

N° 5155<sup>1</sup>

## 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 empêchement 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 mœurs 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 remariant 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 (Pasirisie 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*



