que le contenu des informations qu'il a obtenues ou collectées.*

(2) *En outre, l'éditeur ainsi que toute personne ayant pris connaissance d'une information identifiant une source à travers la collecte, le traitement éditorial ou la diffusion de cette information dans le cadre de leurs relations professionnelles avec un journaliste, peuvent se prévaloir du droit consacré par le paragraphe (1) du présent article.*

(3) *Les autorités de police, de justice ou administratives doivent s'abstenir d'ordonner ou de prendre des mesures qui auraient pour objet ou effet de contourner ce droit, notamment en procédant ou en faisant procéder à des perquisitions ou saisies sur le lieu de travail ou au domicile du journaliste concerné ou des personnes visées au paragraphe (2) du présent article.*

(4) *Si des informations identifiant une source ont été obtenues de manière régulière à travers l'une des actions visées au paragraphe (3) du présent article qui n'avait pas pour objet ou pour but de découvrir l'identité d'une source, ces informations ne peuvent pas être utilisées*

comme preuve dans le cadre d'une action ultérieure en justice, sauf dans le cas où la divulgation de celles-ci serait justifiée en application de l'article 8 de la présente loi.

Art. 8. Toutefois, par dérogation à l'article précédent, lorsque l'action des autorités de police, de justice ou administratives concerne la prévention, la poursuite ou la répression de crimes contre les personnes, de trafic de stupéfiants, de blanchiment d'argent, de terrorisme ou d'atteintes à la sûreté de l'Etat, ni le journaliste ni les personnes visées au paragraphe (2) de l'article 7 ne peuvent se prévaloir du droit prévu au paragraphe (1) de l'article 7 et les mesures prévues au paragraphe (3) de l'article 7 peuvent être ordonnées.»

Ainsi, pour les crimes visés à l'article 8 précité, le journaliste a l'obligation de dénoncer le fait criminel pour autant que les éléments constitutifs de l'infraction de non-dénonciation soient réunis, à savoir de ne pas informer l'autorité judiciaire ou administrative d'un fait criminel dont il est encore possible de prévenir ou de limiter les effets ou dont les auteurs sont susceptibles de commettre de nouveaux crimes qui pourraient être empêchés. Il importe de souligner que le journaliste tenu à cette obligation de dénonciation n'est en aucun cas contraint de divulguer sa source d'information.

M. le Ministre de la Justice ajoute que l'article 140 nouveau proposé est inspiré de l'article 434-1 du Code pénal français. L'obligation de dénonciation ne vise que le seul fait criminel qui, en tant que tel, requière le dol général. De plus, il faut qu'il soit encore possible de prévenir ou de limiter les effets dudit fait criminel.

Le régime d'exemption de l'obligation de dénonciation d'un fait criminel tel que figurant au paragraphe (2) de l'article 140 nouveau proposé n'admet qu'une interprétation restrictive.

La notion d' «*autorité administrative*» n'est en aucun cas à assimiler à celle prévalant dans la législation et la jurisprudence française. Il s'agit, dans le contexte luxembourgeois, des autorités qualifiées d'administratives à raison de leur finalité, c'est-à-dire les autorités investies de compétences policières.

La commission décide de reporter la présentation et l'adoption d'un projet de rapport modifiée à l'ordre du jour de la prochaine réunion de la commission.

2. 6254 Projet de loi portant modification de la loi modifiée du 7 novembre 1996 portant organisation des juridictions d'ordre administratif

M. le Rapporteur présente succinctement son projet de rapport.

M. le Ministre de la Justice informe les membres de la commission qu'un projet de loi devant permettre de déléguer des attachés de justice auprès du tribunal administratif, à l'instar de ce qui prévu pour les juridictions judiciaires dans la loi sur l'organisation judiciaire, est en cours d'élaboration.

Le projet de rapport recueille l'accord unanime de la commission.

3. 6267 LIVRE VERT DE LA COMMISSION relatif aux actions envisageables en vue

de la création d'un droit européen des contrats pour les consommateurs et les entreprises (document COM (2010) 348 final du 1er juillet 2010)

Ce point est reporté à l'ordre du jour de la prochaine réunion de la commission.

4. 6209 Projet de loi portant :

- **transposition de la directive 2008/51/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 mai 2008 modifiant la directive 91/477/CEE du Conseil relative au contrôle de l'acquisition et de détention d'armes, et**
- **modification de la loi modifiée du 15 mars 1983 sur les armes et munitions**

Désignation d'un rapporteur

La commission unanime désigne M. Gilles Roth comme rapporteur.

M. le Ministre de la Justice informe les membres de la commission qu'un projet de loi opérant une réforme globale de la législation sur les armes et munitions est en cours d'élaboration.

Or, comme l'article 2 de la Directive 2008/51/CE du Parlement Européen et du Conseil du 21 mai 2008 modifiant la directive 91/477/CEE du Conseil relative au contrôle de l'acquisition et de la détention d'armes dispose que les Etats membres doivent avoir transposé les dispositions de la Directive pour le 28 juillet 2010 au plus tard, l'instruction parlementaire du projet de loi revêt une certaine urgence.

Présentation du projet de loi

Le représentant du Ministère de la Justice explique que le projet de loi a pour objet de transposer en droit national la directive 2008/51/CE du 21 mai 2008 modifiant la directive 91/477/CEE relative au contrôle de l'acquisition et de la détention d'armes (ci-après la Directive).

La Directive vise à mettre en conformité la directive 91/477 avec le Protocole du 31 mai 2001 des Nations Unies contre la fabrication et le trafic illicites d'armes à feu, de leurs pièces, éléments et munitions, additionnel à la Convention des Nations Unies du 15 novembre 2000 contre la criminalité transnationale organisée.

Il convient de préciser que le Protocole du 31 mai 2001 des Nations Unies a été négocié par la Commission européenne dûment mandatée par le Conseil, y compris l'adhésion de la Communauté européenne audit Protocole.

Les modifications principales proposées sont:

- Le renforcement des mesures de contrôle de l'acquisition et de la détention d'armes.
- L'introduction d'une obligation générale de marquage des armes à feu.
- L'introduction d'un régime spécifique simplifié pour les «armes à feu anciennes» et la création d'un régime simplifié pour certaines armes dites «non à feu». Ces armes sont exclues du régime de la directive 91/477/CE, mais elles sont soumises au Luxembourg à un régime d'autorisation. Les nouvelles dispositions prévoient une différenciation de leur traitement en fonction de leur puissance de tir, ce qui est devenu nécessaire en raison de leur diversification au cours des dernières années.
- L'introduction d'une série de conditions particulières relatives aux mineurs qui peuvent, à titre exceptionnel, détenir une arme principalement pour l'exercice de la

chasse et du tir sportif. La transposition de la directive européenne comporte ainsi l'ajout de deux conditions, à savoir une autorisation parentale avant la délivrance de l'autorisation au mineur, ainsi qu'une surveillance du mineur par une personne lors de l'exercice du tir par la présence et sous la responsabilité d'une personne disposant de l'autorité parentale ou d'une personne majeure disposant d'un permis de port d'armes de chasse ou de sport en fonction du permis délivré au mineur.

- L'interdiction de l'activité de courtier d'armes au Luxembourg. Cette interdiction repose principalement sur la considération que le risque que certains courtiers d'armes ne feraient qu'abuser des opportunités offertes notamment par la place financière du Luxembourg pour arranger les transactions financières relatives à des contrats d'armes de guerre a été jugé plus grand que les éventuelles plus-values à espérer de l'autorisation de cette activité au Luxembourg.

La rédaction du texte de loi future a été marquée par le souci de reprendre la terminologie telle que figurant dans le texte de la Directive, tout en veillant à maintenir la cohérence juridique de la loi du 15 mars 1983 sur les armes et munitions.

L'orateur précise que les auteurs du projet de loi ont saisi l'occasion pour compléter la législation existante en codifiant une pratique administrative constante depuis l'entrée en vigueur de la loi du 15 mars 1983 sur les armes et munitions.

Il précise que le couteau à lancer n'est pas une arme soumise à autorisation, alors que l'arbalète dont la force de propulsion des flèches est supérieure à 10 kg fait partie des armes soumises à autorisation comme relevant de la catégorie II (article 1^{er}, catégorie II, point I de la loi du 13 mars sur les armes et munitions).

Les armes dites blanches seront réglementées dans le cadre de la réforme globale de la législation sur les armes et munitions.

Le service compétent du Ministère de la Justice n'autorise le port d'armes de chasse que pour les armes qualifiées d'armes à la chasse par la législation sur la chasse.

Présentation des propositions d'amendement

L'orateur présente succinctement les propositions d'amendement figurant sous le point I du document de travail transmis par courrier électronique du 2 mai 2011 aux membres de la commission.

5. 5155 Projet de loi portant réforme du divorce

Ce point est reporté à l'ordre du jour de la réunion du vendredi 13 mai 2011 de 14h30 à 17h00.

*

M. le Ministre de la Justice informe les membres de la commission sur les travaux jugés, en l'état actuel, comme prioritaires et traités comme tels:

- l'élaboration du projet de loi portant réforme du traitement pénitentiaire (dont le dépôt est prévu au courant de l'automne 2011),
- l'élaboration du projet de loi portant réforme de la législation sur les armes et les munitions,

- l'élaboration d'un projet de loi portant réforme des activités de gardiennage, et
- la situation légale des jeux de hasard, des paris relatifs aux épreuves sportives et la loterie.

Deux groupes de travail ad hoc ont été mis en place en vue de mener des travaux préparatoires en vue d'une réforme du Code pénal, respectivement d'une réforme du Code d'instruction criminelle.

Il est encore prévu de faire une étude circonstanciée sur la situation du droit pénal spécial dans le droit luxembourgeois.

Le Secrétaire,
Laurent Besch

Le Président,
Christine Doerner



CHAMBRE DES DEPUTES

Session ordinaire 2010-2011

LB/pk

Commission juridique

Procès-verbal de la réunion du 06 avril 2011

ORDRE DU JOUR :

- 5155 Projet de loi portant réforme du divorce
- Rapporteur : Madame Christine Doerner
- Continuation de l'examen de l'avis complémentaire du Conseil d'Etat

*

Présents: M. Xavier Bettel, M. Alex Bodry, Mme Christine Doerner, Mme Lydie Err, M. Léon Gloden, M. Jacques-Yves Henckes, M. Jean-Pierre Klein, M. Paul-Henri Meyers, Mme Lydie Polfer, M. Gilles Roth, M. Lucien Weiler

Mme Marie-Anne Ketter, du Ministère de la Justice

M. Laurent Besch, de l'administration parlementaire

Excusé: M. Félix Braz

*

Présidence: Mme Christine Doerner, Président de la Commission

*

5155 Projet de loi portant réforme du divorce

Mme le Rapporteur propose de revenir à l'article 240 ancien (article 239 nouveau) proposé du Code civil.

Article 240 ancien - article 239 nouveau

Alinéa 2, point 6°

L'oratrice rappelle que la commission a amendé, lors de sa réunion du 23 mars 2011 (procès-verbal n°24), le point 6° de l'alinéa 2 de l'article 240 ancien comme suit:

«6° une proposition de règlement des intérêts concernant la personne les secours et les biens des époux.»

Ainsi, les époux sont incités, au moment de l'introduction de la demande en divorce, à trouver des accords portant notamment sur la liquidation de leur patrimoine.

Or, il convient d'assurer que la proposition de règlement afférente ne soit pas, quant à son objet, de nature purement fantaisiste, mais se caractérise par une consistance réelle et sérieuse. Cette proposition de règlement figurant dans la demande en divorce peut être étoffée en y joignant les documents et pièces nécessaires. Cette manière de procéder s'inspire des dispositions de l'article 112, alinéa 1^{er} du Nouveau Code de procédure civile («**Art. 112.** (L. 23 décembre 1978) *En cas de demande de pension alimentaire, le juge pourra ordonner aux parties, et même aux tiers, la communication de renseignements ou la représentation des livres de commerce ou pièces comptables de nature à établir le montant des revenus, créances ou produits de travail des parties; les renseignements à fournir par les tiers seront communiqués au juge par écrit. Nonobstant toutes dispositions contraires, les administrations publiques et les organismes de sécurité sociale sont tenus de fournir les renseignements qu'ils possèdent sur le montant des revenus, créances et produits du travail des parties ou de l'une d'elles.*»).

Mme le Rapporteur propose d'amender en conséquence le point 6° de la manière suivante à l'instar de la loi française:

«6° une proposition de règlement des intérêts pécuniaires et patrimoniaux des époux contenant un descriptif sommaire de leur patrimoine et précise les intentions du demandeur quant à la liquidation de la communauté ou de l'indivision, et, le cas échéant, quant à la répartition des biens.»

Elle explique que cette proposition de règlement n'est toutefois pas figée, permettant ainsi aux époux de modifier et de peaufiner leur accord quant à la liquidation et, le cas échéant, au partage de leur patrimoine pendant la durée de l'instance judiciaire.

Certains membres de la commission relèvent la durée laborieuse et longue des opérations de liquidation et de partage à raison de leur complexité et à raison des désaccords éventuels existants entre les époux.

D'autres sont d'avis qu'à raison de la nature des différents régimes matrimoniaux, il y a lieu de remplacer les termes «*descriptif sommaire de leur patrimoine*» par ceux de «*relevé sommaire des biens*».

Le représentant du groupe politique DP estime que le texte proposé ne va guère dans le sens d'une pacification des relations comme les points susceptibles d'une discorde entre époux seraient reportés à la phase après le prononcé du divorce.

La commission majoritaire décide d'amender le point 6° comme suit:

«6° une proposition de règlement des intérêts pécuniaires et patrimoniaux des époux contenant un descriptif sommaire des biens.»

[amendement]

Il convient de préciser dans le commentaire de l'article que la partie demanderesse peut joindre les documents et les pièces utiles à la demande en divorce.

Si un accord devrait exister quant à la liquidation et, le cas échéant, sur le partage, la demande en divorce peut encore contenir une proposition de règlement concrète et détaillée.

En tout état de cause, cette proposition de règlement n'est pas définitive en ce que les prétentions respectives des parties ne sont pas définitivement acquises. Il est admis que les deux parties, y compris la partie demanderesse, peuvent, par voie de conclusions ou de demandes incidentes, apporter des modifications à la proposition de règlement soumise ensemble avec la demande en divorce.

[à préciser dans le commentaire des articles]

Alinéa 2 - le régime de la nullité

Mme le Rapporteur rappelle que l'alinéa 2 dispose que la demande en divorce introduite par voie d'assignation doit comporter les formalités et les mentions telles que précisées par les points 1° à 6° et ce à peine de nullité.

La nullité est censée sanctionner l'irrégularité commise dans la rédaction ou dans la signification de l'assignation. On parle encore de nullité d'acte de procédure.

Les conditions d'exercice de la nullité diffèrent selon qu'il s'agit d'un vice de forme ou d'une irrégularité de fond.

Le non respect d'une de ces formalités n'est pas sanctionné par une nullité d'ordre public et peut donc être couvert. Il s'agit, comme le régime des nullités régissant l'article 153 du Nouveau Code de procédure civile, d'une nullité dite relative.

[à préciser dans le commentaire des articles]

Un membre du groupe politique CSV propose de supprimer, pour autant que possible, les renvois à des dispositions du Nouveau Code de procédure civile figurant aux points 1° à 6°. Ainsi, il est proposé de supprimer les points 1°, 2° et 3° - comme ils font double emploi respectivement avec le point 1) et le point 2) de l'article 154 du Nouveau Code de procédure civile - et le point 4°. Pour ce dernier, les articles 80, 193 et 585 du Nouveau Code de procédure civile auxquels il est renvoyé prescrivent une série de formalités complémentaires à celles prévues aux articles 153 et 154 du Nouveau Code de procédure civile.

La commission majoritaire décide de reprendre l'article 236 actuel du Code civil et de l'adapter en fonction des amendements décidés pour l'article 240 ancien proposé (article 239 nouveau).

«Art. 239. *La demande en divorce est introduite, instruite et jugée dans la forme ordinaire, le ministère public entendu le cas échéant conformément à l'article 183 du Nouveau Code de procédure civile.*

L'assignation contient, à peine de nullité, outre les formalités ordinaires une description détaillée des faits et, le cas échéant,

- la mention de l'identité des enfants mineurs, non mariés ni émancipés et

- une proposition de règlement des intérêts pécuniaires et patrimoniaux des époux contenant un descriptif sommaire des biens.

Le demandeur joint au rôle les pièces suivantes:

- 1° un extrait de l'acte de mariage;
- 2° un extrait des actes de naissance des enfants;
- 3° une copie de sa carte d'identité;
- 4° une copie de la convention matrimoniale s'il en existe.

L'assignation peut contenir également les demandes relatives aux mesures provisoires concernant la personne, les aliments et les biens tant des parties que de leurs enfants.

Dans ce cas la cause est également portée à l'audience du président, ou du juge qui le remplace, statuant en référé.»

[amendement]

Ainsi, la commission peut, le cas échéant, décider de prévoir encore la requête conjointe des époux, dont les formalités seraient identiques à la procédure prévue pour le divorce par consentement mutuel.

Il est indiqué de rappeler dans le commentaire des articles que la demande en divorce introduite par voie d'assignation doit répondre aux formalités telles que prescrites par les dispositions afférentes du Nouveau Code de procédure civile.

[à préciser dans le commentaire des articles]

Forme de la demande en divorce

Mme le Rapporteur entend enchaîner avec la proposition soumise lors de la réunion précédente du 30 mars 2011. Il a été jugé nécessaire, notamment en vue d'assurer un certain parallélisme des formes des deux cas de divorce proposés, notamment quant à l'introduction de la demande en divorce, de réexaminer l'utilité de prévoir, à côté de l'assignation, la requête conjointe.

La requête conjointe permettrait de viser le cas de figure d'un couple qui est d'accord sur le principe de se divorcer, mais dont certains effets font l'objet d'un désaccord entre les époux. Ce dernier élément interdit le recours à la procédure du divorce par consentement mutuel qui présuppose l'accord entre les époux tant sur le divorce que sur ses effets.

Ainsi, on pourrait prévoir que la demande en divorce pour rupture irrémédiable des relations conjugales peut être introduite soit par voie d'assignation unilatérale, soit par voie de requête conjointe des deux époux.

Certains membres de la commission font observer que l'assignation est l'acte introductif d'une demande en justice de droit commun. Il s'ensuit que la proposition de prévoir la requête conjointe implique nécessairement la précision du régime procédural dans le Nouveau Code de procédure civile.

Section II.- De la date à laquelle le divorce produit ses effets

Le Conseil d'Etat suggère de revenir, en ce qui concerne l'intitulé de la section II, au libellé initial qui se lit comme suit:

«De la date à laquelle se produisent les effets du divorce».

La commission unanime fait sienne cette suggestion.

Autorité de chose jugée – Force de chose jugée

Les termes de «*chose jugée*» visent l'autorité attachée à un acte de juridiction servant de fondement à l'exécution forcée du droit judiciairement établi et faisant obstacle à ce que la même affaire soit à nouveau portée devant un juge.

On parle d'«*autorité de chose jugée*» lorsque le jugement est rendu et de «*force de chose jugée*» lorsque le jugement (i) n'est plus susceptible d'aucun recours suspensif d'exécution ou (ii) n'est plus susceptible d'un tel recours (ceux-ci ayant été exercés ou les délais de recours étant expirés).

Article 257 ancien - article 255 nouveau

Mme le Rapporteur propose de reprendre le texte initial du projet de loi.

La commission unanime approuve cet amendement.

L'article 257 ancien amendé se lit comme suit:

«Art. 2575.– La décision qui prononce le divorce dissout le mariage à la date à laquelle elle acquiert force de chose jugée.

Chacun des époux divorcés peut se remarier aussitôt après cette date.»

[amendement]

Mme le Rapporteur explique qu'il faut différencier entre (i) la dissolution du mariage et (ii) la dissolution du régime matrimonial.

Pour cette dernière, il s'agit de distinguer (i) les effets entre les époux qui remontent au jour de l'introduction de la demande en divorce et (ii) les effets à l'égard des tiers qui ne jouent qu'à partir du jour où les formalités de mention en marge prescrites par les règles de l'état civil ont été accomplies.

Article 258 ancien – article 256 nouveau

Le Conseil d'Etat constate «*que la commission parlementaire entend réintroduire la disposition figurant actuellement à l'article 266, alinéa 3 du Code civil que les auteurs du projet de loi initial avaient supprimée. Le Conseil d'Etat s'interroge sur la plus-value de cette disposition.*»

Mme le Rapporteur rappelle que la commission a décidé, à l'endroit de l'article 256 ancien (article 254 nouveau), de confier la transmission de la décision de divorce à l'officier de l'état civil compétent au greffier de la juridiction ayant prononcé ladite décision en vue de l'accomplissement des formalités de mention en marge prescrites.

L'article 258 ancien (article 256 nouveau) pourrait être libellé de la manière suivante:

«Art. 2586.– La décision de divorce est opposable aux tiers, en ce qui concerne les biens des époux, à partir du jour où les formalités de mention en marge prescrites par les règles de l'état civil ont été accomplies. Lorsque la mention aura été portée à des dates différentes sur l'exemplaire des registres déposés aux archives de la commune et sur celui déposé au greffe, le divorce ne produira d'effets à l'égard des tiers qu'à la date de la mention portée en second lieu.»

Le Secrétaire,
Laurent Besch

Le Président,
Christine Doerner

25



CHAMBRE DES DEPUTES

Session ordinaire 2010-2011

LB/pk

Commission juridique

Procès-verbal de la réunion du 30 mars 2011

ORDRE DU JOUR :

1. 6046 Projet de loi portant:
 1. approbation
 - a) de la Convention du Conseil de l'Europe pour la protection des enfants contre l'exploitation et les abus sexuels ouverte à la signature à Lanzarote les 25-26 octobre 2007
 - b) du Protocole facultatif à la Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant, concernant la vente d'enfants, la prostitution des enfants et la pornographie mettant en scène des enfants
 2. modification de certains articles du Code pénal et du Code d'instruction criminelle
 - Rapporteur: Monsieur Lucien Weiler
 - Présentation et adoption d'un projet de rapport

2. 5155 Projet de loi portant réforme du divorce
 - Rapporteur: Madame Christine Doerner
 - Continuation de l'examen de l'avis complémentaire du Conseil d'Etat

*

Présents : M. Marc Angel en remplacement de M. Alex Bodry, M. Xavier Bettel, Mme Christine Doerner, Mme Lydie Err, M. Léon Gloden, M. Jacques-Yves Henckes, M. Jean-Pierre Klein, Mme Viviane Loschetter en remplacement de M. Félix Braz, M. Paul-Henri Meyers, Mme Lydie Polfer, M. Gilles Roth, M. Lucien Weiler

M. Jean Colombero, député (*observateur*)

M. François Biltgen, Ministre de la Justice

Mme Marie-Anne Ketter, Mme Claudine Konsbruck, du Ministère de la Justice

M. Laurent Besch, de l'administration parlementaire

Excusés : M. Alex Bodry, M. Félix Braz

*

Présidence : Mme Christine Doerner, Président de la Commission

*

1. **6046** **Projet de loi portant:**
 1. **approbation**
 - a) **de la Convention du Conseil de l'Europe pour la protection des enfants contre l'exploitation et les abus sexuels ouverte à la signature à Lanzarote les 25-26 octobre 2007**
 - b) **du Protocole facultatif à la Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant, concernant la vente d'enfants, la prostitution des enfants et la pornographie mettant en scène des enfants**
 2. **modification de certains articles du Code pénal et du Code d'instruction criminelle**

M. le Rapporteur rappelle que suite à la réunion de la commission du 23 mars 2011, deux points restent à éclaircir.

1. Le maintien ou non de la réserve (article V du projet de loi), et
2. La notion de «*un message à caractère violent*» telle que figure à l'endroit de l'article 383 du Code civil tel que proposé (article III, point 12° du projet de loi).

Ad 1.

La représentante du Ministère de la Justice informe qu'il est proposé de ne pas appliquer le paragraphe (2) de l'article 24 de la Convention du Conseil de l'Europe pour la protection des enfants contre l'exploitation et les abus sexuels ouverte à la signature à Lanzarote les 25-26 octobre 2007 (ci-après la Convention) aux infractions établies conformément à l'article 20, paragraphe (1), e) et f) (la possession de pornographie enfantine et l'accès, en connaissance de cause et par le biais des technologies de communication et d'information à la pornographie enfantine) et à l'article 23 de la Convention (la sollicitation d'enfants à des fins sexuelles).

L'oratrice évoque que cette réserve est justifiée pour des considérations d'ordre pratique dont notamment l'impossibilité matérielle de prouver les tentatives de ces infractions.

La commission, compte tenu que le projet de loi opère des modifications significatives dans le Code pénal, estime opportun de saisir l'occasion de ratifier la Convention dans son ensemble. Elle décide, à l'unanimité, d'amender le projet de loi et de supprimer l'article V du projet de loi.

[amendement]

Ad 2.

M. le Rapporteur donne à considérer que le texte initial, à savoir l'article 381-1 du Code pénal tel que proposé (article 10 du projet de loi initial) comportait les termes «*d'un message particulièrement violent*».

Le Conseil d'Etat, dans son avis du 9 mars 2010, critique cette disposition en ce qu'elle crée des disparités au niveau du mécanisme répressif entre, d'une part, la distribution de matériel pornographique et, d'autre part, la diffusion de messages particulièrement violents et attentatoires à la dignité humaine, de sorte que l'arsenal répressif de l'article 383 est plus large que celui du nouvel article 383-1. Le Conseil d'Etat recommande au législateur de s'inspirer d'avantage des articles 227-23 et 227-24 du Code pénal français.

La Commission juridique a dès lors proposé de reprendre le premier alinéa de l'article 227-24 du Code pénal français¹, tout en adaptant le régime des sanctions pénales.

L'article 383 amendé, qui remplace tant l'article 383 actuel du Code pénal que l'article 383-1 proposé (article 10 initial du projet de loi), vise ainsi la distribution et la diffusion de matériels et de messages pornographiques, ainsi que celles de messages violents ou de nature à porter atteinte à la dignité humaine susceptibles d'être vus ou perçus par un mineur.

Le représentant du groupe politique DP fait observer que la Convention dite de Lanzarote vise la protection des enfants contre l'exploitation et les abus sexuels. En visant le message à caractère violent, la base légale de l'incrimination voit son champ d'application étendue au-delà de l'objet même de la Convention précitée. Il rappelle que le message à caractère violent est un fait pénal distinct du message à caractère pornographique.

M. le Rapporteur donne à considérer que l'objet du projet de loi est, comme l'indique son intitulé, d'approuver la Convention ainsi que la modification de certaines dispositions du Code pénal et du Code d'instruction criminelle en vue d'assurer une meilleure protection de la jeunesse.

Sa proposition de maintenir l'article 383 du Code pénal tel que proposé (article III, point 9° du projet de loi) recueille l'accord majoritaire de la commission.

2. 5155 Projet de loi portant réforme du divorce

Article 244 ancien – article 243 nouveau

Mme le Rapporteur propose d'ajouter après les termes «*des biens de la communauté*» ceux de «*et sur les biens indivis*».

Ainsi, le cadre des biens visés est clairement défini et précisé. En ce qui concerne la qualification des biens, il y a lieu de se référer à la présomption telle qu'édictée à l'article 1402 du Code civil.

¹ Cet article prévoit que «*Le fait soit de fabriquer, de transporter, de diffuser par quelque moyen que ce soit et quel qu'en soit le support un message à caractère violent ou pornographique ou de nature à porter gravement atteinte à la dignité humaine, soit de faire commerce d'un tel message, est puni de trois ans d'emprisonnement et de 75.000 euros d'amende lorsque ce message est susceptible d'être vu ou perçu par un mineur.*

Lorsque les infractions prévues au présent article sont soumises par la voie de la presse écrite ou audiovisuelle ou de la communication au public en ligne, les dispositions particulières des lois qui régissent ces matières sont applicables en ce qui concerne la détermination des personnes responsables».

Il convient de noter qu'il s'agit bien des mesures provisoires qui, par définition, ont vocation à ne perdurer que pendant la durée de l'instance judiciaire devant les juridictions. Il s'agit de l'ensemble des mesures conservatoires, dont la mesure de requérir l'apposition des scellés est mentionnée à titre d'exemple.

L'oratrice donne lecture de l'article belge afférent, à savoir l'article 1282 du Code judiciaire qui vise tous les effets mobiliers de chacun des époux, qui est libellé de la manière suivante:

«Le demandeur ou le défendeur en divorce peut en tout état de cause, requérir, pour la conservation de ses droits, l'apposition des scellés sur tous les effets mobiliers de chacun des époux.»

Certains membres s'interrogent sur le champ d'application *ratio materiae* de l'article proposé, notamment eu égard aux biens immobiliers.

La commission décide de tenir l'examen de l'article 244 ancien en suspens et y reviendra.

Article 245 ancien – article 244 nouveau

Il convient de rappeler le libellé de l'article 245 ancien amendé tel qu'approuvé par la commission lors de la réunion du 23 mars 2011:

*«**Art. 2454.** (L. 27 juillet 1997) Toute obligation contractée par un des époux à la charge de la communauté, toute aliénation des biens communs faite par lui dans la limite de ses pouvoirs, postérieurement à la date de l'assignation, sera déclarée nulle, s'il est prouvé qu'il y a eu fraude aux droits de l'autre époux.»*

(L'article 244 nouveau correspond à l'article 271 actuel du Code civil)

Il échet de préciser que le droit commun des obligations contractuelles reste d'application, comme l'action paulienne (article 1167 du Code civil).

3. Des moyens d'extinction du divorce

Article 246 ancien – article 245 nouveau

Le Conseil d'Etat donne à considérer que «[...] *la fin de non-recevoir découlant de la réconciliation ou du maintien de la vie commune pourrait se concevoir en cas de demande unilatérale formée avant que la désunion ne soit considérée comme irrémédiable par l'écoulement d'un certain laps de temps de la séparation de fait. Dans ce cas, la réconciliation ou le maintien de la vie commune auraient pour effet de démentir le caractère irrémédiable de la désunion. Du moment que l'assignation en divorce présente une présomption irréfragable de la désunion irrémédiable des époux, seuls le désistement ou la mort pourront éteindre l'action en divorce.*»

Mme le Rapporteur propose de reformuler l'article 246 ancien comme suit:

«L'action en divorce s'éteint par le désistement du demandeur en divorce.

Elle s'éteint également par le décès de l'un des époux survenu avant que le jugement ou arrêt prononçant le divorce soit devenu définitif.»

[amendement]

La commission unanime approuve cette proposition de texte.

Article 247 ancien – article 246 nouveau

Mme le Rapporteur propose de supprimer l'article 247 comme il n'est plus adapté, quant au fond, au divorce pour rupture irrémédiable des relations conjugales.

La commission unanime décide de supprimer l'article 247.

4. Du prononcé du divorce

Article 248 ancien – article 246 nouveau

Alinéa 1^{er}

Mme le Rapporteur rappelle que la commission avait décidé, lors des discussions au sujet de l'article 239 ancien (réunion du 23 mars 2011), de prévoir un délai obligatoire d'une durée de six mois séparant l'assignation du prononcé du divorce. Le texte de l'article 239 ancien (article 238 nouveau) est maintenu.

Afin d'en tenir compte, il est proposé de modifier l'alinéa 1^{er} comme suit:

*«Le tribunal prononce le divorce et statue sur les **effets**.*

Le divorce ne pourra pas être prononcé avant l'écoulement d'un délai de six mois à dater du jour de l'assignation.»

Alinéa 2

La commission unanime décide de maintenir le libellé de l'alinéa 2.

Alinéa 3 nouveau

Mme le Rapporteur propose d'ajouter un nouvel alinéa 3 de la teneur suivante:

«Les accords trouvés entre parties et homologués par le juge feront partie intégrante du jugement de divorce.»

Le juge tient compte dans sa décision de tout accord concernant les effets du divorce (comme les secours, le logement) entre les parties au cours de l'instance. Ledit accord peut être un accord plus exhaustif ou un accord partiel ne portant que sur un ou plusieurs points. Le juge est ainsi appelé à faire sien l'accord des parties.

De plus, il existe un certain parallélisme entre la procédure et le procédé de l'homologation prévue pour le divorce par consentement mutuel (article 233 proposé du Code civil).

Mme le Rapporteur donne à titre de comparaison lecture de l'article 268 du Code civil français qui est libellé comme suit:

«Art. 268.- Les époux peuvent, pendant l'instance, soumettre à l'homologation du juge des conventions réglant tout ou partie des conséquences du divorce.

Le juge, après avoir vérifié que les intérêts de chacun des époux et des enfants sont préservés, homologue les conventions en prononçant le divorce.»

L'article 248 ancien, sous réserve d'une proposition de formulation du début de l'alinéa 2, est amendé comme suit:

«Art.- 2486.- Le tribunal prononce le divorce et statue sur les effets.

Le divorce ne pourra pas être prononcé avant l'écoulement d'un délai de six mois à dater du jour de l'assignation.»

Il tiendra compte dans sa décision de tout accord concernant les effets du divorce trouvé par les parties au cours de la procédure, dès lors que lesdits accords préservent suffisamment l'intérêt des enfants.

Les accords trouvés entre parties et homologués par le juge font partie intégrante du jugement de divorce.»

[amendement]

Article 249 ancien

L'article 249 sera déplacé à la fin du point 4. intitulé «Du prononcé du divorce» et n'appelle pas d'observation particulière.

Article 250 ancien– article 247 nouveau

Le Conseil d'Etat est d'avis que «[...] l'article 250 devrait prévoir que ce n'est qu'à défaut d'accord conclu entre époux que le tribunal ordonne la liquidation et le partage². Ceci d'autant plus que lors de l'introduction de l'instance, le demandeur, sous peine de nullité, doit fournir une proposition de règlement des intérêts concernant, entre autres, les biens des époux (article 240). Si la liquidation n'a pu intervenir au moment du divorce, il y a lieu d'accélérer le règlement définitif des intérêts patrimoniaux des époux en encadrant les opérations de liquidation et de partage de délais stricts.»

Mme le Rapporteur propose d'amender l'article 250 ancien comme suit:

«Art. 25047.- A défaut d'un règlement conventionnel des époux, le juge, en prononçant le divorce, ordonne la liquidation et le partage de leurs intérêts patrimoniaux.

Pendant l'instance en divorce, les parties peuvent passer toute convention pour la liquidation et le partage de leur régime matrimonial.

²Cf. Article 267 du Code civil français: «A défaut d'un règlement conventionnel par les époux, le juge, en prononçant le divorce, ordonne la liquidation et le partage de leurs intérêts patrimoniaux.»

Lorsque la liquidation porte sur des biens soumis à publicité foncière, la convention doit être passée par acte notarié.

Il statue, s'il y a lieu, sur les demandes de maintien dans l'indivision ou d'attribution préférentielle conformément aux dispositions de l'article 1476 du code civil.

Il peut aussi accorder à l'un des époux ou aux deux une avance sur part de communauté ou de biens indivis.»

[amendement]

L'oratrice explique que la liquidation comporte «*L'ensemble des opérations préliminaires au partage d'une indivision, quelle qu'en soit l'origine. Elle consiste à payer le passif sur les éléments d'actif, à convertir en argent liquide tout ou partie de ces éléments afin que le partage puisse être effectué. Elle permet de dégager l'actif net et de le conserver jusqu'au partage.*» (Lexique «Termes juridiques», 14^{ième} édition, Dalloz).

Le partage est «*l'opération qui met fin à une indivision, en substituant aux droits indivis sur l'ensemble des biens une pluralité de droits privatifs sur des biens déterminés.*» (idem).

Actuellement, le déroulement des opérations de liquidation et de partage après le prononcé du divorce se fait de la manière suivante:

- l'établissement de l'actif et du passif de la communauté,
- l'intervention du notaire commis (par le jugement prononçant le divorce) à la requête de la partie la plus diligente et en vertu d'une ordonnance délivrée,
- si le notaire doit constater des difficultés, voire des désaccords majeurs entre les parties bloquant qui interdisent tout progrès, il dresse un procès-verbal de difficulté transmis au tribunal,
- le juge désigné à surveiller les opérations de liquidation et de partage convoque les parties afin de les concilier et de trouver un accord (il échet de noter que la plupart des jugements prononçant le divorce comporte, sur demande expresse de l'une des parties, dans leur dispositif que les opérations de liquidation et de partage se déroulent sous la surveillance du juge),
- à défaut d'un tel accord, l'affaire est renvoyée au tribunal pour être statuée au fond.

Un membre du groupe politique CSV explique qu'il est loisible aux parties, pendant l'instance judiciaire du divorce, d'opérer un changement de leur régime matrimonial en un régime de séparation de biens avec liquidation et partage des biens.

La proposition de texte de Mme le Rapporteur rencontre l'assentiment unanime des membres de la commission.

Il convient de préciser que le texte amendé ne supprime pas la faculté aux parties de demander des provisions sur requête (article 919 et suivants du Nouveau code de procédure judiciaire).

Cela est notamment utile dans le cas de figure où le produit de la vente d'un immeuble exécutée dans le cadre d'une opération de liquidation ne peut être partagé entre les parties à défaut d'un accord afférent.

Article 251 ancien – article 248 nouveau

Le Conseil d'Etat fait observer que «*[L]a date butoir proposée était initialement prévue par l'article 267-1 du Code civil français. Or, il est intéressant de noter que, dans un esprit de*

simplification des règles de partage des intérêts patrimoniaux des époux après le prononcé du divorce, la loi No 2009-526 du 12 mai 2009 de simplification et de clarification du droit et d'allègement des procédures ne fait plus référence à l'échéancier prévu à l'ancien article 267-1 du Code civil³ pour dresser l'état liquidatif du patrimoine des époux et soumet, dorénavant, les opérations de liquidation et de partage aux règles du partage judiciaire. Selon le législateur français, les dispositions de procédure spécifiques prévues par cet article seraient difficiles à articuler avec les dispositions prévues au Code de procédure civile relatives au partage judiciaire. Par le renvoi à l'article 1476 du Code civil, la commission parlementaire rappelle que les règles, qui sont établies au titre „Des successions“ pour les partages entre cohéritiers, s'appliquent à la liquidation et au partage des époux. Des problèmes d'articulation similaires à ceux invoqués par le législateur français ne peuvent donc pas non plus être exclus dans le contexte luxembourgeois. Par ailleurs, la question se pose s'il ne vaudrait pas mieux d'intégrer les dispositions procédurales relatives à la liquidation et au partage des intérêts patrimoniaux des époux dans le Nouveau Code de procédure civile.»

Mme le Rapporteur explique que la loi française du 12 mai 2009 (entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2010) relative «à la procédure devant le juge aux affaires familiales en matière de régimes matrimoniaux et d'indivision» a effectivement aboli toute date butoir pour la liquidation et le partage. Ainsi, les règles généraux du partage successoral sont désormais applicables au partage des intérêts patrimoniaux des époux.

Or, ce renvoi aux règles générales du partage est fortement critiqué par les professionnels.

L'harmonisation des règles de partage n'est pas dans l'esprit d'un règlement rapide et efficace de la liquidation après le divorce. On pourrait proposer de maintenir l'article 251 ancien et de porter le délai de six mois à douze mois.

L'oratrice insiste sur la nécessité de prévoir un délai concernant l'achèvement des opérations de liquidation et de partage. Il s'agit d'éviter que des situations où les parties ne parviennent pas à un accord puissent perdurer.

Alinéa 1^{er}

Un membre du groupe politique CSV fait observer, à propos de l'alinéa 1^{er}, qu'il y a des cas de figure où le notaire désigné par le juge pour assister les parties dans les opérations de liquidation et de partage suite au prononcé du divorce n'est pas saisi, alors qu'aucune des parties n'en fait la requête. Partant, le notaire n'est pas informé que le divorce a été prononcé et est dès lors dans l'impossibilité de satisfaire à son obligation légale d'informer le tribunal.

La commission majoritaire décide d'amender l'alinéa 1^{er} comme suit:

«Art. 25148.- *Si les opérations de liquidation et de partage ne sont pas achevées dans le délai de 6 six mois après que le divorce soit devenu définitif, et le notaire liquidateur saisi, celui-ci en informe sans tarder le tribunal dans le délai d'un mois.»*

Il convient de noter que la computation du délai de six mois débute dès la réalisation d'une double condition, à savoir (i) le jugement prononçant le divorce doit être coulé en force de chose jugée et (ii) le notaire désigné par ce jugement doit avoir été saisi par les deux époux ou l'un des deux époux.

³ Art. 267-1 du Code civil français: «Les opérations de liquidation et de partage des intérêts patrimoniaux des époux se déroulent suivant les règles fixées par le Code de procédure civile.»

Alinéa 2

Dans la lignée de sa décision à l'endroit de l'alinéa 1^{er} ci-avant, la commission majoritaire décide de libeller l'alinéa 2 de la manière suivante:

~~«Lorsque les parties peuvent encore s'accorder sur la liquidation et le partage de leurs intérêts patrimoniaux, le notaire établit un rapport sur l'état d'avancement des opérations. A la requête de la partie la plus diligente, le tribunal peut proroger le délai initialement prévu pour un nouveau délai de 6 six mois pour l'achèvement des opérations de liquidation et de partage.»~~

Alinéa 3

Les parties ont l'obligation de déclarer les biens tant communs que privés respectifs au notaire chargé des opérations de liquidation et de partage. Or, il arrive que les parties ne déclarent pas l'ensemble de leurs biens privés, notamment les comptes bancaires.

L'idée d'obliger les parties à joindre à l'assignation un inventaire des biens communs et privés des parties est rejetée. En effet, pareille obligation impliquerait de procéder à un contrôle dudit inventaire et dont les modalités resteraient à définir. De plus, ledit contrôle aurait certainement pour conséquence d'allonger la procédure du divorce pour rupture irrémédiable des relations conjugales, ce qui est contraire à l'un des objets principaux poursuivis par le projet de loi.

La commission propose d'indiquer dans le commentaire de l'article 240 ancien (239 nouveau) que les parties, afin d'éviter toute difficulté lors des opérations de liquidation, ont tout intérêt à établir un inventaire des biens communs et privés avant d'introduire la demande en divorce.

[à préciser dans le commentaire des articles]

L'article 251 ancien (article 248 nouveau) est amendé comme suit:

«Art. 25148.- Si les opérations de liquidation et de partage ne sont pas achevées dans le délai de 6 six mois après que le divorce soit devenu définitif, et le notaire liquidateur saisi, celui-ci en informe sans tarder le tribunal dans le délai d'un mois.

~~Lorsque les parties peuvent encore s'accorder sur la liquidation et le partage de leurs intérêts patrimoniaux, le notaire établit un rapport sur l'état d'avancement des opérations. A la requête de la partie la plus diligente, le tribunal peut proroger le délai initialement prévu pour un nouveau délai de 6 six mois pour l'achèvement des opérations de liquidation et de partage.~~

A défaut, le notaire dresse un procès-verbal des difficultés et des déclarations respectives des parties. Le tribunal statue alors sur les contestations subsistant entre elles.

Dans tous les cas, le tribunal renvoie les parties devant le notaire afin d'établir l'état liquidatif dans un délai de 6 six mois.»

5. Des voies de recours

Article 252 ancien – article 250 nouveau

Alinéas 1^{er} et 2

Le Conseil d'Etat fait observer que «[...] l'article 252 proposé, la commission parlementaire revient au libellé de l'article 261-1 actuel du Code civil. De ce fait, elle ne reprend pas la possibilité d'acquiescement prévue à l'article 255 du projet initial. En outre, la commission parlementaire revient à la notion de „huissier commis“, abandonnée par les auteurs du projet initial. Le Conseil d'Etat s'interroge sur ce revirement, nullement expliqué dans le commentaire des articles. Il se demande si la commission d'un huissier donne plus de garanties au défaillant et propose de revenir au texte initial.»

Mme le Rapporteur propose de modifier les alinéas 1^{er} et 2 comme suit:

«Art. 2520.- *Le jugement ou l'arrêt qui prononce le divorce par défaut est signifié par huissier commis.*

Si cette signification n'a pas été faite à personne, le président ordonne, sur simple requête, la publication du jugement par extrait dans les journaux qu'il désigne.»

Alinéa 3

Mme le Rapporteur suggère de reprendre en tant que nouvel alinéa 3 le texte du projet de loi initial, à savoir:

«La décision qui prononce le divorce est susceptible d'acquiescement, sauf lorsqu'elle a été rendue contre un majeur protégé. Dans ce même cas, le désistement de l'appel est nul.»

La réintroduction de la possibilité de l'acquiescement est conforme à la philosophie inhérente au projet de loi, à savoir favoriser, pour autant que se peut, le déroulement pacifique de la procédure de divorce.

La commission unanime décide d'amender l'article 252 ancien comme suit:

«Art. 2520.- *Le jugement ou l'arrêt qui prononce le divorce par défaut **est** signifié par huissier commis.*

Si cette signification n'a pas été faite à personne, le président ordonne, sur simple requête, la publication du jugement par extrait dans les journaux qu'il désigne.

La décision qui prononce le divorce est susceptible d'acquiescement, sauf lorsqu'elle a été rendue contre un majeur protégé. Dans ce même cas, le désistement de l'appel est nul.

Le délai pour faire opposition au jugement ou à l'arrêt par défaut sera de quinze jours à partir de la signification à personne ou, si une publication est ordonnée, à partir du dernier acte de publication.»

[amendement]

Article 353 ancien – article 351 nouveau

La commission unanime décide de reprendre les reformulations proposées par le Conseil d'Etat. L'article 253 ancien est libellé de la manière suivante:

«Art. 2531.– L'appel ne sera recevable qu'autant qu'il aura été interjeté dans les quarante jours à compter du jour de la signification du jugement rendu contradictoirement.

S'il s'agit d'un jugement rendu par défaut, le délai commence à courir à partir du jour où l'opposition n'est plus recevable.

*Le délai pour se pourvoir à la Cour de cassation contre **une décision rendue en dernier ressort est** de deux mois à compter de la signification. Le pourvoi **est suspensif.**»*

Chapitre II.- Des effets du divorce

Section I.- Des mentions et transcriptions

Article 254 ancien – article 252 nouveau

Cet article ne donne pas lieu à observation particulière.

Article 255 ancien – article 253 nouveau

L'article sous rubrique n'appelle pas d'observation.

Article 256 ancien – article 254 nouveau

La commission unanime décide d'amender l'article sous rubrique en prévoyant que la mention ou la transcription du divorce, tant pour le divorce par consentement mutuel que pour le divorce pour rupture irrémédiable des relations conjugales, est fait à la diligence des parties ou de l'une d'elle, tel que suggéré par le Conseil d'Etat.

Le Conseil d'Etat *«s'interroge sur l'opportunité d'abandonner cette démarche à la discrétion des parties, alors que la transcription au registre de l'état civil est une question touchant à l'ordre public. Ne faudrait-il pas, à l'instar de la législation belge, confier ce devoir au greffe ?».*

L'article 1275 du Code judiciaire belge dispose que:

«Art. 1275. § 1. Tout exploit de signification d'un jugement ou arrêt prononçant le divorce est communiqué immédiatement en copie au greffier.

§ 2. Lorsque le jugement ou l'arrêt ayant prononcé le divorce, a acquis force de chose jugée, un extrait comprenant le dispositif du jugement ou de l'arrêt (et la mention du jour où celui-ci a acquis force de chose jugée) est, dans le mois, adressé par le greffier sous pli recommandé avec accusé de réception à l'officier de l'état civil du lieu où le mariage a été célébré ou lorsque le mariage n'a pas été célébré en Belgique, (à l'officier de l'état civil de Bruxelles). <L 1997-05-20/47, art. 5, 033; en vigueur: 07-07-1997>

L'accusée de réception est dénoncé par le greffier aux parties.

Dans le mois de la notification à l'officier de l'état civil, celui-ci transcrit le dispositif sur ses registres; mention en est faite en marge de l'acte de mariage s'il a été dressé ou transcrit en Belgique.

Après avoir effectué la transcription, l'officier de l'état civil en avise sans tarder le procureur du Roi près le tribunal qui a statué sur la demande.»

Il y a lieu de le lire en combinaison avec l'article 1276 du Code judiciaire belge ayant trait au calcul du délai prévu à l'article 1275, § 2, alinéa 1^{er}:

«**Art. 1276.** Le délai prévu à l'article 1275, § 2, alinéa 1^{er}, ce commence à courir, à l'égard des jugements, qu'après l'expiration du délai d'appel lorsque le jugement est rendu contradictoirement et après l'expiration du délai d'opposition lorsque le jugement est rendu par défaut et, à l'égard des arrêts, qu'après l'expiration du délai de pourvoi en cassation ou, le cas échéant, après le prononcé de l'arrêt rejetant le pourvoi.

[*le Délai d'appel, d'opposition et de pourvoi en cassation commence à courir à partir de la signification du jugement ou de l'arrêt*]

La mention ou la transcription elle-même est faite par l'officier de l'état civil. Cette procédure, outre qu'elle répond au souci d'une diminution des frais, aligne la procédure propre au divorce pour rupture irrémédiable des relations conjugales sur celle du divorce par consentement mutuel. La reformulation de l'alinéa 3 entraîne la suppression de l'alinéa 4.

L'article 256 ancien est amendé comme suit:

«**Art. 2564.-** La mention ou la transcription est faite à la diligence des époux ou de l'un d'entre eux tant en cas de divorce par consentement mutuel au nom de l'époux ou des époux qui ont demandé le divorce à la diligence de son/leurs avocats à la Cour en cas de divorce que pour rupture irrémédiable des relations conjugales des époux.

A cet effet, la décision sera signifiée ou remise contre accusé de réception dans le délai d'un mois à compter de la date à laquelle elle est devenue définitive, est, dans le mois, adressée par le greffier sous pli recommandé avec accusé de réception à l'officier de l'état civil compétent. Cette signification ou remise devra être accompagnée des certificats énoncés à l'article 687 du Nouveau Code de procédure civile, et s'il y a eu arrêt, d'un certificat de non-pourvoi.

En cas de rejet d'un pourvoi contre un arrêt prononçant le divorce, le greffier en chef de la Cour devra notifier, dans le mois du prononcé de l'arrêt, adresser un extrait dudit arrêt à l'avocat à la Cour de la partie qui a obtenu la décision définitive prononçant le divorce. Le délai prévu pour la réquisition de la mention ou de la transcription ne courra, dans ce cas, qu'à partir de la réception par l'avocat à la Cour de l'extrait de l'arrêt de rejet la décision à l'officier de l'état civil compétent.

A défaut par l'avocat à la Cour de la partie qui a obtenu le divorce de faire la signification ou la remise dans le délai d'un mois, l'autre partie aura le droit de faire cette signification ou remise et de requérir l'apposition de la mention ou de la transcription.»

[amendement]

*

Mme le Rapporteur propose de réexaminer, au cours d'une prochaine réunion, l'article 240 ancien (article 239 nouveau) concernant la forme de l'introduction d'une demande en divorce pour rupture irrémédiable des relations conjugales. Tout en rappelant que la commission a retenu la forme de la seule assignation au vu de l'agencement actuel des dispositions afférentes du Nouveau code de procédure civile, l'oratrice estime que cette question mérite de plus amples réflexions.

En effet, assurer un certain parallélisme des formes, notamment quant à l'introduction de la demande en divorce va certainement dans le sens d'un rapprochement, voire d'un tronc commun de normes juridiques visant les deux cas de divorce proposé.

Ainsi, on pourrait prévoir tant la requête conjointe que l'assignation, notamment dans le cas de figure où l'une des parties n'a pas de domicile connu.

Le Secrétaire,
Laurent Besch

Le Président,
Christine Doerner