



CHAMBRE DES DÉPUTÉS
GRAND-DUCHÉ DE LUXEMBOURG

Session ordinaire 2017-2018

CL/PK

P.V. J 17

Commission juridique

Procès-verbal de la réunion du 14 mars 2018

Ordre du jour :

1. Approbation des projets de procès-verbal des réunions des 7 et 21 février 2018
2. 6996 Projet de loi instituant le juge aux affaires familiales, portant réforme du divorce et de l'autorité parentale et portant modification :
 1. du Nouveau Code de procédure civile ;
 2. du Code civil ;
 3. du Code pénal ;
 4. du Code de la Sécurité sociale ;
 5. du Code du travail ;
 6. de la loi modifiée du 11 novembre 1970 sur les cessions et saisies des rémunérations de travail ainsi que les pensions et rentes ;
 7. de la loi modifiée du 7 mars 1980 sur l'organisation judiciaire ;
 8. de la loi modifiée du 10 août 1992 relative à la protection de la jeunesse ;
 9. de la loi modifiée du 27 juillet 1997 sur le contrat d'assurance ;
 10. de la loi modifiée du 9 juillet 2004 relative aux effets légaux de certains partenariats ;
 11. de la loi du 27 juin arrétant un programme pluriannuel de recrutement dans la magistrature et portant modification de la loi modifiée du 7 mars 1980 sur l'organisation judiciaire
 - Rapporteur : Madame Viviane Loschetter
 - Continuation des travaux
 - Examen des dispositions applicables à la procédure de divorce
 - Présentation et adoption d'un projet de lettre d'amendement
3. Divers

*

Présents : M. Marc Angel, Mme Simone Beissel, M. Eugène Berger, M. Alex Bodry, M. Franz Fayot, M. Marcel Oberweis remplaçant M. Léon Gloden, Mme Josée Lorsché, Mme Viviane Loschetter, M. Paul-Henri Meyers, Mme Octavie Modert, M. Laurent Mosar, M. Gilles Roth

Mme Marie-Anne Ketter, Mme Joëlle Schaack, du Ministère de la Justice

M. Christophe Li, de l'Administration parlementaire

Excusés : M. Léon Gloden, Mme Lydie Polfer, M. Roy Reding

*

Présidence : Mme Viviane Loschetter, Présidente de la Commission

*

1. Approbation des projets de procès-verbal des réunions des 7 et 21 février 2018

Les projets de procès-verbal sous rubrique recueillent l'accord unanime des membres de la Commission juridique.

- 2. 6996** **Projet de loi instituant le juge aux affaires familiales, portant réforme du divorce et de l'autorité parentale et portant modification :**
- 1. du Nouveau Code de procédure civile ;**
 - 2. du Code civil ;**
 - 3. du Code pénal ;**
 - 4. du Code de la Sécurité sociale ;**
 - 5. du Code du travail ;**
 - 6. de la loi modifiée du 11 novembre 1970 sur les cessions et saisies des rémunérations de travail ainsi que les pensions et rentes ;**
 - 7. de la loi modifiée du 7 mars 1980 sur l'organisation judiciaire ;**
 - 8. de la loi modifiée du 10 août 1992 relative à la protection de la jeunesse ;**
 - 9. de la loi modifiée du 27 juillet 1997 sur le contrat d'assurance ;**
 - 10. de la loi modifiée du 9 juillet 2004 relative aux effets légaux de certains partenariats ;**
 - 11. de la loi du 27 juin arrêtant un programme pluriannuel de recrutement dans la magistrature et portant modification de la loi modifiée du 7 mars 1980 sur l'organisation judiciaire**

Présentation et adoption d'un projet de lettre d'amendement

Ce point est reporté à une prochaine réunion.

Continuation de l'examen des articles du projet de loi

Art. 1^{er}. – *Modification du Nouveau Code de procédure civile relative à la création du juge aux affaires familiales*

Article 1007-6 – Spécificités de l'audience devant le JAF

Commentaire :

L'article 1007-6 dispose le principe général d'après lequel les audiences du juge aux affaires familiales se déroulent en chambre du conseil tandis que les jugements du juge aux affaires familiales qui sont prononcés en audience publique.

Cette novation de la procédure civile vise à protéger la vie privée et familiale des parties et notamment celle des enfants concernés par la procédure.

Le principe de la publicité des débats est considéré comme une règle fondamentale de l'organisation judiciaire et a été consacré par l'article 6 § 1 de la Convention européenne des droits de l'homme exige que « *toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable [...]* ».

L'article 88 de la Constitution dispose « *Les audiences des tribunaux sont publiques, à moins que cette publicité ne soit dangereuse pour l'ordre ou les mœurs, et, dans ce cas, le tribunal le déclare par un jugement* ».

En Belgique, l'article 148 alinéa 1^{er} de la Constitution belge reprend exactement le même énoncé que l'article 88 de notre Constitution. Dans le cadre de l'examen de la proposition de loi belge modifiant l'article 757 du Code judiciaire, relatif au huis clos en matière familiale le Conseil d'Etat belge a mis en balance d'un côté le principe de droit fondamental de la publicité des audiences et d'autre part le droit fondamental du respect de la vie privée et familiale garanti par l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme. Le Conseil d'Etat belge a ainsi retenu que la limitation apportée au principe de la publicité des audiences lorsqu'elle est « *dangereuse pour l'ordre ou les mœurs* » renvoie à la notion « *d'ordre public, auquel appartiennent incontestablement les droits fondamentaux, en ce compris ceux qui touchent au respect de la vie privée et de la dignité humaine* ». Le Conseil d'Etat poursuit son analyse en énonçant que « *la circonstance qu'une disposition constitutionnelle garantissant une liberté ne porte pas de manière expresse de limitation admissible fondée sur d'autres droits fondamentaux ne fait pas obstacle à ce que, sur la base d'une lecture globale de la Constitution, cette liberté soit nécessairement considérée comme non absolue, des restrictions pouvant s'imposer en vertu de ces autres droits fondamentaux* ».

La Cour européenne des droits de l'homme a également déjà eu à se prononcer sur l'équilibre à assurer entre le principe de la publicité des débats et d'autres droits fondamentaux. Ainsi par exemple, dans un arrêt B. et P. c. Royaume-Uni du 24 avril 2001¹ la Cour européenne des droits de l'homme a souligné que l'article 6-1 de la Convention européenne des droits de l'homme formulait des limitations au principe de la publicité des débats « *lorsque les intérêts des mineurs ou la protection de la vie privée des parties au procès l'exigent* ». La Cour poursuit « *les procédures pour lesquelles les requérants avaient sollicité la publicité avaient trait à la garde de leurs fils respectifs à la suite du divorce ou de la séparation des parents. La Cour estime que ces procédures représentent des exemples types d'une situation dans laquelle il peut se justifier d'interdire l'accès de la salle d'audience à la presse ou au public, afin de protéger la vie privée de l'enfant concerné et des parties et d'éviter de nuire aux intérêts de la justice. Pour permettre au juge du fond de se faire une image aussi complète et précise que possible des avantages et inconvénients des différentes possibilités quant à la garde et au droit de visite, il est essentiel que les parents et autres témoins aient le sentiment de pouvoir s'exprimer franchement sur des questions très personnelles sans avoir à craindre la curiosité ou les commentaires du public* ».

Ainsi la Cour conclut „toutefois, si la Cour admet que l'article 6 §1 énonce que de manière générale les procédures civiles, notamment, doivent se dérouler en public, elle ne juge pas incompatible avec cette disposition de soustraire toute une catégorie d'affaires du champ d'application de cette règle générale lorsque cela est jugé nécessaire à la protection de la morale, de l'ordre public ou de la sécurité nationale, ou pour préserver les intérêts de mineurs et de la vie privée des parties.

Dans la mesure où toutes les attributions du juge aux affaires familiales ont trait à la vie privée et familiale des citoyens et concernent très souvent les intérêts de mineurs le

¹ Numéro d'arrêt : 36337/97;35974/97

Gouvernement estime que la tenue à huis clos des audiences devant le juge aux affaires familiales est judicieuse.

Cependant, même si le principe général applicable aux audiences du juge aux affaires familiales est la tenue des audiences à huis clos, le juge aux affaires familiales peut de sa propre initiative ou sur demande d'une des parties ordonner la publicité des débats.

L'exigence de la publicité du prononcé des jugements se fonde d'un côté sur l'article 89 de la Constitution dispose „Tout jugement est motivé. Il est prononcé en audience publique“ ainsi que sur l'article 6 § 1 de la Convention européenne des droits de l'homme.

Le Conseil d'Etat, dans son avis du 6 décembre 2016, exprime ses réserves à voir l'exception du huis-clos être érigée en règle dans toute procédure devant le juge aux affaires familiales au regard du principe fondamental de la publicité de la justice. Autant il comprend la nécessité d'exclure le public dans l'intérêt des enfants, autant il s'interroge sur le huis-clos si le litige a un objet purement patrimonial. Le Conseil d'Etat préconise une formule permettant au juge de prononcer le huis-clos dans l'intérêt des enfants ou sur demande motivée des parties.

Les parquets établis auprès des tribunaux d'arrondissements de Luxembourg et de Diekirch proposent un nouvel alinéa 2 libellé comme suit : « *Le Procureur d'Etat pourra prendre communication de toutes les causes pendantes devant le juge aux affaires familiales dans lesquelles son ministère est nécessaire ; le juge pourra même l'ordonner d'office. Si la cause est communiquée, le Procureur d'Etat fait connaître ses conclusions soit oralement, soit par écrit au tribunal, les conclusions écrites étant communiquées aux parties avant l'audience* ». Par conséquent, il faudrait supprimer le ministère public aux articles 1007-29, 1007-33 et 1007-44 (3) et 1007-54 (2).

Les auteurs du projet de loi ont pris actes des observations soulevées, et ils proposent d'ajouter, par voie d'amendement gouvernemental, au nouvel article 1007-6 du Nouveau Code de procédure civile le dispositif de l'article 183, alinéa 2, du Nouveau Code de procédure civile relatif à la communication des causes au procureur d'Etat.

Le Conseil d'Etat, tout en marquant son accord avec l'application de cette procédure, s'interroge sur la nécessité de cet ajout, compte tenu de la portée générale de l'article 183 précité.

Le Conseil d'Etat, dans son avis complémentaire du 30 janvier 2018, constate encore que les auteurs de l'amendement ne l'ont pas suivi dans sa critique que l'exception du huis-clos est érigée en règle dans toute procédure devant le juge aux affaires familiales en méconnaissance du principe fondamental de la publicité de la justice.

En ce qui concerne la formulation, le Conseil Etat rappelle que le procureur d'Etat présente des conclusions, mais ne les fait pas connaître.

Echange de vues

- ❖ Un membre du groupe politique CSV s'interroge sur la conformité du libellé amendé avec le principe de la publicité des audiences devant les juridictions.

Le représentant du ministère de la Justice renvoie au commentaire des articles ci-dessus et indique que des recherches approfondies sur la constitutionnalité des dispositions proposées, ainsi que des recherches sur leur conformité au regard de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, ont été effectuées.

Points connexes

- ❖ Un membre du groupe politique CSV renvoie aux articles liés au droit de la sécurité sociale et soulève la question de la conformité de ces dispositions par rapport au principe de l'égalité des citoyens devant la loi, inscrit à l'article 10bis² de la Constitution. L'orateur énonce que les partenaires au sens de la loi modifiée du 9 juillet 2004³ relative aux effets légaux de certains partenariats, sont, a priori, exclus des dispositions autorisant, sous certaines conditions, d'effectuer un achat rétroactif des droits de pensions auprès du régime général d'assurance pension.

Plusieurs membres de la Commission juridique ne partagent pas cette crainte et ils estiment que le mariage constitue une institution, contrairement au partenariat. Il s'agit de deux régimes juridiques distincts, ayant chacun ses propres spécificités.

Madame la Présidente-Rapportrice propose de revenir sur ce point lors de l'examen des dispositions du projet de loi portant modification du Code de la sécurité sociale.

Article 1007-7 – Principe du juge unique

Commentaire :

L'alinéa 1^{er} de l'article 1007-7 dispose que le juge aux affaires familiales statue en principe seul, donc en composition de juge unique.

Les auteurs du projet de loi précisent qu'actuellement, plusieurs fonctions juridictionnelles sont remplies par un juge unique comme par exemple par le juge de la jeunesse pour les demandes relatives à la garde et l'autorité parentale pour les enfants dont les parents sont divorcés ou par le juge de paix pour les demandes relatives aux pensions alimentaires. Par contre, d'autres compétences comme par exemple le contentieux des divorces relève actuellement d'une chambre collégiale composée donc de trois juges.

Un des objectifs de la présente réforme est de regrouper toutes les compétences relatives au droit de la famille auprès d'un seul juge. L'idée est de faire suivre une famille, autant que possible, par le même juge aux affaires familiales par exemple tant pour le divorce que pour d'éventuelles demandes relatives à l'autorité parentale ou à la pension alimentaire subséquentes au divorce.

Cependant le principe du juge unique n'est pas absolu. Le deuxième alinéa du présent article prévoit que le juge aux affaires familiales peut soit d'office soit sur demande d'une des parties décider de renvoyer le dossier à une formation collégiale du tribunal d'arrondissement composée d'au moins un juge aux affaires familiales. Tel peut être le cas lorsque le litige à toiser présente une complexité particulière ou bien si une question juridique de principe se pose à condition que cette question n'ait pas encore été jugée antérieurement.

La décision de renvoyer le litige devant une chambre collégiale constitue une simple mesure d'organisation administrative interne au tribunal d'arrondissement, la décision de renvoi devant une chambre collégiale n'est pas susceptible d'appel. Ceci permet également de ne pas faire retarder inutilement la durée de la procédure.

² «Art. 10bis.

(1) *Les Luxembourgeois sont égaux devant la loi.* »

³ Mémorial A 143, p.2020

Le projet de loi initial prévoyait une autre exception au principe du juge unique en matière du le contentieux des litiges relatifs aux difficultés de liquidation des communautés.

Le Conseil d'Etat, dans son avis du 6 décembre 2016, ne voit aucune justification à voir trancher par la composition collégiale toutes les affaires de liquidation des régimes matrimoniaux, d'autant plus que les juges auront fréquemment recours à des experts pour opérer la liquidation. Il voudrait encore souligner le risque que le renvoi devant une composition collégiale ne devienne la règle pour des considérations d'ordre pratique.

Par voie d'amendement gouvernemental, il est proposé de tenir compte des observations du Conseil d'Etat, qui estime inutile la disposition contenue initialement à l'endroit de l'alinéa 3, car le juge aux affaires familiales peut toujours décider de renvoyer une affaire à une formation collégiale (alinéa 2) lorsque le litige est d'une complexité particulière (ce qui peut être le cas par exemple pour les difficultés de liquidation des régimes matrimoniaux).

Le Conseil d'Etat constate, dans le cadre de son avis du 30 janvier 2018, que les modifications apportées aux futurs articles 1007-7 et 1007-8 du Nouveau Code de procédure civile répondent à des observations formulées précédemment par lui.

Echange de vues

Un membre du groupe politique CSV plaide en faveur d'une formation collégiale en matière du droit de la famille.

En outre, l'orateur s'interroge sur les raisons ayant animé les auteurs du projet de loi à ne pas inclure, parmi les compétences du JAF, les litiges portant sur le droit de la filiation.

Madame la Présidente-Rapportrice renvoie aux arguments échangés et opinions exprimés lors des réunions précédents⁴. Il est jugé inopportun de rediscuter en détail ces points lors de la réunion de ce jour.

Article 1007-8 – Notification des jugements par voie de greffe

Commentaire :

Tous les jugements du juge aux affaires familiales sont notifiés par le greffe d'après les dispositions de l'article 170 du Nouveau Code de procédure civile.

Cet article prévoit que toutes les personnes auxquelles les décisions du juge aux affaires familiales sont notifiées sont en droit d'interjeter appel contre ces décisions devant la Cour d'appel.

Le délai de quarante jours pour interjeter appel court à partir du jour de la notification de la décision.

Le Conseil d'Etat, dans son avis du 6 décembre 2016, énonce que : « [...] *L'alinéa 2 dit correctement que le recours est porté devant la Cour d'appel. Pour le surplus, le texte est superflu et juridiquement discutable. Le droit de recours est fonction de la qualité de partie en première instance. La notification est importante pour le délai de recours, mais ne détermine pas le droit de faire appel. Pour le calcul des délais le droit commun s'applique* ».

⁴ cf. Procès-verbal de la Commission juridique de la réunion du 06 mars 2018 ; Session ordinaire 2017-2018 ; P.V. J 14

Par voie d'amendement gouvernemental, il est proposé de supprimer l'alinéa 2 initial du libellé et d'adapter le libellé d'un point de vue terminologique.

Le Conseil d'Etat, dans son avis complémentaire du 30 janvier 2018, fait observer que les modifications apportées aux futurs articles 1007-7 et 1007-8 du Nouveau Code de procédure civile répondent à des observations faites par le Conseil d'Etat.

Echange de vues

- ❖ Un membre du groupe politique CSV plaide en faveur d'une signification des jugements par voie d'huissier de justice et exprime ses réticences par rapport à la proposition de prévoir une notification de ces derniers par voie de greffe.

Aux yeux de l'orateur, la signification présente de nombreux avantages par rapport à la notification, notamment si une partie au litige réside à l'étranger.

Un membre du groupe politique CSV renvoie aux observations formulées par le Conseil de l'Ordre des Avocats du Barreau de Luxembourg⁵ et il s'interroge sur l'opportunité d'intégrer ces observations dans le projet de loi.

Le représentant du ministère de la Justice donne à considérer que l'Ordre des Avocats du Barreau de Luxembourg a adopté sur plusieurs points une approche divergente de celle des auteurs du projet de loi. La philosophie du projet de loi est celle de créer une procédure simple et compréhensible pour le citoyen, c'est la raison pour laquelle il a été retenu de ne pas imposer le ministère d'avocat à la Cour pour le divorce par consentement mutuel, de préférer la procédure orale par rapport à la procédure écrite et de préférer la voie de la notification des jugements au lieu de la signification de ces derniers. En outre, la voie de la notification des jugements par voie de greffe présente l'avantage qu'il s'agit d'un mode de transmission peu coûteux par rapport à la signification par voie d'huissier.

Un membre du groupe politique CSV estime que l'avis consultatif émanant de l'Ordre des Avocats du Barreau de Luxembourg est rédigé par des praticiens du droit qui disposent de connaissances approfondies en la matière, et qu'il est utile de prendre en compte ces observations afin de pouvoir adopter une réforme adaptée aux réalités du terrain.

Un membre du groupe politique CSV est d'avis que la réforme envisagée instaure une simplification en trompe œil pour le justiciable. Les coûts liés à la signification d'un jugement sont insignifiants par rapport à ceux liés à la liquidation d'une communauté matrimoniale. En outre, il serait judicieux de prévoir les modalités de la langue véhiculaire utilisée devant le JAF, comme il est envisagé de prévoir que la procédure est orale.

Un membre du groupe politique LSAP indique qu'il faut garder à l'esprit que l'Ordre des Avocats du Barreau de Luxembourg et la Chambre des Huissiers de justice du Grand-Duché de Luxembourg constituent des ordres professionnels qui défendent l'intérêt de leurs membres respectifs. En outre, une grande partie des praticiens en la matière attendent avec impatience une réforme du droit de la famille et la mise en place du JAF, indépendamment des observations formulées par l'Ordre des Avocats du Barreau de Luxembourg sur le projet de loi sous rubrique.

L'orateur critique l'attitude de certains membres de la Commission juridique qui semblent vouloir retarder, pour des raisons politiques, l'avancement des travaux en commission parlementaire.

⁵ cf. doc. parl. 6996/16

Plusieurs membres de la Commission juridique récusent cette critique en la jugeant injustifiée.

Article 1007-9 – Requête en matière d’appel

Commentaire :

L'article 1007-9 prévoit qu'en principe l'appel interjeté contre une décision du juge aux affaires familiales doit être formé par une requête qui doit obligatoirement être signée par un avocat à la Cour. Contrairement à la procédure en première instance, la représentation par un avocat à la Cour est donc en principe obligatoire devant la Cour d'appel.

Cette requête doit être datée et doit contenir la constitution d'avocat de l'appelant, les noms, prénoms et domiciles de l'appelant, la date et le lieu de naissance de l'appelant. Lorsque la requête concerne les enfants communs leurs identités doivent être mentionnées dans la requête. Les prétentions de l'appelant doivent être formulées dans la requête tout comme un exposé sommaire des faits et moyens invoqués et les pièces que l'appelant entend invoquer. La requête doit être déposée au greffe de la Cour d'appel en trois exemplaires.

Il appartient au greffe de la Cour d'appel de notifier la requête ainsi que les pièces à la partie intimée.

Une nouveauté introduite par le présent projet de loi est l'instauration d'une procédure orale en instance d'appel. Par conséquent, les articles 598 à 611 relatifs à la procédure de mise en état ne sont pas applicables pour les appels interjetés contre les décisions du juge aux affaires familiales.

A l'audience, les avocats des parties sont entendus en leurs conclusions orales. La chambre civile dispose toutefois de la faculté d'ordonner la comparution personnelle des parties lorsque cette audition est jugée nécessaire par la chambre civile. Cette audition n'est cependant pas obligatoire.

Le caractère oral de cette procédure s'inscrit dans l'objectif du Gouvernement de simplifier et d'accélérer les procédures tant en première qu'en deuxième instance.

Après avoir entendu les conclusions orales des avocats, voire après l'audition des parties, la chambre civile peut demander aux avocats de verser des conclusions écrites lorsqu'elle le juge nécessaire pour l'instruction du dossier. Tel pourrait notamment être le cas lorsque des difficultés juridiques particulières se présentent.

La production de conclusions écrites doit néanmoins rester l'exception.

Tout comme en première instance, les décisions sont notifiées par la voie du greffe dans le respect des dispositions de l'article 170.

A l'endroit du paragraphe 1^{er}, le Conseil d'Etat indique, dans son avis du 6 décembre 2016, qu'il ne saisit pas la portée des termes « *sauf dispositions particulières* ».

A l'endroit du paragraphe 3, le Conseil d'Etat préconise la formulation suivante : « *Dans un délai de quinzaine à partir du dépôt de la requête [...]* »

Le Conseil d'Etat demande de supprimer l'exigence du dépôt de la requête et des pièces en 3 exemplaires, contenu initialement dans le libellé.

A l'endroit du paragraphe 9, le Conseil d'Etat s'interroge « *sur le risque d'un éventuellement contreproductif du mécanisme envisagé. Les conclusions écrites peuvent revêtir une utilité certaine en la matière pour circonscrire clairement la position des parties et garantir une décision répondant à tous les moyens ... le Conseil d'Etat préconise un régime de conclusions écrites limité à un échange d'un corps de conclusions et permettant à la Cour d'appel de demander aux parties, si elles sont d'accord, de se contenter de conclusions orales* ».

Les parquets établis auprès des tribunaux d'arrondissements de Luxembourg et de Diekirch regrettent que le texte ne règle pas les conséquences du non-respect des délais pour échanger des conclusions.

De l'avis des parquets, il devrait être prévu un mécanisme judiciaire parant à des abstentions dilatoires, les règles de la mise en état n'étant pas applicables à la procédure devant le JAF.

Il est également déploré que le défaut de diligences en vue de la transcription de la décision de divorce 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 ne soit pas sanctionné non plus. Il est proposé d'offrir la faculté au ministère public de suppléer à la carence des parties, et ceci dans l'intérêt de la sécurité juridique.

Par voie d'amendement gouvernemental, les auteurs du projet de loi jugent utile d'adapter le texte initial en tenant compte des observations formulées par le Conseil d'Etat.

En outre, le paragraphe 1^{er} est complété par un alinéa 3 nouveau. Tel que l'ont indiqué les autorités judiciaires, les pièces émanant d'autorités étrangères doivent être légalisées s'il y'a lieu, que ce soit par le biais de l'apostille prévue à la Convention de La Haye supprimant l'exigence de la légalisation des actes publics étrangers du 5 octobre 1961 ou que ce soit par une législation complète pour les actes émanant d'autorités publiques étrangères n'ayant pas ratifié ladite convention. Seuls les actes émanant d'autorités publiques d'Etats ayant ratifié la Convention CIEC n° 17 portant dispense de légalisation pour certains actes et documents signée à Athènes le 15 septembre 1977 (Autriche, Espagne, France, Grèce, Italie, Pays-Bas, Portugal, Turquie et Pologne) pourront être acceptés sans légalisation, à condition qu'ils soient signés et datés par l'autorité compétente.

Quant aux paragraphes 6 à 9, le Conseil de l'Ordre des Avocats du Barreau de Luxembourg recommande de maintenir le caractère écrit de la procédure ainsi que les règles de la mise en état. De l'avis des auteurs du projet, ceci rendrait toutefois la procédure trop lourde, formaliste et longue, de sorte qu'il est proposé de ne pas suivre les recommandations du Conseil de l'Ordre des avocats du barreau de Luxembourg sur ce point.

Enfin, au paragraphe 9 la dernière phrase est rajoutée par les auteurs à la suite d'une observation faite par les autorités judiciaires sur le sort de conclusions tardives, étant donné que les règles de la mise en état ne s'appliquent pas. Il est donc proposé dans ce cas de clarifier dans le texte que les conclusions tardives sont irrecevables afin de bien pouvoir respecter les délais endéans lesquels les parties doivent conclure.

Dans son avis complémentaire du 30 janvier 2018, le Conseil d'Etat marque son accord avec le libellé amendé.

Echange de vues

Un membre du groupe politique CSV appuie les critiques formulées par le Conseil de l'Ordre des Avocats du Barreau de Luxembourg et estime qu'une procédure écrite devant les

juridictions d'appel s'avère indispensable. L'orateur renvoie à la complexité de certains litiges où la procédure orale semble inadaptée, alors que la procédure mise en état se déroule sous l'œil vigilant d'un magistrat spécialement investi de cette mission.

En outre, la procédure de la mise en état permet d'encadrer l'échange des conclusions endéans des délais fixés par la juridiction saisie, de sorte que l'instruction puisse être clôturée rapidement.

Un membre du groupe politique LSAP ne partage pas ces observations et donne à considérer qu'une procédure orale permet aux plaideurs de verser une note de plaidoirie à la juridiction saisie.

Un membre du groupe politique CSV propose de réfléchir de manière approfondie sur la mise en place d'une procédure similaire à celle existante en matière de contentieux administratif.

L'orateur explique que la procédure devant les juridictions administratives contentieuse est une procédure écrite : le juge administratif est saisi par voie de requête et les délais pour le dépôt des différents mémoires sont prévus par la loi. De plus, le nombre de mémoires à échanger est strictement limité.

Un membre du groupe politique CSV se montre réticent face à la volonté des auteurs du projet de loi de généraliser la procédure orale en instance d'appel, pour les litiges relevant du domaine du « *droit de la famille* ». L'orateur estime qu'un grand nombre de litiges présentent un caractère complexe, de sorte que l'échange de conclusions écrites sera indispensable. Il préconise d'inverser le principe proposé et de prévoir que la procédure écrite constituera la règle et sur demande des parties, la procédure pourra être orale.

Le représentant du ministère de la Justice explique que la procédure d'appel esquissée par l'article sous rubrique ne diverge pas fondamentalement de la procédure d'appel existante à l'heure actuelle, sauf à ce que l'appel est interjeté par voie de requête. La représentation par un avocat à la Cour est donc en principe obligatoire devant la Cour d'appel. La formation collégiale des chambres civiles en matière d'appel est la règle cependant, la Cour peut décider de déléguer une affaire à un conseiller unique qui statue seul.

Par ailleurs, la chambre de la Cour d'appel saisie du litige peut, après avoir recueilli les conclusions orales des avocats des parties respectivement après la comparution personnelle des parties, demander aux avocats de verser des conclusions écrites.

Quant à la limitation du nombre des corps de conclusions, l'oratrice rappelle que ceci a été introduit sur recommandation du Conseil d'Etat qui a préconisé un régime de conclusions écrites limité à un échange d'un corps de conclusions.

Un membre du groupe politique CSV s'interroge si les justiciables ne seront pas privés de la faculté former un pourvoi en cassation, suite à la notification de l'arrêt de la Cour d'appel, si la procédure devant la juridiction d'appel se déroule de façon orale.

Un membre du groupe politique LSAP ne partage pas cette crainte et souligne qu'il existe un plumeau d'audience.

Article 1007-10 – Délégation d'une affaire à un conseiller unique de la Cour d'appel

Commentaire :

Les litiges sont portés en appel devant une chambre civile de la Cour d'appel. En principe, cette chambre de la Cour d'appel est composée de trois conseillers. Cependant, cette chambre peut décider de déléguer tout litige à une chambre civile composée d'un conseiller unique. Cette procédure permet un certain alignement de la procédure en appel à la procédure en première instance. Cette faculté permet également d'évacuer rapidement le contentieux qui ne comprend aucune difficulté juridique.

La décision de renvoyer un litige devant une chambre civile et composée d'un seul conseiller n'est pas susceptible d'appel afin de ne pas retarder inutilement la durée de la procédure. Comme la décision de renvoi constitue une simple mesure d'organisation administrative de la Cour d'appel, une voie de recours ne serait pas opportune.

Le Conseil d'Etat, dans son avis du 6 décembre 2016, critique la formulation initiale du libellé proposé et souligne que la précision que la chambre siège en composition collégiale est superflue alors que c'est la règle. Il recommande néanmoins de prévoir expressément au sein du libellé la possibilité de déléguer une affaire à un conseiller unique.

Par voie d'amendement gouvernemental, les auteurs du projet de loi jugent opportun d'adapter le texte initial en tenant compte des observations formulées par le Conseil d'Etat.

Dans son avis complémentaire du 30 janvier 2018, le Conseil d'Etat marque son accord avec le libellé amendé.

Echange de vues

Commentaire :

Un membre du groupe politique CSV s'interroge sur la nécessité de créer des postes de magistrats supplémentaires auprès de la Cour d'appel. L'orateur donne à considérer qu'une augmentation du contentieux en matière du droit de la famille porté devant la juridiction d'appel est possible.

Le représentant du ministère de la Justice explique que le projet de loi prévoit la création de postes de magistrats supplémentaires auprès des tribunaux d'arrondissements. Il est proposé de fournir une réponse précise à cette question lors d'une prochaine réunion. [ministère de la Justice]

Article 1007-11 – Procédure de référé

Commentaire :

L'article 1007-11 introduit une procédure référé créé spécialement pour le juge aux affaires familiales. Dans la mesure où les requêtes adressées au juge aux affaires familiales sont renfermées dans des délais contraignants, la nécessité d'un référé tel qu'il existe actuellement n'est plus utile.

Cependant, en cas d'urgence absolue une partie peut former une requête en référé exceptionnel devant le juge aux affaires familiales. Cette exigence d'urgence absolue doit être précisée dans la requête. Peuvent être visées par exemple les situations de séparation d'un couple où une des parties se retrouve sans aucune ressource financière pour survivre. Il appartient au juge aux affaires familiales de déterminer si la condition de l'urgence absolue est remplie pour chaque cas d'espèce et si tel n'est pas le cas, la requête doit être rejetée.

Pour que la requête en référé exceptionnel soit recevable, le juge aux affaires familiales doit déjà être saisi au moment du dépôt de la requête en référé par une requête au fond. Le but de cette exigence est d'éviter qu'une partie n'introduise une requête en référé afin d'obtenir des mesures provisoires sans qu'une procédure susceptible de convertir ou non ces mesures provisoires en mesures définitives ne soit déjà en cours.

L'objet de la requête en référé est limité à l'obtention de mesures provisoires.

La requête en référé est introduite par une requête déposée en original au greffe du même tribunal d'arrondissement que celui qui est compétent pour statuer sur la requête au fond. Les parties n'ont pas besoin de se faire assister par un avocat pour pouvoir introduire une requête en référé exceptionnel.

Quant au délai de convocation initialement prévu par le projet de loi, il y a lieu de signaler que le libellé initial prévoyait une convocation des parties endéans un délai de quinzaine à compter du dépôt de la requête au greffe.

La procédure de référé est une procédure orale et l'affaire est en principe plaidée à la première audience à laquelle la requête a été fixée. C'est uniquement sur demande dûment justifiée d'une des parties que le juge aux affaires familiales peut accorder des remises. Les articles 935, 937, 938 et 940 du Nouveau Code de procédure civile relatifs au référé sur assignation s'appliquent à la procédure de référé exceptionnel.

Les mesures provisoires ordonnées en application de la procédure de référé exceptionnel prennent fin dès que la décision du juge aux affaires familiales au fond respectivement les mesures provisoires ordonnées par le juge aux affaires familiales sur fondement de la requête au fond acquièrent force exécutoire.

La décision du juge aux affaires familiales prend la forme d'une ordonnance qui est susceptible d'appel endéans un délai de quinze jours qui commence à courir à partir du jour de la notification de la décision dans les formes prévues à l'article 1007-9. En appel, la procédure applicable est identique à celle prévue en première instance.

Le Conseil d'Etat, dans son avis du 6 décembre 2016, ne partage pas cette analyse et indique qu'il ne voit pas l'utilité de cette nouvelle procédure de référé et il renvoie à l'article 932 du Nouveau Code de procédure civile et à la compétence du juge des référés.

En plus la procédure prévue ne serait pas de nature à permettre une évacuation plus rapide des demandes.

Il conclut que : *« l'état actuel de la procédure est à cet égard plus simple alors que le juge des référés se prononce sur les mesures provisoires et le juge du fond se prononce sur les mesures après divorce »*.

Par voie d'amendement gouvernemental, les auteurs du projet rappellent la nécessité de prévoir un référé d'urgence absolue pour les affaires familiales ainsi que leur souhait de regrouper l'ensemble du contentieux familial auprès de magistrats spécialisés tant au niveau des mesures provisoires, que des mesures d'urgence absolue, ainsi que du fond des litiges.

Le libellé amendé tient compte de l'observation du Conseil d'Etat concernant le paragraphe 4 initial du projet de loi et la procédure y prévue initialement est simplifiée afin d'éviter toute lenteur comme l'avait relevé le Conseil d'Etat. Ainsi, le paragraphe 4 amendé est inspiré de l'article 943 paragraphe 2 du Nouveau Code de procédure civile réglementant le référé auprès du tribunal du travail.

Echange de vues

Un membre du groupe politique CSV énonce que le délai de convocation initialement prévu par le projet de loi, prévoyant une convocation des parties endéans un délai de quinzaine à compter du dépôt de la requête au greffe, risque de s'avérer trop long. L'orateur préconise la mise en place d'une procédure de référé similaire à celle existante devant le tribunal administratif.

Le représentant du ministère de la Justice renvoie au paragraphe 4 amendé du libellé qui s'inspire de l'article 943 paragraphe 2 du Nouveau Code de procédure civile réglementant le référé auprès du tribunal du travail. L'oratrice estime que la formulation choisie permet d'assurer la célérité de la procédure, tout en prévoyant une certaine flexibilité en la matière.

Un membre du groupe politique CSV regarde d'un œil critique la disposition sous rubrique et déplore le fait qu'il n'existe aucune obligation pour les parties de se faire représenter par un avocat à la Cour.

Madame la Présidente-Rapportrice estime qu'il s'agit d'un choix politique des auteurs du projet de loi ne pas imposer la représentation obligatoire des parties par un avocat.

Article 1007-12 – Compétence « *ratione loci* »

Commentaire :

L'article 1007-12 règle spécifiquement la compétence territoriale du juge aux affaires familiales en matière de divorce.

Est ainsi compétent pour statuer sur le divorce et ses conséquences, y compris les mesures provisoires, le juge aux affaires familiales du tribunal d'arrondissement dans lequel les conjoints ont leur domicile commun ou, à défaut, dans lequel la partie défenderesse ou, en cas de divorce par consentement mutuel, l'une des parties, a son domicile.

L'article reprend ainsi le principe de l'actuel article 234 du Code civil. Dans la mesure où il n'y a pas de défendeur en matière de divorce par consentement mutuel, il est précisé que pour ce type de divorce, est compétent le juge aux affaires familiales du tribunal d'arrondissement dans lequel les conjoints ont leur domicile commun ou, à défaut, dans lequel l'une des parties a son domicile.

L'article s'applique sans préjudice des règles de compétence judiciaire déterminées par les dispositions européennes ou internationales applicables, en l'espèce le 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 abrogeant le règlement (CE) n° 1347/2000 (communément appelé règlement Bruxelles II bis).

L'article 1007-12 s'applique tant que la procédure de divorce n'est pas achevée. Pour des questions relatives aux conséquences du divorce survenant après que le jugement prononçant le divorce et statuant sur ses conséquences ait acquis force de chose jugée, p.ex. des questions relatives à l'autorité parentale, la compétence territoriale du juge aux affaires familiales se déterminera selon les règles de droit commun applicables au juge aux affaires familiales, posées à l'article 1007-2 du Nouveau Code de procédure civile.

Le Conseil d'Etat, dans son avis du 6 décembre 2016, critique que l'article sous rubrique retient une terminologie différente de celle figurant initialement à l'article 1007-2 et recommande d'harmoniser les concepts.

En outre, le Conseil d'Etat s'interroge sur les termes de « requête initiale », prévue par le libellé proposé il se demande : « *Quelle serait en effet, la requête « seconde » par rapport à une requête initiale ? Une fois la compétence déterminée par une première saisine, toute demande additionnelle ou action reconventionnelle est portée devant le juge compétent* ».

Par voie d'amendement gouvernemental, l'article 1007-12 est reformulé suite aux observations du Conseil d'Etat.

En outre, le terme « *parties* » est remplacé par le terme « *conjoint*s », par souci de cohérence avec les autres dispositions relatives au divorce.

Echange de vues

Le libellé amendé ne suscite aucune observation particulière de la part des membres de la Commission juridique.

Article 1007-13 – Requête en matière de divorce par consentement mutuel

Commentaire :

L'article 1007-13 prévoit la procédure de saisine du juge aux affaires familiales dans le cadre des demandes de divorce par consentement mutuel.

Les règles procédurales applicables au divorce par consentement mutuel énoncées aux articles 1007-13 à 1007-22 sont calquées dans une large mesure sur la procédure « de droit commun » du juge aux affaires familiales exposée aux articles 1007-3 et suivants du Nouveau Code de procédure civile. Cependant, les spécificités qui s'imposent en matière de procédure de divorce nécessitent par endroits un aménagement de ces règles de droit commun.

En l'absence de disposition particulière, ce sont les règles de procédure « de droit commun » applicables au juge aux affaires familiales qui s'appliquent à la procédure de divorce. Concernant la saisine du juge aux affaires familiales en matière de divorce par consentement mutuel, l'article 1007-13 prévoit qu'elle se fait par requête conjointe des deux conjoints.

Les conjoints ne sont pas obligés de se faire assister par un avocat. Tout comme pour la procédure « de droit commun », l'absence de formalisme contraignant et la dispense de constituer avocat correspondent à la volonté de rendre la justice plus accessible pour les citoyens. Au regard de la complexité potentielle des enjeux en cause et de la suppression de la deuxième comparution, l'assistance d'un professionnel paraît toutefois très utile pour la rédaction de la convention réglant les conséquences du divorce. Pour cette raison, l'article 230 du Code civil tel que projeté dispose que cette convention doit être rédigée par un avocat ou un notaire.

La requête doit être datée et doit contenir outre les noms, prénoms et domicile(s) des conjoints, leurs dates et lieux de naissance, la mention de l'identité des enfants communs ainsi que les prétentions des requérants. L'article énumère encore les pièces qui sont à joindre à la requête.

Le Conseil d'Etat, dans son avis du 6 décembre 2016, estime qu'au paragraphe 3, s'interroge sur le renvoi effectué au nouvel article 230 du Code civil qui porte sur la convention du divorce. A cet égard, le Conseil d'Etat « *ne voit pas la nécessité d'inscrire les dispositions sur la convention dans le Code civil et préconise une reprise des textes correspondants dans le Nouveau Code de procédure civile. Cette observation vaut tant pour la convention en tant que telle que pour la procédure d'homologation. Cette solution a l'avantage de réunir toutes les dispositions sur le divorce par consentement mutuel dans un code unique. Elle permettrait encore une formulation plus simple de l'article sous examen dans la mesure où les renvois pourront être omis* ». Le Conseil d'Etat note encore que l'article 230 du Code civil, dans la formulation qu'il doit recevoir dans la loi en projet, ne prévoit pas des actes autres que la convention de divorce ce qui montre que la formulation du paragraphe 3 est inappropriée.

En ce qui concerne le paragraphe 3, point 5), le Conseil d'Etat rappelle que la loi applicable au divorce est déterminée par l'article 5 du règlement (UE) n° 1259/2010 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. Le point 5) constitue une disposition d'ordre procédural qui oblige les parties à verser la convention de désignation de la loi applicable au divorce si une telle convention a été signée.

Le point 6° initial du libellé sous rubrique peut être omis, selon le Conseil d'Etat, alors que la convention de divorce est visée à l'article 230 du Code civil.

Selon le Conseil d'Etat, le renvoi, au point 7° initial, qui vise « *toute autre pièce dont les requérants entendent se servir* » est dépourvu de signification, dès lors que, dans un divorce par consentement mutuel, les parties ne se servent pas d'autres pièces. Il estime que si les auteurs du projet de loi visent le contrat de mariage que les conjoints ont conclu et qu'il y aurait lieu de verser au juge, il serait indiqué de le dire clairement.

Par voie d'amendement gouvernemental, il est proposé de faire suite aux observations du Conseil d'Etat.

Au paragraphe 3, il est toutefois proposé de maintenir la mention de « *toute autre pièce dont les requérants entendent se servir* », nonobstant le commentaire du Conseil d'Etat préconisant sa suppression. Il paraît en effet préférable de ne pas exclure d'office et dans tous les cas la possibilité de verser des pièces autres que celles énumérées à l'article 1007-13.

Le paragraphe 3 est encore complété par un nouvel alinéa. En effet, tel que l'ont indiqué les autorités judiciaires, les pièces émanant d'autorités étrangères doivent être légalisées s'il y a lieu, que ce soit par le biais de l'apostille prévue à la Convention de La Haye supprimant l'exigence de la légalisation des actes publics étrangers du 5 octobre 1961 ou que ce soit par une législation complète pour les actes émanant d'autorités publiques étrangères n'ayant pas ratifié ladite convention. Seuls les actes émanant d'autorités publiques d'Etats ayant ratifié la Convention CIEC n° 17 portant dispense de légalisation pour certains actes et documents signée à Athènes le 15 septembre 1977 (Autriche, Espagne, France, Grèce, Italie, Pays-Bas, Portugal, Turquie et Pologne) pourront être acceptés sans légalisation, à condition qu'ils soient signés et datés par l'autorité compétente.

En outre, au paragraphe 3, le terme « *parties* » est remplacé par le terme « *conjointes* », par souci de cohérence avec le reste du texte relatif au divorce.

Quant à la suggestion du Conseil d'Etat de supprimer les dispositions concernant la convention de divorce du Code civil et de les inscrire au Nouveau Code de procédure civile, il est proposé de ne pas suivre le Conseil d'Etat sur ce point. En effet, la convention de

divorce constitue l'élément central du divorce par consentement mutuel et, de l'avis des auteurs du projet, il convient dès lors de faire figurer tant son principe que son contenu parmi les dispositions de fond au Code civil.

Concernant le paragraphe 2, il convient encore de noter que le Conseil de l'Ordre des avocats du barreau de Luxembourg fait remarquer dans son avis qu'il « *n'est pas utile de reprendre au point (2) les mentions de la requête qui sont celles de l'art 1007-3* ». Il est toutefois proposé de maintenir ces indications. S'agissant d'une procédure nouvelle, dans un objectif de clarté, il paraît en effet utile d'inscrire ces précisions à l'article 1007-13, même si l'on peut considérer qu'elles ne sont pas strictement nécessaires.

Echange de vues

- ❖ Un membre du groupe politique CSV énonce qu'il serait judicieux de compléter le libellé par un point additionnel précisant que si les conjoints entendent se servir de pièces, il y a lieu de dresser également un inventaire des pièces.

Un membre du groupe politique DP appuie ces considérations et rappelle que le principe du contradictoire dans les procédures juridictionnelles doit être respecté. La plupart des justiciables ne sont pas des experts en matière de procédure judiciaire. Si le libellé reste muet quant aux modalités régissant la soumission des pièces au tribunal et à l'autre partie, l'instruction de l'affaire risque d'être retardé.

Un membre du groupe politique CSV s'interroge sur l'application des dispositions du droit international privé au Luxembourg et donne à considérer qu'un grand nombre de ressortissants étrangers, soumis à un régime matrimonial étranger, résident sur le territoire national. La question de la loi applicable et de la compétence juridictionnelle se pose.

Le représentant du ministère de la Justice renvoie au 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 abrogeant le règlement (CE) n° 1347/2000 (communément appelé règlement Bruxelles II bis). Il s'agit d'un règlement intra-européen qui ne s'applique pas aux pays tiers.

Pour les ressortissants de pays tiers, l'article 305⁶ actuel du Code civil continue à s'appliquer.

- ❖ Un membre du groupe politique CSV s'interroge sur l'applicabilité d'une loi étrangère, régissant le régime matrimonial des conjoints, qui est non-conforme à l'ordre public luxembourgeois.

Un membre du groupe politique DP confirme que l'article 305 actuel du Code civil régit la loi applicable au divorce. Les juridictions luxembourgeoises refusent d'appliquer une loi qui n'est pas conforme à l'ordre public luxembourgeois. En dehors des cas de figure dans lesquels la réglementation européenne s'applique, la loi luxembourgeoise impose l'application de la loi du for, ce qui revient, in fine, à l'application de la loi luxembourgeoise.

Article 1007-14 – Dépôt de la requête

Commentaire :

⁶ « Art. 305. Le divorce et la séparation de corps sont régis:

1° par la loi nationale des conjoints 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 conjoints de nationalité différente n'ont pas de domicile effectif commun. »

En vertu du paragraphe 1^{er}, la date du dépôt de la requête ainsi que la date du dépôt des lettres prévues au paragraphe 2 sont inscrites par le greffier sur un registre tenu à ces fins.

La convocation des parties à une audience du juge aux affaires familiales est enfermée dans des délais précis. Ainsi, en vertu du paragraphe 2, le greffe convoque les parties dans un délai de quinzaine du dépôt de la requête. Cette convocation doit respecter les formes prévues à l'article 170 du Nouveau Code de procédure civile.

Le paragraphe 3 initial, prévoyait un délai de comparution de huit jours, et une précision quant aux délais de distance.

Le Conseil d'Etat, dans son avis du 6 décembre 2016, s'interroge sur la nécessité de prévoir l'inscription du dépôt de la requête et des courriers sur « *le registre de papier non timbré* ». Le Code du travail utilise la formulation plus simple de dépôt de la requête au greffe sans prévoir des règles spécifiques d'inscription. Ce code ne contient pas non plus de disposition particulière sur le dépôt des courriers ou l'expédition des convocations.

Le renvoi, au paragraphe 2, à l'article 170 est encore superflu, étant donné que cette disposition constitue le droit commun en matière de notification et de convocation par le greffe.

Le paragraphe 3 initial reprend le concept de comparution à l'égard duquel le Conseil d'Etat a déjà émis ses réserves. Il ne voit pas davantage la pertinence d'un renvoi aux délais de distance.

Les amendements des paragraphes 1^{er} et 2 font suite aux observations du Conseil d'Etat qui propose de les reformuler.

Le Conseil d'Etat préconise encore de supprimer la référence aux délais de comparution et de distance, de sorte qu'il est proposé de supprimer le paragraphe 3.

Echange de vues

Le libellé amendé ne suscite aucune observation particulière de la part des membres de la Commission juridique.

Article 1007-15 – Audience devant le JAF

Commentaire :

En vertu de l'article 1007-15, le juge aux affaires familiales entend les parties personnellement. Ils peuvent se faire assister chacun par un avocat ou par un seul avocat choisi d'un commun accord. L'assistance d'un avocat n'est pas obligatoire.

Les conjoints se présentent ensemble devant le juge. Toutefois, si celui-ci a des doutes quant à la volonté réelle ou au consentement libre et éclairé d'un des conjoints, il peut examiner la demande avec chacun des conjoints séparément, avant de les réunir.

L'amendement gouvernemental modifiant les alinéas 1^{er} et 2 vise à assurer une meilleure lisibilité de l'article par une reformulation et la suppression de certaines redondances. Le Conseil d'Etat fait remarquer dans son avis qu'il n'est pas nécessaire de prévoir expressément la possibilité de se faire assister par un avocat. De l'avis des auteurs du projet, par souci de clarté, il convient néanmoins de maintenir cette précision, au vu notamment du nouvel alinéa 3 tel qu'il est proposé. Il convient ainsi d'éviter une

interprétation selon laquelle les alinéas 1 et 3 poseraient deux alternatives, à savoir que soit les conjoints devraient se présenter personnellement, soit qu'ils devraient se faire représenter par un avocat (à la Cour), alors que le but est que les conjoints se présentent toujours en personne, même s'ils ont mandaté un avocat.

Il convient dans ce contexte de rappeler que l'objectif qui sous-tend cette disposition est que le juge ait un échange direct avec les conjoints, afin de lui permettre de se convaincre de la volonté réelle et du consentement libre et éclairé des conjoints et d'apprécier si la convention présentée par les conjoints peut être homologuée en l'état.

Le Conseil d'Etat estime ensuite qu'il n'est pas nécessaire de limiter l'assistance au seul avocat à la Cour. En matière civile, le recours à un avocat à la Cour constitue néanmoins le principe, tant devant le tribunal que devant la Cour. De l'avis des auteurs du projet, il n'est pas opportun de créer une exception à ce principe dans le cadre du divorce par consentement mutuel.

Le Conseil d'Etat relève encore dans son avis « que, à la suite d'une adaptation de la loi luxembourgeoise à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en matière pénale, le prévenu a le droit de se faire représenter par un avocat et que le juge doit ordonner, si nécessaire, une comparution personnelle » et « se demande pour quelles raisons impérieuses, le droit de se faire représenter en justice est exclu dans la procédure sous examen ».

Tel qu'indiqué ci-dessus, l'objectif est que le juge ait un échange direct avec les conjoints. La jurisprudence citée par le Conseil d'Etat se rapporte à la matière pénale et il n'est guère aisé d'évaluer avec certitude dans quelle mesure elle doit être appliquée à la matière civile. Néanmoins, les auteurs du projet conviennent qu'il y a lieu d'éviter des situations où un avocat qui se présenterait en l'absence de son mandant se verrait, sur base du présent article, refuser le droit de plaider.

Par conséquent, il est proposé de clarifier l'article par l'ajout d'un nouvel alinéa 3 en vertu duquel, lorsqu'un conjoint ne se présente pas en personne, son avocat (s'il en a un) est entendu. Il est précisé que cette disposition s'applique sans préjudice de la faculté d'ordonner la comparution personnelle du conjoint qui ne se présente pas.

Quant à l'alinéa 3 de la version initiale du projet de loi, il est proposé de le supprimer suite aux observations du Conseil d'Etat, qui « ne voit pas la nécessité d'une autorisation accordée aux époux de résider séparément, alors que la procédure sera rapide et que la question pourra être abordée dans les mesures provisoires prévues dans la convention de divorce. »

Concernant les observations du Conseil d'Etat relatives à l'article 1007-11, il est renvoyé au commentaire relatif à cet article.

Pour le surplus, les reformulations proposées visent à clarifier et à alléger l'article pour une meilleure lisibilité.

Dans son avis complémentaire du 30 janvier 2018, le Conseil d'Etat marque son accord avec le libellé amendé

Echange de vues

Le libellé amendé ne suscite aucune observation particulière de la part des membres de la Commission juridique.

Article 1007-16 – Pouvoir d’appréciation du JAF du contenu de la convention de divorce par consentement mutuel

Commentaire :

Lorsque le juge estime que la convention contient des clauses qui préservent insuffisamment les intérêts des enfants ou de l’un des conjoints, il peut demander aux conjoints de modifier ou supprimer certaines clauses.

Le Conseil d’Etat, dans son avis du 6 décembre 2016, critique « *l’articulation des compétences entre le tribunal qui approuve ou homologue la convention et le juge aux affaires familiales qui opère un contrôle en fonction de l’intérêt des conjoints ou des enfants et peut refuser l’homologation* ». Il déplore également le manque de cohérence au niveau des libellés initiaux et renvoie à l’opposition formelle qu’il a formulée à l’endroit de l’article 1007-16 initial⁷ et qu’il rappellera à l’endroit de l’article 230 du Code civil en relation avec les divergences des différents textes du Code civil et du Nouveau Code de procédure civile quant à la compétence et quant aux procédures. Cette opposition formelle s’applique à toutes les dispositions pour lesquelles de telles divergences sont constatées.

En ce qui concerne la portée de l’analyse opérée par le juge, le Conseil d’Etat note que le système prévu est repris des articles 1100 et 1101 du code de procédure civile français. Le Conseil d’Etat peut souscrire à la démarche des auteurs de s’inspirer des textes français. Il voudrait toutefois formuler une série d’observations.

À l’instar de l’article 232, alinéa 2⁸, du code civil français, l’article 1007-17, paragraphe 1^{er}, prévoit que le juge aux affaires familiales apprécie la convention au regard des intérêts des conjoints qui doivent être suffisamment préservés. À cet égard le Conseil d’État réitère les observations qu’il avait faites dans son avis du 16 mars 2004 concernant le projet de loi n° 5155 portant réforme du divorce qui prévoyait une disposition similaire : « En présence de la volonté réelle de chaque époux de divorcer et de son consentement libre et éclairé dument constate 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. »

Le Conseil d’Etat relève ensuite le caractère des termes de « préservation insuffisante » des intérêts des enfants. S’agit-il d’introduire des nuances dans la préservation de l’intérêt des enfants qui doit nécessairement constituer le premier critère que le juge prendra en considération ?

Il est encore peu cohérent d’investir le juge du droit de « faire supprimer ou modifier » des clauses et de faire référence, dans la suite, à l’accord des parties pour une telle modification.

⁷ L’article 100-16 initial a été supprimé du texte par voie d’amendement gouvernemental.

⁸ Article 232 du code civil français : « Le juge homologue la convention et prononce le divorce s’il a acquis la conviction que la volonté de chacun des époux est réelle et que leur consentement est libre et éclairé. Il peut refuser l’homologation et ne pas prononcer le divorce s’il constate que la convention préserve insuffisamment les intérêts des enfants ou de l’un des époux. »

La référence à une présence éventuelle des avocats est superflue. Les textes de référence français sont d'ailleurs différents. Le droit du juge de refuser le divorce pour refus des deux parties de modifier ou de supprimer les clauses est non seulement une mesure lourde, notamment si les deux parties maintiennent leur volonté de divorcer dans les termes prévus dans la convention, mais contrevient surtout à l'autonomie des volontés des parties. Un tel refus pourrait tout au plus être envisagé au regard d'impératifs d'ordre public ou encore des intérêts supérieurs des enfants, terme consacré en la matière et qui est à préférer à celui d'une préservation insuffisante des intérêts des enfants.

Le refus de prononcer le divorce conduit à une impasse qui maintient une situation juridique qui n'est plus conforme à la situation personnelle des parties ni à leur volonté. Le délai de six mois paraît long. Se pose encore la question de savoir, si les conjoints, plutôt que de présenter une nouvelle convention, peuvent introduire une nouvelle demande.

Le Conseil d'Etat relève encore que, d'après l'article 1100 du code de procédure civile français, le refus d'homologation et de prononcer le divorce intervient par voie d'ordonnance susceptible d'appel, en application de l'article 1102. L'ordonnance précise encore les points à adapter dans la nouvelle convention. L'article 1007-17 sous examen ne précise pas la forme du refus, même si la suite du texte permet la conclusion que le juge statue par jugement susceptible d'appel. Le Conseil d'Etat considère que si les auteurs entendent devoir suivre l'exemple du code français, une reprise plus fidèle des termes est de mise.

Par voie d'amendement gouvernemental, les auteurs du projet de loi entendent de reformuler profondément le nouvel article 1007-16 du Nouveau Code de procédure civile qui investit le juge aux affaires familiales du droit d'examiner la convention de divorce et de la refuser dans certaines conditions.

L'amendement proposé tend, d'une part, à reformuler l'article dans un objectif de clarté et de lisibilité. D'autre part, tenant compte de l'avis du Conseil d'Etat, il est proposé de remplacer les termes « préservent insuffisamment » par les termes « ne préservent pas » et les termes « *les intérêts des enfants* » par les termes « *l'intérêt supérieur des enfants* » à l'alinéa 1^{er}, termes consacrés par la Convention relative aux droits de l'enfant adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies le 20 novembre 1989.

Dans son avis portant sur l'article 1007-17 de la version initiale du projet de loi, le Conseil d'Etat critique encore le fait que l'homologation de la convention pourra être refusée si le juge estime que cette dernière préserve insuffisamment les intérêts des conjoints. Le Conseil d'Etat renvoie notamment à l'autonomie de volonté des parties et au défaut de moyens d'investigation à disposition du juge et s'interroge sur les implications procédurales d'un refus d'homologuer.

Par rapport à ces critiques, il convient de rappeler que l'objectif de cette disposition n'est pas de permettre au juge de s'immiscer indûment dans les conventions des parties. L'objectif du contrôle n'est pas de remettre en cause l'appréciation des conjoints ou d'entraver leur libre choix. Un conjoint peut en effet avoir des raisons tout à fait légitimes d'accepter une convention qui lui est défavorable.

Force est toutefois de constater qu'en pratique, les tribunaux se trouvent parfois confrontés à des situations où il devient manifeste, au cours de leur échange avec les parties, que les clauses de la convention ne sont pas l'expression d'un compromis négocié, mais d'une emprise d'un conjoint sur l'autre (p.ex. en cas de violence domestique, de dépendance économique...).

De l'avis des auteurs du projet, il n'est pas souhaitable qu'un tribunal se trouvant face à une telle situation soit obligé de « faire sienne » une telle convention qui, par le biais de l'homologation, deviendra partie intégrante du jugement.

Face aux critiques du Conseil d'Etat, il est toutefois proposé de formuler de manière plus restrictive les alinéas 1 et 4, afin d'encadrer plus strictement la possibilité de refuser l'homologation. Concernant les intérêts des conjoints, il est ainsi proposé de remplacer les termes « qui préservent insuffisamment » par les termes « qui portent une atteinte manifestement disproportionnée ».

En outre, il est proposé d'amender l'alinéa 4 en ce sens que lorsque le juge estime que la nouvelle convention qui lui est présentée n'est toujours pas acceptable, l'affaire doit être renvoyée à une formation collégiale.

Enfin, tenant compte des critiques du Conseil d'Etat par rapport au délai de six mois prévu à l'alinéa 3 de la version initiale du projet de loi, il est proposé de remplacer celui-ci par un délai de six semaines.

Pour le surplus les modifications proposées visent une meilleure lisibilité de l'article et une clarification des différentes étapes.

Dans son avis complémentaire du 30 janvier 2018, le Conseil d'Etat constate que le nouveau « *texte omet de préciser par quel acte procédural est effectué ce refus ou est formulée la demande du juge de supprimer ou de modifier certaines clauses. De même, le texte omet d'indiquer par quel acte est constatée la caducité dans l'hypothèse où aucune nouvelle convention n'est présentée* ».

Dans le dernier alinéa, la compétence passe du juge aux affaires familiales à une composition collégiale au sens du nouvel article 1007-7 du Nouveau Code de procédure civile. Le dispositif précise encore que, lorsque la composition collégiale refuse la nouvelle convention, le divorce n'est pas prononcé par le tribunal. Le Conseil d'Etat est d'avis que « *l'articulation des compétences entre le juge aux affaires familiales, la composition collégiale composée d'au moins un juge aux affaires familiales et le tribunal n'est pas des plus claires. Il en va de même pour la détermination des actes adoptés par le juge. Le Conseil d'Etat renvoie à ses considérations générales dans lesquelles il a préconisé un système plus cohérent consistant dans la création d'un tribunal siégeant en matière d'affaires familiales, tantôt comme juge unique, tantôt en composition collégiale* ».

Le Conseil d'Etat note également que les auteurs de l'amendement ont maintenu le droit pour le juge de refuser une convention qui porte atteinte aux intérêts de l'un des conjoints. Ils justifient ce choix par des considérations d'ordre pratique. Pour répondre aux critiques émises par le Conseil d'Etat dans son avis du 6 décembre 2016, les auteurs des amendements retiennent le critère d'une atteinte manifestement disproportionnée aux intérêts de l'un des conjoints et transfèrent la compétence pour refuser une convention modifiée à une composition collégiale. Le Conseil d'Etat voudrait faire deux observations :

1) Le critère d'une atteinte manifestement disproportionnée ne change rien à la critique plus fondamentale d'une ingérence du juge dans un accord librement contracté par des personnes investies d'une pleine capacité juridique. Où le juge tracera-t-il la frontière entre une atteinte admissible et une atteinte manifestement disproportionnée ?

2) Le terme de proportionnalité est encore mal choisi, étant donné qu'il se réfère à l'examen, au regard du principe d'égalité, de situations traitées différemment par la loi ou à une atteinte par la loi à des libertés fondamentales. Le Conseil d'Etat constate encore que, dans le texte tel qu'amendé, est omis le concept d'homologation de la convention qui constitue pourtant le préalable logique au refus de prononcer le divorce.

Echange de vues

- ❖ Un membre du groupe politique CSV regarde d'un œil critique la disposition proposée et donne à considérer que les auteurs du projet de loi entendent modifier profondément le rôle du juge. De manière générale, il n'appartient pas au juge en sa fonction de décideur impartial d'imposer une modification d'une convention valablement conclue entre parties. L'orateur renvoie également au concept de la liberté contractuelle.

En outre, l'orateur signale que le concept « *d'intérêt supérieur de l'enfant* » est un concept juridique aux contours flous, qui relève, à défaut de fixation de critères objectifs par le législateur, du pouvoir d'appréciation souverain du juge du fond qui tiendra compte pour chaque affaire des circonstances de l'espèce.

Un membre du groupe politique DP appuie ces considérations et fait observer que le rôle du juge aux affaires familiales se distinguera profondément du rôle d'autres magistrats. L'oratrice exprime sa crainte que le juge sera amené à exercer, outre ses fonctions juridictionnelles, également des fonctions de médiateur et de conseiller juridique des parties. Elle préconise l'insertion d'une disposition énonçant que chaque partie devrait être représentée obligatoirement par un avocat.

Un membre du groupe politique CSV s'interroge sur l'utilité de définir au sein de la future loi la notion de « *caractère manifestement disproportionnée* » que peut revêtir une clause de la convention pour un des conjoints.

En outre, l'orateur s'interroge sur les conséquences juridiques du refus de prononcer le divorce en cas d'existence de clauses qui ne préservent pas suffisamment les intérêts d'un des conjoints, et si le libellé amendé ne confère pas implicitement au juge le pouvoir de modifier ou supprimer unilatéralement les clauses de la convention *inter partes*.

Le représentant du ministère de la Justice explique que le libellé ne remet pas en cause le principe que les parties qui se présentent conjointement devant le juge civil sont maîtres de la procédure. Quant au pouvoir d'appréciation du juge aux affaires familiales, il y a lieu de signaler que ce dernier examinera, dans un premier temps, les conventions conclues entre parties pour vérifier si cette dernière ne contient pas de clauses jugées contraires à l'ordre public. Comme le projet de loi prévoit que la convention de divorce par consentement mutuel devra être homologuée par le juge et fera partie intégrante⁹ du jugement de divorce¹⁰, l'oratrice énonce que le libellé s'aligne à la philosophie du règlement (CE) No 2201/2003 du Conseil du 27 novembre 2003. Il y a lieu de mettre un place un système qui facilitera la reconnaissance et l'exécution des jugements de divorce, prononcés par une juridiction luxembourgeoise, à l'étranger. Il est dès lors impératif de prévoir à ce que la convention de divorce par consentement mutuel fera partie intégrante du jugement de divorce. Aux yeux des auteurs du projet de loi, il est indispensable que le juge examine les clauses de la convention avant de pouvoir l'homologuer et de l'annexer au jugement de divorce.

Il n'est pas prévu à ce que le juge pourra modifier ou supprimer unilatéralement les clauses de la convention de divorce par consentement mutuel.

Un membre du groupe politique LSAP appuie les dispositions proposées par le libellé qui permet de mieux garantir les intérêts de chacun des époux.

Art. 1007-17. – Appréciation des aspects patrimoniaux

⁹ A l'heure actuelle la convention de divorce par consentement mutuel ne fait pas partie intégrante du jugement de divorce par consentement mutuel et ne constitue pas un titre exécutoire.

¹⁰ cf. article 1007-18 du Nouveau Code de procédure civile

Commentaire :

L'article 1007-17 (ancien article 1007-19) concerne l'appréciation des aspects patrimoniaux de la convention. Il est précisé que pour cette appréciation, le juge aux affaires familiales se fonde uniquement sur les éléments qui lui sont fournis par les parties. Il n'a donc pas à vérifier l'exactitude ou l'exhaustivité des informations fournies.

Le Conseil d'Etat, dans son avis du 6 décembre 2016, préconise la suppression du paragraphe 1^{er} du libellé initial en estimant qu'il est superflu.

Quant au paragraphe 2 initial (paragraphe 1^{er} amendé), concernant les interrogations du Conseil d'Etat portant sur les termes « *aspects patrimoniaux* » de la convention, il convient de préciser que ceux-ci constituent un élément à prendre en compte par le juge dans son analyse de la préservation des intérêts des conjoints et des enfants. Ainsi, par exemple, selon les circonstances de l'espèce, une convention dont les aspects patrimoniaux seraient très déséquilibrés, pourrait, le cas échéant, être considérée comme portant une atteinte manifestement disproportionnée aux intérêts de l'un des conjoints.

Enfin, le terme « *parties* » est remplacé par le terme « *conjoints* », par souci de cohérence avec le reste du texte relatif au divorce.

Le Conseil d'Etat, dans son avis complémentaire du 30 janvier 2018, marque son accord avec la suppression du paragraphe 1^{er} de l'article 1007-19 du Nouveau Code de procédure civile qui devient, dans la nouvelle numérotation, l'article 1007-17.

Pour l'appréciation des aspects patrimoniaux de la convention, le Conseil d'Etat constate qu'il reste interdit au juge de se référer à des éléments autres que ceux fournis par les parties. Le Conseil d'Etat se demande si la combinaison des futurs articles 1007-16 et 1007-17 du Nouveau Code de procédure civile permet la conclusion que l'atteinte aux intérêts de l'un des conjoints se résume à l'appréciation des aspects patrimoniaux.

Echange de vues

Le libellé amendé ne suscite aucune observation particulière de la part des membres de la Commission juridique.

Art. 1007-18 – Homologation de la convention de divorce par consentement mutuel

Commentaire

L'article 1007-18 est issu de l'alinéa 2 de l'article 1007-16 de la version initiale du projet de loi et a été introduit dans le projet de loi par voie d'amendement gouvernemental.

Suite aux observations du Conseil d'Etat par rapport à l'alinéa 2 de l'article 1007-16 de la version initiale du projet de loi, il est proposé de supprimer l'indication que la convention homologuée a la même force exécutoire qu'une décision de justice et de remplacer le terme « *décision définitive* » par « *jugement* ».

Echange de vues

- ❖ Un membre du groupe politique CSV donne à considérer que ni le libellé sous rubrique, ni le libellé amendé de l'article 1007-16 du Nouveau Code de procédure civile ne précisent à quel moment de la procédure, l'homologation de la convention intervient.

Le représentant du ministère de la Justice propose de revenir à ce point lors d'une prochaine réunion.

3. Divers

Aucun point divers n'est soulevé.

Le Secrétaire-Administrateur,
Christophe Li

La Présidente de la Commission juridique,
Viviane Loschetter