



CHAMBRE DES DÉPUTÉS
GRAND-DUCHÉ DE LUXEMBOURG

Session ordinaire 2017-2018

CL/PK

P.V. J 18

Commission juridique

Procès-verbal de la réunion du 21 mars 2018

Ordre du jour :

1. 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

2. Divers

*

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

Mme Danièle Nosbusch, Mme Joëlle Schaack, du Ministère de la Justice

M. Christophe Li, de l'Administration parlementaire

Excusés : M. Marc Angel, M. Roy Reding

*

Présidence : Mme Viviane Loschetter, Présidente de la Commission

*

1. **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

Art. 1007-19 – Notification du jugement par voie de greffe

Commentaire

Suite à la suppression, respectivement l'insertion de certains articles et à la renumérotation subséquente, l'article 1007-20 de la version initiale du projet de loi devient l'article 1007-19.

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

En matière de divorce par consentement mutuel, seule la décision qui ne prononce pas le divorce par consentement mutuel peut faire l'objet d'un appel. Seuls les conjoints peuvent interjeter appel, et l'appel doit être interjeté par les deux conjoints.

La décision qui prononce le divorce par consentement mutuel n'est donc pas susceptible d'appel.

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.

Art. 1007-20 – Procédure d'appel

Commentaire

Suite à la suppression, respectivement l'insertion de certains articles et à la renumérotation subséquente, l'article 1007-21 de la version initiale du projet de loi devient l'article 1007-20.

L'article sous rubrique règle la procédure d'appel et apporte des précisions importantes sur la requête d'appel.

La requête doit être datée, contenir les noms, prénoms et domiciles des appelants, leurs dates et lieux de naissance et, le cas échéant, l'identité des enfants communs ainsi qu'une copie du jugement contre lequel l'appel est dirigé. Les prétentions des appelants doivent être formulées dans la requête ainsi qu'un exposé sommaire des faits et moyens invoqués et les pièces dont les appelants entendent se servir.

La requête doit être déposée au greffe de la Cour d'appel. Les parties sont convoquées par le greffe dans le délai de quinzaine, par lettre recommandée.

Tout comme pour la procédure d'appel « de droit commun » contre les décisions du juge aux affaires familiales, la procédure est orale.

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 compétente dispose toutefois de la faculté d'ordonner la comparution personnelle des parties lorsque cette audition est jugée nécessaire. Cette audition n'est cependant pas obligatoire.

Le caractère oral de la 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.

Le Conseil d'Etat, dans son avis du 6 décembre 2016, critique la formulation du libellé initial qui emploie les termes de « chambre civile » et fait observer que « *La délégation à un conseiller unique, prévue à l'article 1007-10, n'est pas possible. [...] Si la formule du juge unique doit être expressément prévue, il est inutile de rappeler le droit commun de la composition collégiale, ce qui plus est sous des formules inadaptées. À cet égard, le Conseil d'État ne voit pourquoi l'appel ne pourrait pas être porté, en fonction de la difficulté du dossier, devant un juge unique* ».

Par voie d'amendement gouvernemental, les paragraphes 1 à 4 sont reformulés suite aux observations du Conseil d'Etat.

Le paragraphe 3 est complété par un nouvel alinéa 2. 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.

Le terme « *civile* » contenu initialement aux paragraphes 7 et 8 est supprimé suite aux observations du Conseil d'Etat.

Il est toutefois proposé de ne pas suivre le Conseil d'Etat sur tous les points. Ainsi, concernant les paragraphes 6 et 7, il est proposé de maintenir le libellé initial nonobstant les interrogations du Conseil d'Etat, quant à leur utilité. S'agissant d'une procédure nouvelle, et par souci de clarté, il paraît en effet utile d'inscrire certaines précisions à l'article, même si l'on peut considérer qu'elles ne sont pas strictement nécessaires. Au paragraphe 6, il est proposé de supprimer les termes « *à la Cour* ». Ces termes sont superflus dans la mesure où il résulte du paragraphe 2 que les conjoints sont représentés par des avocats à la Cour.

Concernant le paragraphe 8, il est proposé de le maintenir inchangé quant au fond. La procédure envisagée par le projet de loi est tout d'abord orale. Ce n'est que lorsque des doutes subsistent suite aux conclusions orales ou à la comparution personnelle des conjoints que la Cour pourra demander des conclusions écrites. Les alinéas 2 et 3 sont inspirés de l'article 7 de la loi de la loi modifiée du 21 juin 1999 portant règlement de procédure devant les juridictions administratives.

Enfin, le terme « *parties* » est remplacé par le terme « conjoints » aux paragraphes 4, 6, 7 et 8 par souci de cohérence avec le reste du texte relatif au divorce.

Dans son avis complémentaire du 30 janvier 2018, le Conseil d'Etat marque son accord avec l'ajout d'une référence à la procédure de légalisation, qui s'impose selon l'Etat d'origine des actes versés. Le Conseil d'Etat indique qu'il aurait une nette préférence pour les termes de légalisation des documents ou des actes et documents et propose d'omettre le terme moins juridique de « *pièce* ».

Echange de vues

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

Art. 1007-21 – Pourvoi en cassation

Commentaire

L'article 1007-21 reprend l'article 291 actuel du Code civil.

Le Conseil d'Etat, dans son avis du 6 décembre 2016, s'interroge sur la nécessité de maintenir un pourvoi en cassation, alors que, sauf dans le cas de figure de vices procéduraux, la contestation de l'arrêt se fait au regard des considérations de pur fait sur l'intérêt des enfants ou des conjoints ou encore sur leur consentement. Or, ces questions relèvent du pouvoir souverain d'appréciation des juges du fond, et échappent à tout contrôle de la Cour de cassation. Dans la pratique, plutôt que de continuer la procédure par un pourvoi en cassation, les parties auront intérêt à déclencher une nouvelle procédure devant le juge aux affaires familiales.

En outre, la référence, au commentaire, à la reprise de l'article 291 du Code civil actuel n'est pas pertinente aux yeux du Conseil d'Etat, en particulier au regard du nouveau mécanisme mis en place.

Les auteurs du projet de loi jugent utile de maintenir l'ancien article 1007-22, tout en modifiant son emplacement.

Dans son avis complémentaire du 30 janvier 2018, le Conseil d'Etat estime que le libellé ne soulève aucune observation particulière.

Art. 1007-22. – Décès d'un conjoint

Commentaire

Dans son commentaire portant sur l'article 1007-43 de la version initiale du projet de loi, le Conseil d'Etat « *se demande si le principe de l'extinction pour cause de décès ne devrait pas logiquement être prévu également pour le divorce par consentement mutuel.* »

Il est proposé d'introduire un article nouveau qui fait suite à cette observation.

Echange de vues

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

Art. 1007-23. - Demandes visant la modification des modalités d'exercice de l'autorité parentale, de la contribution à l'entretien et à l'éducation des enfants ou de la pension alimentaire fixée(s) par la décision de divorce

Commentaire

Il est proposé d'ajouter, par voie d'amendement gouvernemental, un nouvel article 1007-23 afin de clarifier que les demandes visant la modification des modalités d'exercice de l'autorité parentale, de la contribution à l'entretien et à l'éducation des enfants ou de la pension alimentaire fixée(s) par la décision de divorce sont introduites, instruites et jugées conformément aux dispositions du *Chapitre Ier. – Dispositions générales* et non pas conformément aux dispositions particulières du *Chapitre II. – Dispositions applicables à la procédure de divorce*. L'article 1007-23 ne vise évidemment que les demandes hors appel basées sur un changement de circonstances intervenu après la décision de divorce.

Dans son avis complémentaire du 30 janvier 2018, le Conseil d'Etat marque son accord avec l'insertion d'un nouvel article 1007-23 dans le Nouveau Code de procédure civile.

Echange de vues

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

Art. 1007-24 - Saisine du juge aux affaires familiales dans le cadre des demandes de divorce pour rupture irrémédiable

Commentaire

L'article sous rubrique prévoit la procédure de saisine du juge aux affaires familiales dans le cadre des demandes de divorce pour rupture irrémédiable des relations conjugales.

Les règles procédurales applicables au divorce pour rupture irrémédiable des relations conjugales énoncées aux articles 1007-24 et suivants sont calquées dans une certaine 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 pour rupture irrémédiable nécessitent un aménagement de ces règles de droit commun.

En ce qui concerne la saisine du juge aux affaires familiales en matière de divorce pour rupture irrémédiable des relations conjugales, l'article 1007-24 prévoit qu'elle se fait par requête unilatérale ou, en cas d'accord des conjoints sur le principe du divorce, par requête conjointe.

L'assistance d'un avocat à la Cour est obligatoire.

La requête doit être datée et 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 l'exposé sommaire des faits et moyens invoqués. L'article énumère encore les pièces qui sont à joindre à la requête. Il importe que les parties soumettent un dossier complet dès le stade de l'introduction de la requête afin que l'audience visée à l'article 1007-26 soit utile.

La requête peut enfin contenir les demandes relatives aux mesures provisoires concernant la personne, les aliments et les biens tant des parties que des enfants. En effet, les mesures provisoires ne sont désormais plus fixées dans le cadre d'une instance distincte devant le juge des référés, mais elles sont traitées par le juge aux affaires familiales compétent pour le fond, dans le cadre de l'instance portant sur le fond.

Le Conseil d'Etat, dans son avis du 6 décembre 2016, réitère la remarque d'ordre général qu'il a déjà faite à propos du divorce pour consentement mutuel et qui consiste à s'interroger sur le choix de régler la procédure de divorce dans le Nouveau Code de procédure civile tout en maintenant des articles dans le Code civil qui ne font que renvoyer au Nouveau Code de procédure civile.

Au paragraphe 1, les termes « *sur papier libre* » sont supprimés suite à aux observations du Conseil d'Etat.

Les termes « juge aux affaires familiales » sont remplacés par les termes « *tribunal d'arrondissement* », dans la mesure où ce n'est formellement pas le juge personne physique qui est saisi et qui rendra un jugement, mais le tribunal.

Le paragraphe est en outre reformulé afin de clarifier qu'une requête conjointe doit être signée par les deux avocats.

Le paragraphe 2 est complété par la mention de la profession des conjoints, mention omise par erreur dans la version initiale du projet de loi. Les termes « *les prétentions du ou des requérants* » sont remplacés par les termes « *l'objet de la demande* » suite aux observations du Conseil d'Etat.

L'ajout d'un nouveau point 6° relatif à l'exposé sommaire des faits et moyens invoqués vise à redresser un oubli de la version initiale.

Au point 7°, le remplacement de la référence à « *toute pièce visant à établir un fait visé à l'article 254* » par une référence à « *une copie de la décision de condamnation d'un conjoint pour un fait visé aux articles 250 et 251* » fait suite à la suppression de l'article 254 du Code civil de la version initiale du projet de loi et à l'insertion au Code civil de nouveaux articles 250 et 251.

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.

Enfin, le terme « *parties* » est remplacé par le terme « *conjoint* » aux paragraphes 3 et 4 par souci de cohérence avec le reste du texte relatif au divorce.

Dans son avis complémentaire du 30 janvier 2018, le Conseil d'Etat s'interroge sur le paragraphe 3, point 7°, qui prévoit le dépôt d'une copie de la décision de condamnation pénale d'un conjoint. Il se pose la question de savoir comment le conjoint a connaissance d'un tel jugement et en obtient communication. S'il s'est constitué partie civile, il dispose de la décision. Dans les autres cas, il doit en demander copie au parquet en tant que victime ou partie intéressée. Si les auteurs du projet de loi entendent maintenir ce système, le Conseil d'Etat se demande s'il ne serait pas indiqué de prévoir une communication du dossier pénal par le parquet sur demande du conjoint qui entend en faire état.

Pour le surplus, le Conseil d'État renvoie aux observations relatives aux nouveaux articles 250 et 251 du Code civil.

Echange de vues

- ❖ Un membre du groupe politique CSV renvoie aux critiques soulevées par Conseil de l'Ordre¹ des Avocats du Barreau de Luxembourg relative à la faculté de prononcer le divorce et le partage, malgré le déclenchement de la procédure pénale dans le cadre de la loi sur les violences domestiques.

Le représentant du ministère de la Justice rappelle la philosophie inhérente au projet de loi et renvoie aux amendements gouvernementaux qui ont modifié certaines dispositions relatives à la perte des avantages matrimoniaux et de la pension alimentaire en cas de commission d'une des infractions énumérées au projet de loi.

Au vu de ces critiques formulées par le Conseil d'Etat, le Gouvernement a décidé d'amender le projet de loi comme suit :

- reconnaissant la difficulté de justifier, d'un point de vue juridique, l'allocation de dommages-intérêts indemnisant les conséquences du divorce par le fait qu'un conjoint a commis une faute grave, alors même que cette faute grave n'est juridiquement pas la cause du divorce, il est proposé de supprimer la possibilité d'allouer des dommages-intérêts au conjoint victime en réparation du préjudice matériel ou moral que la dissolution du mariage lui fait subir ;

¹ cf. doc. parl. 6996/12 : le Conseil de l'Ordre des Avocats du Barreau de Luxembourg s'interroge sur la possibilité de prononcer le divorce et le partage, si une procédure pénale est en cours dans le cadre de la loi sur la violence domestique. Malgré les art 254 et suivants du Code civil, qui prévoient les conséquences liées à la faute grave, il est contraire à l'intérêt des parties de procéder au partage de la communauté. Même si cela revient à bloquer les parties, il faut éviter que le conjoint fautif puisse organiser son insolvabilité suite au partage anticipatif qui aura été fait sans savoir s'il y aura éventuellement perte des avantages matrimoniaux suite à une condamnation pénale.

- le principe de la perte des avantages matrimoniaux et de la pension alimentaire en cas de commission d'une des infractions énumérées au projet de loi est maintenu. Ces infractions sont en effet considérées comme tellement inacceptables qu'il ne paraît pas concevable que leur auteur puisse bénéficier d'une pension alimentaire ou d'avantages matrimoniaux à charge de l'autre conjoint, ceci indépendamment du fait que la victime peut se faire indemniser son dommage matériel et moral résultant de ces infractions par la voie de la constitution de partie civile. Ainsi, en vertu des amendements proposés, le conjoint auteur d'une telle infraction perd, sur demande de l'autre conjoint, tout droit à une pension alimentaire ainsi que les avantages matrimoniaux que ce conjoint lui avait faits ;
- la procédure est modifiée, afin de tenir compte des critiques tant du Conseil d'Etat que du Parquet général concernant le risque de blocage de la procédure lorsqu'une plainte est déposée pour l'une des infractions visées par le projet de loi.

Les amendements proposés n'accordent d'effets, au niveau de la procédure, qu'aux condamnations pénales, à l'exclusion des plaintes pénales. Ainsi, si une plainte a été déposée, mais qu'aucune décision n'est intervenue au pénal au moment du divorce, le tribunal peut néanmoins prononcer le divorce avec toutes ses conséquences. Si une condamnation pénale d'un conjoint acquiert force de chose jugée après la décision de divorce, l'autre conjoint pourra introduire une nouvelle requête visant la perte de la pension alimentaire respectivement des avantages matrimoniaux.

Un membre du groupe politique CSV s'interroge sur le cas de figure dans lequel une disparition des actifs de la communauté matrimoniale intervient, entre le moment du dépôt d'une plainte au pénal à l'encontre d'un des conjoints, et le moment du prononcé d'une décision de justice coulée en force de chose jugée. Il s'interroge plus particulièrement sur les conséquences patrimoniales qui peuvent en découler pour la victime de l'infraction et l'application du principe selon lequel « *le criminel tient le civil en état* ».

Un membre du groupe politique LSAP est d'avis qu'il ne faut pas faire un amalgame entre, d'une part, le dépôt d'une plainte pénale portant sur des faits de violence domestique, et d'autre part, la dilapidation des actifs du ménage.

Un membre du groupe politique CSV appuie les considérations soulevées par le Conseil d'Etat dans son avis du 6 décembre 2016 et donne à considérer qu'il y a lieu de distinguer les conséquences patrimoniales découlant du divorce du concept de la pension alimentaire.

Art. 1007-25 – Convocation des parties

Commentaire

En vertu du paragraphe 1^{er} de l'article 1007-25, 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.

Le paragraphe 2 enferme la convocation des parties à une audience du juge aux affaires familiales dans des délais précis. Ainsi, 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 et doit contenir, à peine de nullité, les indications prescrites par l'article 80 du même Code. Enfin, mention doit être faite de l'obligation de se faire assister par un avocat à la Cour.

Le paragraphe 3 fixe le délai de comparution à huit jours.

Enfin, en vertu du paragraphe 4 les requêtes doivent être fixées endéans un délai d'un mois à compter de l'expiration du délai de comparution.

La réunion de tous ces délais implique que l'affaire doit être obligatoirement fixée à une audience du juge aux affaires familiales dans un délai se situant entre huit jours et sept semaines à compter du dépôt de la requête. Cette obligation est destinée à garantir que les affaires soient exposées dans un délai raisonnable devant le juge aux affaires familiales afin que les conflits éventuels soient résolus rapidement et les situations des conjoints et des enfants réglées avant que des situations de fait ne s'installent et afin d'éviter un enlèvement risquant de mener à une exacerbation des conflits entre les parties.

Le Conseil d'Etat, dans son avis du 6 décembre 2016, soulève certaines observations quant à la formulation du libellé.

Par voie d'amendement gouvernemental, il est proposé d'adapter le libellé d'un point de vue terminologique. Au paragraphe 1, les termes « *sur papier libre* » sont supprimés suite à aux observations du Conseil d'Etat.

Au paragraphe 2, le terme « *parties* » est remplacé par le terme « *conjoints* », par souci de cohérence avec le reste du texte relatif au divorce.

L'amendement du paragraphe 4 fait suite aux observations du Conseil d'Etat.

Dans son avis complémentaire du 30 janvier 2018, le Conseil d'Etat estime que le libellé amendé ne suscite aucune observation particulière.

Echange de vues

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

Art. 1007-26. – Déroulement de l'audience devant le JAF

Commentaire

En vertu de l'article 1007-25 de la version initiale du projet de loi (devenu l'article 1007-26) le juge aux affaires familiales entend personnellement chacun des conjoints en présence du ou des avocats, avant de les réunir. Cette obligation s'inscrit dans la logique de pacification de la procédure, qui met l'accent sur la médiation et les accords amiables. Le juge aux affaires familiales est appelé à jouer un rôle clef dans cette nouvelle procédure qui, dans une première phase, est une procédure orale. En s'entretenant directement avec les parties, il sera mieux à même d'identifier d'éventuels points de convergence et de guider les parties dans la recherche de solutions amiables.

Le Conseil d'Etat, dans son avis du 6 décembre 2016, renvoie à ses interrogations quant à l'interdiction pour les parties de se faire représenter en justice. Même dans une optique utilitaire ou pragmatique, cette interdiction est difficile à justifier en cas d'accord des parties sur l'existence d'une rupture irrémédiable. Le Conseil d'Etat s'interroge encore sur la suite à réserver au défaut d'une partie.

L'article 1251-1 du Code civil prévoit expressément que le juge peut proposer aux parties de recourir à la médiation familiale, y compris en matière de divorce. Ainsi qu'il l'a déjà relevé, le Conseil d'Etat considère qu'il n'est pas indiqué de rappeler cette évidence dans le présent contexte.

Il renvoie encore à ses interrogations quant à l'utilité d'une telle procédure dans le cadre du divorce pour rupture irrémédiable des relations conjugales, en particulier si les deux conjoints entendus par le juge s'accordent sur le constat de cette rupture. La surséance que le juge va ordonner risque de s'avérer inefficace et aura pour seul effet de retarder le prononcé d'un jugement. L'ordonnance de surséance constitue un acte juridictionnel susceptible d'appel. Cette observation vaut également pour les autres dispositions visant la surséance à statuer.

Les auteurs du projet de loi rappellent que la version initiale du libellé disposait que le juge entend les conjoints séparément avant de les réunir. Tenant compte du fait qu'en pratique, les tribunaux se trouvent parfois confrontés à des situations où il transparaît qu'un conjoint se trouve sous l'emprise de l'autre conjoint, cette disposition devait permettre dans un premier temps à chacun des conjoints de s'exprimer librement sans être influencé par l'autre conjoint. Après nouvel examen, il ne paraît toutefois pas opportun de faire de l'audition séparée des conjoints la règle, alors qu'il faut s'attendre à ce que dans la majorité des cas les conjoints, assistés de leurs avocats, seront parfaitement capables de s'exprimer librement et de défendre leurs intérêts respectifs.

Par voie d'amendement gouvernemental, il est donc proposé de faire de l'audition conjointe la règle tout en maintenant néanmoins la possibilité pour le juge d'entendre séparément les conjoints lorsqu'il a des doutes quant à la volonté réelle ou au consentement libre et éclairé de l'un d'entre eux.

Ensuite, tenant compte des observations du Conseil d'Etat quant à l'interdiction pour les parties de se faire représenter en justice, pour les raisons exposées au commentaire de l'Amendement 15 relatif à l'article 1007-15 de la version initiale du projet de loi, il est proposé d'ajouter un nouvel alinéa 3 précisant que lorsqu'un conjoint ne se présente pas en personne, son avocat est entendu.

Enfin, pour une meilleure lisibilité, il est proposé de scinder l'article en deux et de déplacer l'alinéa 3 de la version initiale dans un nouvel article 1007-27 et de supprimer l'alinéa 4 de la version initiale. Il est en effet considéré que cet alinéa est superflu dans la mesure où le juge peut en tout état de cause refixer une affaire qui n'est pas en état d'être jugée.

Echange de vues

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

Art. 1007-27. – Information des parties sur la faculté de recourir à une médiation familiale

Commentaire

Le nouvel article 1007-27 reprend, sous une forme légèrement amendée, l'alinéa 3 de l'article 1007-25 de la version initiale du projet de loi.

Dans son avis, le Conseil d'Etat estime que la « *mention de la possibilité de recourir à la médiation familiale est inutile alors qu'elle relève de l'évidence* ». Le projet de loi se situant dans une approche qui vise à encourager les accords entre conjoints et le recours à la médiation, il est proposé de maintenir cette disposition, ainsi que la précision que le juge peut accorder un délai allant jusqu'à un mois aux conjoints afin de recueillir toutes les informations utiles.

Ensuite, il est proposé de remplacer la surséance à statuer par un simple délai accordé aux conjoints à la demande de l'un d'entre eux. En effet, de l'avis des auteurs du projet, la surséance à statuer est une mesure procéduralement lourde dont l'objectif peut tout aussi bien être atteint par le simple octroi d'un délai. Le divorce ne pourra ainsi pas être prononcé pendant ce délai, mais le tribunal pourra p.ex. prendre des mesures provisoires conformément à l'article 1007-44 de la version initiale du projet de loi (article 1007-45 de la présente version).

Enfin, l'alinéa 4 de l'article 1007-25 de la version initiale du projet de loi est supprimé. Il est en effet considéré que cet alinéa est superflu dans la mesure où le juge peut en tout état de cause refixer une affaire qui n'est pas en état d'être jugée.

Dans son avis complémentaire du 30 janvier 2018, le Conseil d'Etat constate que le libellé reprend le dispositif des alinéas 3 et 4 de l'ancien article 1007-25 proposé dans le projet de loi initial.

Le Conseil d'Etat maintient ses interrogations, formulées dans l'avis du 6 décembre 2016, quant à la consécration expresse du mécanisme de la médiation familiale.

Echange de vues

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

L'article 1007-28 – Accord de principe et conséquences du divorce

Commentaire

L'article sous rubrique vise l'hypothèse où les conjoints s'accordent sur le principe du divorce, mais pas sur (toutes) les conséquences.

Le Conseil d'Etat, dans son avis du 6 décembre 2016, s'interroge sur le rôle du juge qui doit s'efforcer d'amener les conjoints à régler à l'amiable les conséquences du divorce. En ce qui concerne la possibilité pour le juge de s'écarter d'accords intervenus, le Conseil d'Etat renvoie à ses observations antérieures. S'il peut concevoir que le juge veille à la sauvegarde de l'intérêt des enfants, il a des difficultés sérieuses à voir intervenir le juge en vue de la sauvegarde des intérêts d'un des conjoints, dès lors qu'ils s'accordent sur les conséquences du divorce. Le Conseil d'Etat renvoie encore à ses interrogations en relation avec le respect de l'autonomie de la volonté des conjoints formulées dans le commentaire de l'article 1007-17 qui assigne au juge une mission du même type dans le divorce par consentement mutuel.

Le Conseil d'Etat constate encore que le commentaire de l'article sous examen, qui parle de cas de rigueur que le juge devrait prévenir, est plus restrictif que le texte même de la loi en projet.

Suite à la renumérotation des articles, l'article 1007-26 de la version initiale du projet de loi devient l'article 1007-28.

Par voie d'amendement gouvernemental, la référence aux « intérêts des enfants » est remplacée par une référence à « *l'intérêt supérieur* » des enfants, qui est l'expression consacrée par la Convention relative aux droits de l'enfant adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies le 20 novembre 1989.

La référence à la conformité aux intérêts des conjoints est remplacée par la référence à une atteinte manifestement disproportionnée à leurs intérêts.

Echange de vues

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

L'article 1007-29 – Faculté d'accorder un délai de réconciliation aux conjoints

Commentaire

L'article 1007-29 vise l'hypothèse où l'un des conjoints conteste la rupture irrémédiable et s'oppose donc au divorce.

La notion de rupture irrémédiable n'est pas définie et il n'y a pas à strictement parler de preuve à rapporter. En vertu de l'article 1007-27 de la version initiale, lorsqu'un conjoint conteste la rupture irrémédiable, le juge peut ordonner la surséance à la procédure afin de donner aux conjoints l'occasion de se concilier.

La surséance ne peut être supérieure à trois mois, renouvelable une fois. En l'absence d'une réconciliation, ce délai doit d'une part éviter qu'un conjoint qui persiste dans sa volonté de divorcer ne soit retenu dans les liens du mariage pendant une durée indéterminée et d'autre part permettre au conjoint défendeur de composer avec la réalité d'un divorce lorsqu'il s'avère que celui-ci devient inévitable et de commencer à prendre des dispositions pour le futur.

Le Conseil d'Etat, dans son avis du 6 décembre 2016, note que les auteurs n'ont pas investi le juge d'une mission de tentative de conciliation à l'instar de ce que prévoit l'article 1108 du code de procédure civile français. Il peut toutefois accorder un second délai « *en cas de nécessité* » sans qu'on ne puisse saisir la portée de l'obligation pour le juge de motiver cette nécessité.

Le Conseil d'Etat note que l'existence de la rupture irrémédiable résulte soit de l'accord des deux conjoints, soit du maintien de cette affirmation par le demandeur à l'issue de la surséance prononcée par le juge et de l'échec de la conciliation. En d'autres termes, il n'y a pas de constat objectif par le juge de la rupture irrémédiable ; ce dernier se limitera à tirer les conséquences de l'affirmation d'un des conjoints².

Le Conseil d'Etat réitère les observations qu'il avait faites dans son avis complémentaire du 16 juillet 2010 concernant les amendements parlementaires au projet de loi n° 5155 portant réforme du divorce :

« Désormais, la désunion irrémédiable entre les époux sera la seule cause de divorce à côté du consentement mutuel et le divorce sera le constat objectif d'un échec plutôt que la

² Le système est différent de celui des § 1565 et 1566 du *Bürgerliches Gesetzbuch*

§ 1565 : Scheitern der Ehe

(1) *Eine Ehe kann geschieden werden, wenn sie gescheitert ist. Die Ehe ist gescheitert, wenn die Lebensgemeinschaft der Ehegatten nicht mehr besteht und nicht erwartet werden kann, dass die Ehegatten sie wiederherstellen.*

(2) *Leben die Ehegatten noch nicht ein Jahr getrennt, so kann die Ehe nur geschieden werden, wenn die Fortsetzung der Ehe für den Antragsteller aus Gründen, die in der Person des anderen Ehegatten liegen, eine unzumutbare Härte darstellen würde.*

§ 1566 : Vermutung für das Scheitern

(1) *Es wird unwiderlegbar vermutet, dass die Ehe gescheitert ist, wenn die Ehegatten seit einem Jahr getrennt leben und beide Ehegatten die Scheidung beantragen oder der Antragsgegner der Scheidung zustimmt.*

(2) *Es wird unwiderlegbar vermutet, dass die Ehe gescheitert ist, wenn die Ehegatten seit drei Jahren getrennt leben.*

sanction d'une faute. Si beaucoup de législations européennes ont introduit le divorce pour rupture irrémédiable des relations conjugales dans leur système juridique et considèrent la désunion comme un état de fait objectif, constaté indépendamment de toute considération sur le comportement des conjoints pendant la vie commune, elles prévoient cependant les cas de figure dans lesquels la désunion peut être considérée comme irrémédiable. La plupart du temps, la constatation de la désunion pourra être prouvée par une séparation de fait d'un certain laps de temps³, qui sera considéré comme preuve irréfragable de la désunion des époux. La séparation de fait des époux peut, dans la plupart des législations, être établie par toutes voies de droit. Le constat de l'existence de la désunion irrémédiable oblige le juge à prononcer la dissolution du mariage, sans avoir à constater la faute et sans avoir à rechercher l'accord de l'autre époux.

Contrairement à la plupart des autres législations européennes, ni le projet de loi initial ni la commission parlementaire n'ont prévu de disposition qui imposerait au demandeur d'établir la réalité de la désunion par une preuve quelconque. Le Conseil d'État avait déduit de certaines dispositions du projet initial que les auteurs avaient eu l'intention d'imposer la charge de la preuve de la réalité de la désunion au demandeur en divorce, même si le texte restait muet à cet égard⁴. Le commentaire de la commission parlementaire relatif à l'amendement proposé enlève cependant toute incertitude à cet égard : « Dans la mesure où il s'agit d'une cause de divorce objective, il n'est nul besoin pour le demandeur de rapporter la preuve de la réalité des faits sur lesquels il base sa demande ; la simple demande en divorce est la preuve que le maintien des relations matrimoniales n'est plus possible ». Or, le Conseil d'État se doit de constater que l'appréciation de la réalité de la désunion est totalement subjective alors qu'elle appartient au seul demandeur. En outre, si le commentaire souligne que l'article 239 nouveau contient une présomption simple, le libellé même de l'article érige cette présomption en présomption irréfragable. Le Conseil d'État s'interroge dès lors sur l'intention réelle de la commission parlementaire. Il réitère sa position définie dans son avis du 16 mars 2004 selon laquelle il s'était prononcé en faveur d'une solution qui, à côté de la preuve de la désunion irrémédiable par l'accord de l'époux défendeur sur le principe du divorce, érigerait la séparation de fait continue et effective pendant un certain laps de temps en présomption irréfragable de la désunion irrémédiable. C'est d'ailleurs la voie empruntée par le législateur belge dans la loi du 27 avril 2007 réformant le divorce. Une telle solution permet d'empêcher les demandes intempestives et de calmer les appréhensions de certains qui craignent que cette nouvelle procédure aboutisse en une forme de divorce-répudiation. Par ailleurs, elle serait conforme à la démarche adoptée dans le cadre de la procédure du divorce par consentement mutuel où la deuxième comparution est maintenue pour accorder un délai de réflexion aux parties. »

A noter que dans son avis du 16 juillet 2010 relative à la proposition de loi prémentionnée, le Conseil d'État avait formulé une opposition formelle en faisant état de l'incohérence des textes, source d'insécurité juridique. Même s'il accepte que le régime prévu relève d'un choix de société qu'il appartient au législateur d'opérer, le Conseil d'État maintient ses réserves qui trouvent leur fondement dans la crainte de voir le divorce pour rupture irrémédiable devenir un mécanisme de répudiation.

Le Conseil d'Etat ajoute qu'il ne comprend pas la signification de la réserve d'application de l'ancien article 1007-26 qui vise justement le cas de figure différent où existe un accord des parties sur le principe du divorce.

³ Délai d'un an prévu à l'article 229, paragraphe 3, du code civil belge, délai de deux ans prévu à l'article 114 du code civil suisse, délai de trois ans prévu à l'article 1566, alinéa 2 BGB.

⁴ Avis du Conseil d'État du 16 mars 2004 relatif au projet de loi portant réforme du divorce, p. 14.

Par voie d'amendement gouvernemental, une renumérotation des articles initiaux est effectuée, de sorte que l'article 1007-27 de la version initiale du projet de loi devient l'article 1007-29.

La suppression de la référence à l'article 1007-26 fait suite aux observations du Conseil d'Etat. Cette référence est en effet erronée.

Ensuite, il est proposé de remplacer la surséance à statuer par un simple délai accordé aux conjoints.

Concernant la possibilité de prononcer le divorce pour rupture irrémédiable sur demande d'un seul conjoint, soit immédiatement, soit sur demande réitérée après les délais visés à l'article 1007-27 de la version initiale du projet de loi, il est proposé de maintenir le principe inscrit dans la version initiale.

Dans son avis, la Cour supérieure de justice se demande si le délai de trois respectivement six mois n'est pas trop court soit pour permettre une réconciliation soit pour permettre au conjoint qui ne veut pas divorcer de prendre des dispositions pratiques en vue de la séparation. De l'avis des auteurs du projet, un délai plus long comporterait toutefois le risque d'enlisement de la procédure, de sorte qu'il est proposé de ne pas suivre la Cour supérieure de justice sur ce point.

Quant au Conseil d'Etat, tout en reconnaissant « *que le régime prévu relève d'un choix de société qu'il appartient au législateur d'opérer* », il fait néanmoins état de son inquiétude de voir le divorce pour rupture irrémédiable devenir un mécanisme de répudiation.

De l'avis des auteurs du projet, la rupture irrémédiable est suffisamment établie par la volonté de divorcer exprimée par un conjoint. Il n'y a ainsi pas lieu d'exiger de cette volonté une preuve autre que son affirmation (réitérée) par le conjoint souhaitant divorcer.

L'alternative d'exiger, par exemple, une séparation de fait n'aurait, quant au principe d'un divorce sur demande unilatérale, qu'un effet protecteur limité vis-à-vis du conjoint défendeur, seul le délai dans lequel le divorce peut être prononcé s'en trouvant affecté en pratique. La crainte de demandes intempestives n'est, de l'avis des auteurs du projet, pas fondée, dans la mesure où l'article 1007-27 de la version initiale du projet de loi, nouvel article 1007-29, permet justement au tribunal d'accorder des délais aux conjoints afin de leur permettre, le cas échéant, de se réconcilier.

Par conséquent, les auteurs du projet sont d'avis qu'il n'y a pas lieu d'amender l'article 1007-27 de la version initiale du projet de loi, nouvel article 1007-29, sur ce point.

Echange de vues

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

Art. 1007-30. – Audition de l'avocat de l'enfant

Commentaire

Le nouvel article 1007-30 reprend, sous une forme légèrement amendée, l'article 1007-29 de la version initiale du projet de loi.

Compte tenu du déroulement chronologique de l'instance, le nouvel article 1007-30 constitue en effet un endroit plus approprié pour la disposition en question, qu'il est donc proposé de déplacer.

Suite à l'ajout d'un nouveau paragraphe relatif à la communication au procureur d'Etat à l'article 1007-6, il est en outre proposé de supprimer la référence au ministère public, conformément à l'avis des Parquets de Luxembourg et de Diekirch. Concernant l'audition de l'avocat de l'enfant, elle est dorénavant obligatoire en cas de demande, tel que préconisé par le Conseil d'Etat.

Dans son avis complémentaire du 30 janvier 2018, le Conseil d'Etat marque son accord avec le régime rendant l'audition de l'avocat de l'enfant obligatoire en cas de demande.

Echange de vues

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

Art. 1007-31. – Demande d'un calcul de référence

Commentaire

Suite aux observations du Conseil d'Etat, il est proposé d'insérer un nouvel article 1007-31 apportant des précisions procédurales concernant le calcul des montants destinés à l'assurance rétroactive au régime général d'assurance pension.

Il est précisé que le calcul du montant de référence est fait par l'Inspection générale de la Sécurité sociale. Dans son avis du 6 décembre 2016, le Conseil d'Etat estime que « *le calcul du montant de rachat est opéré, toujours en vertu de l'article 174, paragraphe 2, auquel renvoie l'article 257 du Code civil en projet, par l'organisme de sécurité sociale compétent, en l'occurrence la Caisse nationale d'assurance pension* », ce qui n'a jamais été l'intention étant donné que le calcul du montant de référence intervient à un moment où la Caisse nationale d'assurance pension n'est pas impliquée, et où il n'est d'ailleurs pas certain qu'elle le sera un jour, puisque le conjoint peut encore renoncer à s'assurer rétroactivement.

Il aurait été envisageable de charger le tribunal saisi de la demande de divorce d'effectuer ce calcul. Toutefois, dans la mesure où il s'agit d'un calcul d'une certaine complexité, le tribunal se verrait souvent contraint de recourir à un expert pour ce calcul, ce qui entraînerait des coûts supplémentaires pour les parties. Il est donc proposé que le tribunal puisse s'adresser à l'Inspection générale de la Sécurité sociale, qui dispose de personnel formé pour ce genre d'opérations, plutôt que de devoir recourir à un expert. Il ne s'agit pas d'une obligation pour le tribunal. S'il estime p.ex., au vu des circonstances de l'espèce, qu'il est en mesure d'effectuer lui-même le calcul ou qu'il faut au contraire désigner d'office un expert, il ne sera évidemment pas obligé de recourir à l'Inspection générale de la Sécurité sociale.

Dans la mesure où il s'agit d'un calcul mathématique qui ne donne pas lieu à une appréciation de faits ou à une interprétation juridique, les contestations portant sur le calcul devraient rester rares. Dans la mesure où le montant de référence servira de base au calcul de la créance détenue par un conjoint envers l'autre dans le cadre du divorce et afin de garantir le respect des droits de la défense et du contradictoire, il est néanmoins précisé que le calcul effectué par l'Inspection générale de la Sécurité sociale est soumis au débat devant le tribunal. Si l'un des conjoints devait contester le calcul, le tribunal pourra bien sûr désigner un expert en cas de besoin. Une alternative envisageable aurait été de porter les éventuelles

contestations sur le calcul devant les juridictions sociales. Il est toutefois proposé de ne pas retenir cette solution. D'une part, une compétence « en parallèle » des juridictions sociales pour le calcul du montant de référence et des juridictions civiles pour tous les autres aspects du divorce irait à l'encontre de l'objectif de simplification et d'accélération des procédures et risquerait d'engendrer des coûts supplémentaires pour les justiciables. D'autre part, elle ne serait pas cohérente avec le fait que, d'un point de vue procédural, le calcul du montant de référence ne se situe pas dans le contexte de l'ouverture d'un droit à pension mais dans le contexte de la détermination d'une créance détenue par un conjoint envers l'autre et qui est une conséquence du divorce.

L'alinéa 2 du nouvel article 1007-31 tel que proposé précise le délai dans lequel le montant de référence calculé doit être communiqué au tribunal. Quant à la forme, il est seulement indiqué qu'il doit être communiqué par écrit. Un courrier recommandé n'est pas exigé.

La détermination du montant et de la période de référence peut évidemment faire l'objet d'un appel.

L'alinéa 3 précise que les contestations relatives au montant et à la période de référence sont portées devant la Cour d'appel comme les contestations portant sur le jugement de divorce, dont elles font partie. La détermination du montant et de la période de référence n'est donc pas considérée comme un jugement interlocutoire.

Dans son avis complémentaire du 30 janvier 2018, le Conseil d'Etat constate que l'article 1007-31 nouveau détermine la procédure pour calculer le montant de référence pour le rachat de périodes d'assurance au profit du conjoint qui a abandonné ou réduit son activité au cours du mariage.

Il constate que « [l]e dispositif sous examen prévoit que le tribunal demande, par voie d'ordonnance, à l'Inspection générale de la sécurité sociale de procéder au calcul du montant de référence sur la base de données chiffrées figurant dans l'ordonnance, à savoir la période du mariage pendant laquelle il y a eu abandon ou réduction de l'activité professionnelle d'un conjoint et les montants des revenus devant servir de base au calcul. Les contestations relatives à ces données chiffrées sont portées devant la Cour d'appel avec le jugement de divorce. Le calcul effectué par l'Inspection générale de la sécurité sociale est également soumis à débat devant le tribunal et les contestations sont tranchées en première instance par le jugement de divorce.

Le Conseil d'État, tout en reconnaissant que les auteurs de l'amendement ont apporté certaines précisions en vue de répondre aux critiques du Conseil d'État, à l'origine d'une réserve de dispense du second vote constitutionnel, se doit de formuler certaines questions à l'égard du texte sous examen. Il est contradictoire d'indiquer, à l'alinéa 1er, que l'ordonnance, qui comprend la période du mariage visée et les montants des revenus devant servir de base au calcul du montant de référence, n'est pas susceptible de recours, tout en admettant, à l'alinéa 3 que ces données font partie du jugement de divorce et que les contestations y relatives peuvent être portées devant la Cour d'appel. Se pose encore la question du lien entre l'ordonnance de transmission des données à l'Inspection générale de la sécurité sociale et le jugement de divorce. Cette ordonnance constitue un acte juridictionnel. L'appel va-t-il porter explicitement sur l'ordonnance ou sur le jugement de divorce dont l'ordonnance est censée faire partie ? Que signifie, à cet égard, la formule « comme les contestations portant sur le jugement de divorce » ? Un appel pourrait-il être limité à l'ordonnance quitte à ce qu'il puisse uniquement être introduit après l'intervention du jugement de divorce ou ce jugement doit-il nécessairement être également entrepris ? Le calcul opéré par l'Inspection générale de la sécurité sociale ayant nécessairement influé sur le dispositif du jugement de divorce, il faudra, en toute logique, introduire un recours contre ce dernier. En cas de réformation, il y aurait lieu à nouvelle saisine de l'Inspection générale

de la sécurité sociale sur base de nouvelles données; or, cette procédure n'est pas davantage prévue dans le dispositif sous examen. Le Conseil d'État s'interroge encore sur les contestations relatives au calcul effectué par l'Inspection générale de la sécurité sociale; de telles contestations sont uniquement envisageables dans l'hypothèse où une des parties reprocherait à l'Inspection générale de la sécurité sociale d'avoir mal opéré le calcul.

Le Conseil d'État doit s'opposer formellement au texte sous examen pour imprécision et incohérence des règles procédurales, source d'insécurité juridique. Il pourrait admettre un dispositif selon lequel « le tribunal peut, par voie d'ordonnance non susceptible de recours immédiat, demander [...] » et d'après lequel « les contestations relatives à la période ou aux montants fixés dans l'ordonnance sont portées devant la Cour d'appel avec les contestations portant sur le jugement de divorce ».

Echange de vues

- ❖ Un membre du groupe politique CSV estime que la mise en œuvre de la procédure prévue par les auteurs du projet de loi risque de s'avérer compliquée en pratique. D'une part, la question de la mise en place d'une voie de recours au bénéfice du justiciable se pose, comme il n'est pas exclu à ce qu'une erreur de calcul donne lieu à période de référence erronée. Il serait dès lors judicieux de donner au justiciable la faculté de solliciter un nouveau calcul de la période de référence. D'autre part, l'orateur préconise l'insertion d'une disposition prévoyant la mise en intervention obligatoire de la Caisse nationale d'assurance pension au sein de la procédure entamée devant le juge aux affaires familiales. L'orateur rappelle que la Caisse nationale d'assurance pension a une personnalité juridique propre. Comme elle joue un rôle important dans l'exécution des modalités relatives au rachat rétroactif, il serait utile à ce qu'elle ait la qualité de partie au litige.

En outre, l'orateur signale que le délai prévu par les auteurs du projet de loi dans lequel le montant de référence calculé doit être communiqué au tribunal risque de s'avérer irréaliste, au vu de la complexité de certaines carrières d'assurance.

Enfin, l'orateur s'interroge sur la déductibilité fiscale du montant à verser pour effectuer un achat rétroactif auprès du régime générale d'assurance pension, et plus précisément lequel des deux conjoints pourrait bénéficier d'une telle déductibilité fiscale.

Un membre du groupe politique DP appuie la mise en intervention obligatoire de la Caisse nationale d'assurance pension et donne à considérer que le délai de prescription ordinaire en matière fiscale est de trois ans.

Madame la Présidente-Rapporteuse propose de revenir sur les dispositions applicables au droit de la sécurité sociale et au droit d'assurance pension, lors d'une prochaine réunion.

Art. 1007-32. – Demande visant à la perte du droit à une pension alimentaire et des avantages matrimoniaux

Commentaire

Le nouvel article 1007-32, introduit par voie d'amendement gouvernemental reprend, sous une forme amendée, l'article 1007-33 de la version initiale du projet de loi.

Quant à l'emplacement et compte tenu du déroulement chronologique de l'instance, l'article 1007-32 constitue un endroit plus approprié pour la disposition en question.

Quant au fond, le nouvel article 1007-32 est le pendant des nouveaux articles 250 et 251 du Code civil, qui font suite aux observations du Conseil d'Etat relatives aux conséquences liées à la faute grave. En vertu de ces articles, le conjoint condamné pour l'une des infractions y visées perd, sur demande de l'autre conjoint, tout droit à une pension alimentaire ainsi que les avantages matrimoniaux que l'autre conjoint lui a faits, le cas échéant.

En ne tenant plus compte que des condamnations pénales à l'exclusion des simples plaintes, l'amendement proposé prend en considération les critiques tant du Conseil d'Etat que du parquet Général concernant le risque de blocage de la procédure résultant de la surséance à statuer prévue à l'article 1007-33 de la version initiale du projet de loi, en présence d'une plainte déposée pour l'une des infractions pertinentes et en attendant l'issue de la procédure pénale.

Ainsi, en vertu de l'amendement proposé, si une plainte a été déposée, mais qu'aucune décision n'est intervenue au pénal au moment du divorce, le tribunal peut néanmoins prononcer le divorce avec toutes ses conséquences. Si une condamnation pénale d'un conjoint acquiert force de chose jugée après la décision de divorce, l'autre conjoint pourra introduire une nouvelle requête visant la perte la pension alimentaire respectivement des avantages matrimoniaux. Il y a lieu de préciser que la décision civile intervenant suite à cette nouvelle requête ne remet pas en cause les éléments de la décision de divorce, mais énonce, pour le futur, certaines conséquences découlant sur le plan civil, en vertu des articles 250 et 251, du fait nouveau que constitue la condamnation pénale. Dans la mesure où dorénavant seules les condamnations pénales seront prises en compte, cette approche a également pour effet que les dépôts de plaintes manifestement non-fondées, évoqués par le Parquet Général dans son avis, n'auront plus aucune incidence sur le divorce.

Il convient enfin de souligner que cette nouvelle requête de l'article 1007-32 interviendra postérieurement à la procédure de divorce et en-dehors de celle-ci. Elle sera par conséquent introduite, instruite et jugée conformément aux dispositions du Chapitre I^{er}. – Dispositions générales et non pas conformément aux dispositions particulières du Chapitre II. – Dispositions applicables à la procédure de divorce.

Dans son avis complémentaire du 30 janvier 2018, le Conseil d'Etat constate que le dispositif proposé distingue « *entre l'hypothèse où la condamnation pénale a acquis force de chose jugée avant le prononcé du divorce et celle où la décision pénale suit la décision de divorce. Dans ce dernier cas, une nouvelle procédure est introduite par voie de requête.*

Le système prévu constitue un des aspects du problème plus fondamental relatif à l'importance de la faute dans le cadre d'une procédure de divorce sans faute et du lien entre les conséquences patrimoniales du divorce et la logique d'une condamnation au civil pour faute. Le Conseil d'Etat reviendra sur ces questions lors de l'examen des nouveaux articles 250 et 251 du Code civil ».

Echange de vues

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

Art. 1007-33. – Versement de conclusions écrites

Commentaire

L'article 1007-28 de la version initiale du projet de loi est déplacé, sous une forme amendée, au nouvel article 1007-33.

Il convient de rappeler que les auteurs du projet de loi ont effectué le choix de miser sur une procédure devant le juge aux affaires familiales qui se déroule principalement de manière orale. Ce n'est que lorsque des difficultés subsistent à l'issue des audiences visées audit article que le juge pourra demander aux parties de verser des conclusions écrites. Il convient de préciser qu'il s'agit là d'une faculté pour le juge. Par ailleurs, le renvoi aux « audiences visées aux articles 1007-26 et 1007-27 » n'exclut pas la possibilité pour le juge aux affaires familiales de refixer une affaire pendant la phase orale s'il l'estime nécessaire pour l'instruction du dossier.

Le libellé initial et les modifications d'ordre terminologique y apportés ne suscitent aucune observation particulière de la part du Conseil d'Etat.

Compte tenu du déroulement chronologique de l'instance, le nouvel article 1007-33 constitue un endroit plus approprié pour la disposition en question.

Echange de vues

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

Art. 1007-34. – Recours à la médiation familiale au cours de la procédure

Commentaire

L'article 1007-34 amendé reprend en partie les dispositions contenues initialement à l'endroit de l'article 1007-25 qui prévoyait que le juge aux affaires familiales peut ordonner la surséance à la procédure afin de permettre aux conjoints de recueillir toutes les informations relatives à la médiation familiale. Cette surséance ne pouvait cependant dépasser un mois.

Le Conseil d'Etat, dans son avis du 6 décembre 2016, propose d'omettre cette disposition et comme il « *considère qu'il n'est pas indiqué de rappeler cette évidence dans le présent contexte.*

Il renvoie encore à ses interrogations quant à l'utilité d'une telle procédure dans le cadre du divorce pour rupture irrémédiable des relations conjugales, en particulier si les deux conjoints entendus par le juge s'accordent sur le constat de cette rupture. La surséance que le juge va ordonner risque de s'avérer inefficace et aura pour seul effet de retarder le prononcé d'un jugement. L'ordonnance de surséance constitue un acte juridictionnel susceptible d'appel. Cette observation vaut également pour les autres dispositions visant la surséance à statuer ».

Les auteurs du projet de loi prennent acte des critiques soulevés et souhaitent éviter « le risque de blocage de la procédure résultant de la surséance ». Dans la mesure où les dispositions des articles 1251-1 et suivants relatifs à la médiation prévoient déjà une suspension des délais en cas de médiation, il est proposé de supprimer la référence à la surséance du nouvel article 1007-34. Il est toutefois proposé de maintenir la référence à la médiation familiale, nonobstant l'avis du Conseil d'Etat, qui propose de l'omettre. L'article 1007-31 de la version initiale du projet de loi, nouvel article 1007-34, constitue un rappel utile de cette possibilité offerte aux conjoints.

Dans son avis complémentaire du 30 janvier 2018, le Conseil d'Etat ne soulève aucune observation particulière par rapport au libellé amendé.

Echange de vues

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

Art. 1007-35. – Non-application de certains articles du NCPC en cas d’infraction pénale

Commentaire

Les dispositions relatives à la procédure de divorce pour rupture irrémédiable des relations conjugales s’inscrivent dans une approche tendant à favoriser la pacification des relations et le règlement amiable des conséquences du divorce. C’est dans cette même optique de pacification que le divorce pour faute est aboli par le présent projet de loi.

Toutefois, certains comportements sont considérés comme tellement graves qu’il ne peut pas en être fait complètement abstraction dans le cadre d’une procédure de divorce. Les comportements visés sont certaines infractions pénales, limitativement énumérées aux articles 250 et 251 du Code civil tels que projetés, commises contre le conjoint ou les enfants vivant au même foyer, ainsi que la tentative de commettre l’une de ces infractions (attentat à la pudeur (art. 372 du Code pénal), viol (art. 375 du Code pénal), circonstances aggravantes du viol et de l’attentat à la pudeur (art. 376 et 377 du Code pénal), coups et blessures volontaires avec circonstances aggravantes (art. 398, 399, 400, 401, 401bis, 402, 403, 405 et 409 du Code pénal), homicide et lésions corporelles volontaires (art. 392 du Code pénal), meurtre (art. 393 du Code pénal), assassinat (art. 394 du Code pénal), infanticide (art. 396 du Code pénal) et empoisonnement (art. 397 du Code pénal)).

La commission d’une de ces infractions par l’un des conjoints ne donne pas lieu à un cas d’ouverture du divorce distinct.

Lorsqu’un conjoint a été condamné pour un fait visé aux articles 250 et 251 du Code civil tels que projetés, ou lorsqu’un conjoint a déposé une plainte pour un tel fait, les articles 1007-27, 1007-29 et 1007-34 du Nouveau Code de procédure civile ne s’appliquent pas. Il ne serait en effet pas concevable que dans un tel cas l’auteur présumé, défendeur à la demande de divorce, puisse demander des délais en vue d’une réconciliation ou d’une médiation.

En outre, le juge peut décider, à la demande d’une partie, d’entendre les avocats des conjoints au lieu de réunir ceux-ci en personne. En effet, lorsque des violences graves ont été commises par un conjoint envers l’autre conjoint ou en enfant vivant au foyer, il n’est pas souhaitable d’exiger dans tous les cas que le conjoint non auteur doit de nouveau faire personnellement face au conjoint auteur dans le cadre de la procédure de divorce.

L’article 1007-35 s’applique bien évidemment sans préjudice des dispositions relatives à la violence domestique et sans préjudice de la possibilité pour le juge aux affaires familiales de fixer des mesures provisoires conformément aux articles 1007-45 et suivants.

Le Conseil d’Etat, dans son avis du 6 décembre 2016, propose d’omettre le paragraphe 1^{er} et donne à considérer « *[s]i le renvoi exprès à la médiation familiale est omis, nul besoin d’écarter les dispositions correspondantes dans l’hypothèse où la rupture irrémédiable des relations conjugales est due à des comportements très graves d’un des deux conjoints. Le juge renoncera encore à une offre de conciliation sans que cela ne doive être précisé dans la loi sous objet* ».

En outre, il estime que « *[s]elon le paragraphe 2, le juge peut, lorsque des violences graves ont été commises par un conjoint envers l’autre conjoint ou envers un enfant vivant au foyer, décider, à la demande d’une partie, d’entendre les avocats des conjoints au lieu de réunir*

ceux-ci en personne. La disposition sous examen est à lire en relation avec le nouvel article 254 du Code civil auquel il est fait référence. Le Conseil d'État renvoie aux observations qu'il va formuler à l'endroit de cette disposition. En ce qui concerne la procédure, le Conseil d'État relève que la représentation des parties par un avocat est de droit. Il va de soi que cette solution est exclue si le ministère d'avocat n'est pas imposé. Dans ce cas, le juge pourrait entendre les parties séparément. Le Conseil d'État s'interroge encore sur la nécessité des précisions procédurales de la « mention au dossier » et de l'« avis donné aux avocats » ».

Enfin, le Conseil d'Etat énonce qu'il comprend que « les deux paragraphes renvoient à la plainte au sens de l'article 4-1 du Code d'instruction criminelle ».

Suite à la suppression, respectivement l'insertion de certains articles et à la renumérotation subséquente, l'article 1007-32 de la version initiale du projet de loi devient l'article 1007-35.

Suite à la scission de l'article 1007-25 de la version initiale du projet de loi proposée par l'Amendement 28 et à la renumérotation des articles 1007-27 et 1007-31 du projet de loi initial, les auteurs du projet de loi décident d'adapter le renvoi figurant au paragraphe 1^{er}.

Au paragraphe 2, le terme « parties » est remplacé par le terme « conjoints », par souci de cohérence avec le reste du texte relatif au divorce. Les autres amendements du paragraphe 2 font suite aux observations du Conseil d'Etat.

Dans son avis complémentaire du 30 janvier 2018, le Conseil d'Etat ne soulève aucune observation particulière par rapport au libellé amendé.

Echange de vues

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

Art. 1007-36. – Ordonnance de liquidation

Lorsque le juge aux affaires familiales, le cas échéant après écoulement des délais visés à l'article 1007-27, constate la rupture irrémédiable des relations conjugales, il prononce le divorce et statue sur les conséquences y relatifs.

Suite à la suppression, respectivement l'insertion de certains articles et à la renumérotation subséquente, l'article 1007-34 de la version initiale du projet de loi devient l'article 1007-36.

A l'alinéa 1, il est proposé de remplacer la référence au « juge aux affaires familiales » par une référence au « tribunal » dans la mesure où le jugement de divorce sera formellement une décision du tribunal d'arrondissement et non pas du juge.

La mention de la désignation du notaire liquidateur à l'alinéa 1 et les nouveaux alinéas 2 et 3 reprennent les dispositions des alinéas 1, 3 et 4 de l'article 241 du Code civil tel que proposé par la version initiale du projet de loi, article que l'Amendement 79 relatif à l'article 241 du Code civil propose de supprimer du Code civil et d'intégrer au Nouveau Code de procédure civile, conformément aux observations du Conseil d'Etat. Concernant la désignation du notaire liquidateur, il est néanmoins proposé d'ajouter les termes « s'il y a lieu », étant donné qu'il n'est parfois pas nécessaire d'en désigner un (p.ex. en l'absence d'immeubles).

Quant aux dispositions de l'alinéa 2 de l'article 241 du Code civil tel que proposé par la version initiale du projet de loi, elles sont implicitement couvertes par l'article 1007-28 du présent projet, de sorte qu'il n'est pas nécessaire de les reprendre expressément au présent article.

Enfin, la référence aux articles 1007-33 du Nouveau Code de procédure civile et 254 à 256 du Code civil de la version initiale du projet de loi est supprimée suite à la suppression de ces articles.

Dans son avis complémentaire du 30 janvier 2018, le Conseil d'Etat constate l'insertion de « *nouveaux articles 1007-36 et 1007-37 qui reprennent, sous une forme amendée, l'article 1007-34 du Nouveau Code de procédure civile et l'article 242 du Code civil dans la version initiale du projet de loi* ».

Echange de vues

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

Art. 1007-37. – Absence d'accord sur la liquidation et le partage du régime matrimonial

Commentaire

Le nouvel article 1007-37 a été inséré dans le projet de loi par voie d'amendement gouvernemental. Il reprend les dispositions de l'article 242 du Code civil tel que proposé par la version initiale du projet de loi. Conformément aux observations du Conseil d'Etat, l'article 242 est supprimé du Code civil et ses dispositions sont intégrées au nouvel article 1007-37 du Nouveau Code de procédure civile. Le terme « *parties* » est remplacé par le terme « *conjoint* », par souci de cohérence avec le reste du texte relatif au divorce. Le deuxième alinéa est reformulé pour une meilleure lisibilité.

L'article sous rubrique ne suscite aucune observation particulière de la part du Conseil d'Etat.

Echange de vues

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

Art. 1007-38. – Fixation de la créance

Commentaire

Le nouvel article 1007-38 tel que proposé apporte des précisions procédurales concernant la fixation de la créance visée au paragraphe 2 du nouvel article 252 du Code civil (article 257 de la version initiale du projet de loi). Puisque normalement l'actif constitué des biens communs ou indivis disponible après règlement du passif n'est déterminable qu'après la liquidation du régime matrimonial, il est précisé au paragraphe 1 que le tribunal peut réserver la fixation de la créance dans le jugement de divorce. Il s'agit d'une faculté pour le tribunal dans la mesure où il peut en pratique y avoir des situations où, même si l'actif n'est pas encore exactement déterminable au moment du jugement de divorce, il est néanmoins certain qu'il dépassera la créance. Dans un tel cas, le tribunal peut fixer la créance dans le jugement de divorce. Dans les autres cas, conformément au paragraphe 1, la créance sera fixée par un jugement ultérieur.

Enfin, en vertu du paragraphe 4, toutes les décisions fixant ou modifiant la créance visée au nouvel article 252 du Code civil sont notifiées à la Caisse nationale d'assurance pension par le greffe. Sont donc visés tant les jugements de première instance que les arrêts d'appel.

Dans son avis complémentaire du 30 janvier 2018, le Conseil d'Etat constate que le nouvel article 1007-38 du Nouveau Code de procédure civile « prévoit que le tribunal peut réserver la fixation de la créance visée à l'article 252 du Code civil dans le jugement de divorce. Sont visées les situations où, même si l'actif n'est pas encore exactement déterminable au moment du jugement de divorce, il est néanmoins certain qu'il dépassera la créance. Cette créance sera fixée par un jugement ultérieur. En vertu du paragraphe 4, toutes les décisions fixant ou modifiant la créance visée au nouvel article 252 du Code civil sont notifiées à la Caisse nationale d'assurance pension par le greffe.

Le Conseil d'État, tout en comprenant les difficultés auxquelles se trouve confronté le juge, relève la complexité du système et le risque d'une prolongation des procédures. La réserve d'une décision sur la créance permet certes d'éviter de bloquer le prononcé du divorce. Toutefois, le problème de la détermination du montant de cette créance restera identique en cas de nouvelle convocation des parties devant le juge ».

Echange de vues

Le libellé amendé sera examiné lors d'une prochaine réunion.

Art. 1007-39. – Signification du jugement de divorce

Commentaire

L'article sous rubrique réglementait, dans sa teneur initiale, le cas de figure de la notification de la décision du divorce par défaut.

Le Conseil d'Etat, dans son avis du 6 décembre 2016, note que « la décision par défaut se fait sur requête, ce qui signifie que le greffe qui a procédé à la notification a informé le demandeur que la notification n'a pas pu se faire à personne. Les frais de publication seront à avancer par le requérant.

Le Conseil d'État considère que la procédure d'opposition qui n'est pas autrement réglée est celle de droit commun ».

Suite à la suppression, respectivement l'insertion de certains articles et à la renumérotation subséquente, l'article 1007-36 de la version initiale du projet de loi devient l'article 1007-39. L'amendement de l'article 1007-36 de la version initiale du projet de loi qui prévoit, au paragraphe 1, la signification du jugement de divorce au lieu de la simple notification, fait suite à certaines critiques exprimées notamment par la Chambre des Huissiers de Justice et le Conseil de l'Ordre des Avocats du Barreau de Luxembourg à l'encontre de la généralisation de la notification dans le cadre des procédures relevant du juge aux affaires familiales retenue dans la version initiale du projet de loi.

Il convient en premier lieu de relever que l'amendement de l'article 1007-36 de la version initiale du projet de loi, nouvel article 1007-39, vise la seule communication du jugement et non pas celle de l'acte introductif d'instance. Le principe d'une requête notifiée par la voie du greffe est donc maintenu aux articles 1007-23 et 1007-24 de la version initiale du projet de loi, articles 1007-24 et 1007-25 de la présente version.

Ce choix s'inscrit dans l'objectif de simplification des procédures et d'accessibilité de la justice. L'introduction de l'instance par requête notifiée par le greffe a fait ses preuves dans

les autres matières où elle est appliquée. Concernant les critiques émises par certains avis selon lesquelles la notification ne permettrait pas de garantir de manière satisfaisante qu'un défendeur soit informé de la procédure introduite, il convient de noter que les dispositions du Nouveau Code de procédure civile permettent d'ores et déjà aux tribunaux de prendre un certain nombre de mesures afin d'assurer qu'un défendeur soit valablement informé d'une procédure introduite contre lui. Ainsi, en vertu de l'article 81 du Nouveau Code de procédure civile, lorsqu'un défendeur ne comparaît pas, il pourra être reconvoqué si l'acte introductif d'instance n'a pas été délivré à personne. En vertu de l'article 158, s'il n'est pas établi que le destinataire de l'acte a été effectivement avisé, le juge peut prescrire d'office toutes diligences complémentaires.

Concernant la communication du jugement, il est toutefois proposé de prévoir une signification par huissier de justice. En effet, la communication du jugement fait courir les délais d'appel respectivement d'opposition, qui sont décisifs pour la transcription ultérieure, sur base des certificats de non appel ou de non opposition, du divorce dans les registres de l'état civil et son opposabilité aux tiers. Afin d'éviter toute insécurité juridique au moment de la transcription, il est proposé de disposer que le jugement de divorce est signifié par huissier de justice.

En outre, il est proposé de remplacer le terme « *décision* » par « *jugement* », tel que préconisé par le Conseil d'Etat à l'article 1007-16 de la version initiale du projet de loi.

Enfin, au paragraphe 2, il est précisé que le président peut ordonner la publication du jugement par extrait dans des journaux. La référence au juge figurant dans la version initiale de l'article est en effet erronée. Il est proposé de maintenir le système de l'actuel article 261-1 du Code civil, en vertu duquel la publication est ordonnée par le président.

Dans son avis complémentaire du 30 janvier 2018, le Conseil d'Etat constate qu'il est proposé d'insérer un « *nouvel article 1007-39 qui reprend, pour l'essentiel, l'article 1007-36 du Nouveau Code de procédure civile dans la version initiale du projet de loi.*

Revenant sur le choix d'un régime général de notification, le paragraphe 1er, tel qu'amendé, retient la procédure d'une signification du jugement. Le paragraphe 2 maintient le système de l'actuel article 261-1 du Code civil, en vertu duquel la publication du jugement par extrait dans des journaux est ordonnée par le président. Le Conseil d'État n'a pas de commentaire à formuler ».

Echange de vues

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

Art. 1007-40. - Délai d'opposition

Commentaire

L'article sous rubrique constitue le pendant de l'actuel article 261-1, alinéa 3 du Code civil.

Suite à la suppression, respectivement l'insertion de certains articles et à la renumérotation subséquente, l'article 1007-37 de la version initiale du projet de loi devient l'article 1007-40. Suite aux modifications apportées par l'Amendement 46 à l'article 1007-36 de la version initiale du projet de loi, article 1007-39 de la présente version, il est proposé d'adapter l'article 1007-37 de la version initiale du projet de loi, nouvel article 1007-40, en conséquence.

En outre, il est proposé de remplacer le terme « décision » par « jugement », tel que préconisé par le Conseil d'Etat à l'article 1007-16 de la version initiale du projet de loi.

Le Conseil d'Etat, dans son avis du 6 décembre 2016, considère que la procédure d'opposition qui n'est pas autrement réglée est celle de droit commun.

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.

Art. 1007-41. – Acquiescement du jugement de divorce

Commentaire

L'article sous rubrique prévoit l'acquiescement au jugement de divorce.

Le Conseil d'Etat, dans son avis du 6 décembre 2016, énonce que « *[l']acquiescement peut être limité au principe de la rupture irrémédiable des relations conjugales sans porter sur les mesures accessoires au jugement de divorce. Dans son avis du 16 mars 2004, le Conseil d'État avait approuvé l'insertion d'une disposition qui admet l'acquiescement à un jugement de divorce. Le Conseil d'État voudrait toutefois rappeler que l'acquiescement vaut pour toutes les matières et que c'est l'exclusion de l'acquiescement qui doit être expressément prévue comme à l'article 342-4 du Code civil pour les actions relatives à la filiation. L'article sous examen ne fait dès lors que consacrer le droit commun. Si le texte sous examen s'explique par les difficultés d'obtenir un certificat de non-appel, le texte aurait utilement pu être formulé autrement.*

En 2004, le Conseil d'État avait marqué ses interrogations par rapport au fait que les intérêts du majeur protégé soient pris en compte lors de l'acquiescement au jugement de divorce, alors que tout au long de la procédure, le majeur protégé n'aura aucun moyen pour se défendre contre une procédure de divorce engagée par son conjoint. La référence au majeur protégé semble avoir été abandonnée dans les amendements de 2009. Elle est réintroduite dans le projet de loi sous examen. S'il s'agit d'écarter l'acquiescement dans le cas d'un majeur protégé, il faut prévoir cette exception. Le Conseil d'État renvoie à l'article 1122 du code de procédure civile français ».

Par voie d'amendement, gouvernemental, l'article 1007-38 initial du Nouveau Code de procédure civile devient l'article 1007-41 du même code.

Dans son avis complémentaire du 30 janvier 2018, le Conseil d'Etat ne soulève aucune observation particulière par rapport au libellé proposé.

Echange de vues

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

Art. 1007- 42. – délai d'appel

Commentaire

L'article sous rubrique règle le délai d'appel.

Le Conseil d'Etat, dans son avis du 6 décembre 2016, indique qu'il « *ne saisit pas la portée du concept de « jugement portant sur le fond ».* À quoi s'opposerait ce concept ? S'agit-il d'opposer la décision sur le principe du divorce et celle sur les autres chefs de la demande ? ».

Suite à la suppression, respectivement l'insertion de certains articles et à la renumérotation subséquente, l'article 1007-39 de la version initiale du projet de loi devient l'article 1007-42.

Par voie d'amendement gouvernemental, il est proposé de supprimer les termes « *contre un jugement portant sur le fond* ». En outre, suite aux modifications à l'article 1007-36 de la version initiale du projet de loi, devenu par la suite le nouvel article 1007-39, il est proposé d'adapter l'article 1007-39 de la version initiale du projet de loi, article 1007-42 de la présente version, en conséquence.

Enfin, il est proposé de remplacer le terme « décision » par « jugement », tel que préconisé par le Conseil d'Etat à l'article 1007-16 de la version initiale du projet de loi.

Dans son avis complémentaire du 30 janvier 2018, le Conseil d'Etat ne soulève aucune observation particulière par rapport au libellé amendé.

Echange de vues

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

Art. 1007- 43. – Requête d'appel

Commentaire

Dans sa version initiale du projet de loi, la procédure d'appel est calquée sur la procédure « *de droit commun* » du juge aux affaires familiales exposée aux articles 1007-8 à 1007-10.

Le Conseil d'Etat, dans son avis du 6 décembre 2016, renvoie à ses observations antérieures sur « *les concepts de jugement portant sur le fond et de chambre civile, ainsi que sur ses considérations relatives aux prétentions des parties et sur le régime des conclusions écrites* ». En outre, à l'endroit du paragraphe 5 du libellé initial, il propose un libellé alternatif aux auteurs du projet de loi.

Suite à la suppression, respectivement l'insertion de certains articles et à la renumérotation subséquente, l'article 1007-40 de la version initiale du projet de loi devient l'article 1007-43.

Par voie d'amendement gouvernemental, il est proposé, en premier lieu, de remplacer la notification de la requête par une signification. Cette modification fait suite à certaines critiques exprimées notamment par la Chambre des Huissiers de Justice et le Conseil de l'Ordre des Avocats du Barreau de Luxembourg par rapport à la généralisation de la notification dans le cadre des procédures relevant du juge aux affaires familiales retenue dans la version initiale du projet de loi. Il est proposé de prévoir également pour la communication de l'acte d'appel une signification plutôt qu'une simple notification.

Pour le surplus, il est toutefois proposé de maintenir les principes procéduraux retenus pour les matières relevant du juge aux affaires familiales, à savoir notamment l'introduction de l'instance par voie de requête, le caractère oral de la procédure et la fixation de l'affaire endéans un délai ne pouvant dépasser 6 semaines.

Les modifications apportées aux paragraphes 1 et 3 font suite aux observations du Conseil d'Etat. Concernant le paragraphe 3, le Conseil de l'Ordre des avocats du barreau de Luxembourg fait encore remarquer dans son avis qu'il « *n'est pas utile de reprendre au point (3) l'énumération des mentions que doit contenir la requête et qui sont celles de l'art 1007-3, à l'exception de la décision dont il est fait appel* ». Il est toutefois proposé de maintenir ces indications. S'agissant d'une procédure nouvelle, par souci de clarté il paraît en effet utile d'inscrire ces précisions à l'article 1007-43, même si l'on peut considérer qu'elles ne sont pas strictement nécessaires. Il est néanmoins proposé de compléter le paragraphe 3 par un nouvel alinéa relatif à la légalisation. 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.

Les paragraphes 2, 4, 5 et 6 amendés prévoient une procédure particulière combinant des éléments empruntant à la procédure orale, l'introduction de l'instance par voie de requête et la signification par huissier de justice. Il aurait également été envisageable d'abandonner la requête en matière d'appel des jugements de divorce pour rupture irrémédiable en faveur de l'assignation. Cette option a toutefois été écartée. Outre le fait que l'assignation ne correspond pas à l'approche générale retenue par le projet de loi pour les matières relevant du juge aux affaires familiales, elle cadre mal avec la procédure prévue au paragraphe 10 (paragraphe 11 de la version initiale du projet de loi), qui prévoit des conclusions orales suivies, le cas échéant, de conclusions écrites, le principe en matière d'assignation étant au contraire qu'elle vaut conclusions.

Au paragraphe 8, il est proposé de supprimer les termes « *à la Cour* ». Ces termes sont en effet superflus dans la mesure où il résulte de du paragraphe 2 que les conjoints sont représentés par des avocats à la Cour.

Au paragraphe 10, un dernier alinéa est rajouté 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.

Le nouveau paragraphe 11 remplace l'article 1007-41 de la version initiale du projet de loi. Les dispositions du paragraphe 11 sont alignées sur celles du nouvel article 1007-39, pour les raisons exposées au commentaire de l'Amendement 46.

Dans son avis complémentaire du 30 janvier 2018, le Conseil d'Etat constate que les auteurs du projet de loi comptent insérer dans le Nouveau Code de procédure civile « *un nouvel article 1007-43 qui reprend, pour l'essentiel, l'article 1007-40 du Nouveau Code de procédure civile dans la version initiale du projet de loi* ».

Les modifications apportées aux paragraphes 1er et 3, de même que la suppression de la référence à la chambre civile de la Cour d'appel font suite aux observations du Conseil d'État et n'appellent pas de commentaire. Le Conseil d'État relève toutefois que l'article 1007-43 précise que la Cour d'appel siège en matière civile et il renvoie aux interrogations relatives au « tribunal » appelé à décider en première instance.

La procédure de notification de la requête est remplacée par celle de la signification. Le Conseil d'État s'interroge sur la combinaison d'un mécanisme de requête avec une procédure de signification. Autant il peut saisir la nécessité de recourir à la signification pour le jugement ou l'arrêt, autant il considère qu'il y a lieu de maintenir, pour l'introduction de l'instance par voie de requête, le mécanisme de la notification.

Formellement, l'appel est formé par le dépôt de la requête qui doit toutefois également être signifiée. Se pose la question de savoir si le dépôt doit porter sur la requête déjà signifiée ou si la signification suit le dépôt ? Le délai dans lequel la signification doit être opérée n'est pas précisé. Le dispositif proposé vise la nullité de la signification, ce qui pose la question du sort de l'appel. Devient-il caduc ou est-il irrecevable ? Le Conseil d'État doit s'opposer formellement au texte sous examen, source d'insécurité juridique. Dans la logique de la procédure applicable en matière administrative, il propose d'ajouter au paragraphe 4 l'alinéa suivant :

« La signification de la requête doit être opérée dans le mois du dépôt au greffe sous peine de caducité de l'appel ».

Le paragraphe 10 consacre le principe de l'irrecevabilité des conclusions tardives. Le Conseil d'État propose encore, dans la logique de l'omission du concept de chambre civile de la Cour d'appel, de viser la Cour et non pas la chambre. Cette observation vaut également pour le paragraphe 9.

Le paragraphe 11 reprend, pour la signification de l'arrêt de la Cour d'appel, le dispositif prévu au nouvel article 1007-39 pour le jugement ».

Echange de vues

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

Art. 1007- 44. – Application des articles 1007-22 et 1007-23 à la procédure de divorce pour rupture irrémédiable

Commentaire

Le libellé initial de l'article sous rubrique visait l'extinction de l'action en divorce en cas de décès d'un conjoint avant qu'un jugement ne soit intervenu.

Le Conseil d'Etat, dans son avis du 6 décembre 2016, s'interroge « *si le principe de l'extinction pour cause de décès ne devrait pas logiquement être prévu également pour le divorce par consentement mutuel* ».

Suite à la suppression, respectivement l'insertion de certains articles et à la renumérotation subséquente, l'article 1007-43 de la version initiale du projet de loi devient l'article 1007-44.

Quant au fond, compte tenu de l'avis du Conseil d'Etat qui se demande si le principe de l'extinction pour cause de décès ne devrait pas logiquement être prévu également pour le divorce par consentement mutuel, ce principe a été inscrit au nouvel article 1007-22.

Dès lors, à l'article 1007-43 de la version initiale du projet de loi, nouvel article 1007-44, il est proposé de renvoyer à l'article 1007-22. Suite à l'introduction d'un nouvel article 1007-23, il est encore précisé que cet article s'applique également au divorce pour rupture irrémédiable des relations conjugales.

Dans son avis complémentaire du 30 janvier 2018, le Conseil d'Etat ne soulève aucune observation particulière par rapport au libellé amendé.

Echange de vues

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

Art. 1007- 45. – Ordonnance portant sur des mesures provisoires

Commentaire

Chacune des parties à une procédure de divorce pour rupture irrémédiable des relations conjugales peut demander des mesures provisoires relatives à la personne, aux aliments et aux biens, tant des parties que des enfants.

Les articles 1007-45 à 1007-49 visent la procédure relative à la fixation de ces mesures provisoires. Celles-ci ne sont désormais plus toisées dans le cadre d'une instance distincte devant le juge des référés, mais elles sont traitées par le juge aux affaires familiales compétent pour le fond, dans le cadre de l'instance portant sur le fond. Il convient dans ce contexte de rappeler que les délais fixés à l'article 1007-25 tel que projeté garantissent que les affaires seront convoquées à l'audience endéans quinze jours après le dépôt de la requête (sans préjudice d'éventuels délais de distance). Les mesures provisoires, de par leur nature, feront normalement l'objet d'une ordonnance séparée, qui interviendra avant le jugement portant sur le fond, et qui sera immédiatement susceptible d'appel.

Le Conseil d'Etat, dans son avis du 6 décembre 2016, note qu'au « *paragraphe 1^{er}, que chacune de parties peut demander des mesures provisoires relatives à la personne, aux aliments et aux biens, tant des parties que des enfants. Le Conseil d'État note que l'article réserve l'application de l'article 1007-11 sur le référé exceptionnel et il renvoie à ses observations à l'endroit de cette disposition* ».

Le Conseil d'Etat préconise la suppression du paragraphe 2 initial du libellé, qui effectue un renvoi à l'article 388-1 du Code civil et « *qui constitue la disposition de droit commun en la matière* ». En outre, il s'interroge « *encore sur les termes de « sentiments exprimés par les enfants* » et relève que *le juge peut en tenir compte ce qui constitue une évidence* ».

Le paragraphe 3 initial renvoie aux missions incombant au procureur d'Etat. Le Conseil d'Etat énonce que « *[c]e texte semble inspiré de l'article 267bis actuel du Code civil. La portée du texte par rapport au rôle du parquet n'est pas claire et le Conseil d'État préconise une clarification en ce sens que le ministère public doit pouvoir intervenir dans la procédure. Il rappelle que l'article 1007-29 vise l'audition du ministère public* ».

En outre, il préconise la suppression du paragraphe 4 initial.

Suite à la suppression, respectivement l'insertion de certains articles et à la renumérotation subséquente, l'article 1007-44 de la version initiale du projet de loi devient l'article 1007-45.

A l'alinéa 1^{er}, les auteurs du projet de loi proposent de remplacer la référence au « *juge aux affaires familiales* » par une référence au « *tribunal* » dans la mesure où l'ordonnance sera formellement une décision du tribunal d'arrondissement et non pas du juge. Le terme « *ordonnance* » est néanmoins maintenu, dans la mesure où il s'agit d'une décision portant sur des mesures provisoires. Le terme « *parties* » est remplacé par le terme « *conjoint* », par souci de cohérence avec le reste du texte relatif au divorce.

Pour les raisons exposées au commentaire de l'amendement portant sur l'article 236 du Code civil de la version initiale du projet de loi, il est proposé d'ajouter au paragraphe 1^{er} un deuxième alinéa reprenant la deuxième phrase de l'article 236 du Code civil tel que proposé par la version initiale.

Suite à l'ajout d'un nouveau paragraphe relatif à la communication au procureur d'Etat à l'article 1007-6, il est en outre proposé de supprimer le paragraphe 3, conformément à l'avis des Parquets de Luxembourg et de Diekirch.

Enfin, il est proposé de supprimer les paragraphes 2 et 4 suite aux observations du Conseil d'Etat.

Dans son avis complémentaire du 30 janvier 2018, le Conseil d'Etat « *marque son accord avec l'ajout, au paragraphe 1er, d'un alinéa 2, qui reprend la deuxième phrase de l'article 236 du Code civil telle que proposée dans la version initiale du projet de loi sous examen. Il en va de même pour la suppression des paragraphes 2, 3 et 4 de l'article 1007-44 dans la version initiale* ».

Echange de vues

- ❖ Un membre du groupe politique CSV renvoie à l'avis consultatif émis par l'Ordre des avocats du Barreau de Luxembourg⁵ qui rend attentif les auteurs du projet de loi face au risque d'un « *vide juridique pour la période entre le prononcé du divorce et la date où le divorce est coulé en force de chose jugée* ».

Le représentant du ministère de la Justice renvoie aux amendements apportés à l'article 237 du Code civil qui tiennent compte des observations du Conseil de l'Ordre des avocats du Barreau de Luxembourg. Il est précisé que les mesures provisoires prennent fin lorsque la décision statuant sur les mesures accessoires acquiert force de chose jugée. Dans la plupart des cas, il s'agira de la décision prononçant le divorce.

L'alinéa 2 dudit article vise toutefois à tenir compte du fait que le tribunal pourra dans certains cas être amené à prononcer le divorce tout en sursoyant à statuer concernant des mesures accessoires, qui seront fixées par une décision postérieure.

Art. 1007- 46. – Mesures conservatoires

Commentaire

Par voie d'amendement gouvernemental, il est ajouté un nouvel article 1007-46 qui reprend les dispositions de l'article 237 du Code civil tel que proposé par la version initiale du projet de loi. Conformément aux observations du Conseil d'Etat, les dispositions de l'article 237 sont supprimées du Code civil et déplacées au Nouveau Code de procédure civile.

⁵ cf. doc. parl. 6996/12, p.14

Dans son avis complémentaire du 30 janvier 2018, le Conseil d'Etat note que le libellé « reprend les dispositions de l'article 237 du Code civil tel que proposé par la version initiale du projet de loi. Le Conseil d'État marque son accord avec cet amendement qui répond à une suggestion qu'il avait émise ».

Echange de vues

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

Art. 1007- 47. – Notification de l'ordonnance portant sur des mesures provisoires

Commentaire

L'ordonnance portant sur les mesures provisoires est notifiée par la voie du greffe. Cette notification doit respecter les formes prévues à l'article 170 du Nouveau Code de procédure civile.

Pour une meilleure lisibilité, les auteurs du projet de loi proposent de fusionner les articles 1007-45 et 1007-46 de la version initiale du projet de loi en un nouvel article 1007-47, subdivisé en 2 paragraphes. Il est encore proposé de supprimer l'alinéa 2 de l'article 1007-46 de la version initiale du projet de loi. En effet, le renvoi à l'article 1007-33 n'est plus pertinent suite à la modification de cet article. Pour le surplus, l'alinéa 2 est redondant dans la mesure où il ne fait que répéter un principe énoncé à l'article 239 du Code civil de la version initiale du projet de loi (article 237 de la présente version). Au nouveau paragraphe 2, les termes « par analogie » sont ajoutés par souci de clarté.

Echange de vues

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

Art. 1007-48 – Appel interjeté contre l'ordonnance portant sur des mesures provisoires

Commentaire

Par voie d'amendement gouvernemental, les articles 1007-47 et 1007-48 de la version initiale du projet de loi sont fusionnés, et deviennent l'article 1007-48 nouveau.

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.

Art. 1007-49. – Application de l'article 1007-11 à la procédure de divorce pour rupture irrémédiable

Commentaire

Les mesures provisoires sont normalement traitées par le juge aux affaires familiales compétent pour le fond, dans le cadre de l'instance portant sur le fond.

Toutefois, pour les cas d'urgence absolue dûment justifiée, une procédure de référé exceptionnel est prévue à l'article 1007-11. Bien que l'article 1007-11 fasse partie du „droit commun“ applicable au juge aux affaires familiales, par souci de clarté l'article 1007-49 précise que l'article 1007-11 est applicable en matière de divorce pour rupture irrémédiable des relations conjugales des conjoints, lorsque les conditions exigées sont réunies. Le recours à cette procédure de référé exceptionnel devra néanmoins constituer l'exception en matière de divorce pour rupture irrémédiable des relations conjugales.

Le Conseil d'Etat, dans son avis du 6 décembre 2016, énonce qu'il « *ne saisit pas la nécessité ni la portée d'une juxtaposition du référé « ordinaire » et du référé « exceptionnel ».* Il renvoie à ses observations à l'endroit de l'article 1007-11 ».

Echange de vues

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

Art. 1007-50. – Saisine du tribunal par le mineur en vue d'une modification de l'autorité parentale ou du droit de visite et d'hébergement le concernant

Commentaire

La disposition sous examen introduit un mécanisme nouveau qui permet au mineur de s'adresser au juge aux affaires familiales pour demander une modification de l'autorité parentale ou du droit de visite et d'hébergement le concernant.

Actuellement, il arrive régulièrement qu'un mineur écrive au juge de la jeunesse pour se plaindre de l'exercice de l'autorité parentale le concernant ou en demandant de voir plus respectivement de voir moins le parent auprès duquel il ne réside pas habituellement. Dans ce cas, le juge de la jeunesse transmet ce courrier au parquet en lui demandant d'apprécier l'opportunité de saisir le juge compétent. Le parquet, ne disposant pas d'autres informations que celles contenues dans le courrier du mineur, ne peut utilement se faire une idée sur le bien fondée des demandes du mineur. Par conséquent, il saisit le juge de la jeunesse sur base de l'article 302 alinéa 2 du Code civil.

Diverses organisations œuvrant pour la protection des droits des enfants tant au niveau national qu'au niveau international plaident depuis longtemps pour un accès plus direct des mineurs aux juridictions pour les sujets les concernant directement. Les auteurs du projet de loi partageant cette approche a dès lors décidé d'introduire la procédure prévue au présent article.

Le Conseil d'Etat, dans son avis du 6 décembre 2016, constate, par rapport, au libellé initial que : « *[s]i la demande est formulée directement par le mineur, le juge aux affaires familiales procède par voie d'ordonnance à la nomination d'un avocat à ce mineur qui va introduire une requête. La demande du mineur adressée au juge aux affaires familiales ainsi que*

l'ordonnance de nomination d'un avocat à l'enfant sont notifiées aux parents dans un but de transparence. Les parents ne pourront toutefois pas contester l'ordonnance de nomination d'un avocat. Les auteurs expliquent que, dans la pratique actuelle, c'est souvent le juge de la jeunesse qui est saisi et que ce juge transmet la demande au parquet qui procède, à son tour, à une saisine formelle du juge de la jeunesse sur la base de l'article 302, alinéa 2, du Code civil. Le nouveau mécanisme est destiné à pallier les insuffisances de cette procédure ».

Le Conseil d'Etat souligne qu'il a « des réserves sérieuses par rapport à la solution prévue » et il « relève que le système envisagé omet toute référence à la capacité de discernement du mineur que l'article 388-1 du Code civil retient toutefois comme condition pour son audition. Le Conseil d'État a encore des doutes sur l'obligation du juge de nommer un avocat si une initiative est prise par le mineur. Il y a, à l'évidence, des cas où la demande du mineur est sérieuse, voire urgente, et que le juge peut, voire doit, statuer sans désigner un avocat appelé à introduire une requête en bonne et due forme. On peut également imaginer des cas de figure où la démarche du mineur est dénuée de tout fondement ou s'avère être le résultat d'une prise d'influence d'un parent ou d'un tiers ; pourquoi désigner, dans ces cas, un avocat qui devra assumer la responsabilité de ne pas introduire de requête ? Le Conseil d'État a encore des doutes sérieux par rapport au rôle assigné à l'avocat, qui non seulement doit consulter le mineur, mais aussi les parents qui probablement auront des vues opposées. L'avocat ne saurait assumer les fonctions d'un service d'assistance sociale et ne constitue pas davantage un délégué du juge, un médiateur familial ou un tuteur ad hoc. La disposition sous examen illustre l'utilité d'un avis des Ordres des avocats sur le projet de loi sous examen ».

La Cour supérieure de justice⁶ « exprime sa plus grande réserve concernant la possibilité pour le mineur de présenter lui-même une demande devant le JAF » car le mineur devient alors une partie au procès ce qui risquerait « d'envenimer le contentieux ». La Cour demande soit d'introduire une condition d'âge par exemple 12 ans soit prévoir que le mineur doit être capable de discernement.

La Cour approuve le fait que l'avocat du mineur « aura la charge de se concerter avec le mineur lui-même et avec ses parents... cette mesure permettra de filtrer les demandes des mineurs, l'avocat appréciant l'opportunité, et d'éviter que le juge ne soit submergé par des plaintes intempestives ou des demandes peu sérieuses ».

Le Tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg⁷ « approuve spécialement la possibilité accordée au mineur par l'article 1007-50 du nouveau code de procédure civile de saisir lui-même le juge aux affaires familiales d'une demande en modification des conditions d'exercice de l'autorité parentale envers lui ou du droit de visite et d'hébergement ».

Le Parquet général s'interroge s'il ne fallait pas prévoir la faculté de saisir le juge aux affaires familiales à un mineur capable de discernement. Ceci est également demandé par les parquets établis auprès des tribunaux d'arrondissements.

Les parquets établis auprès des tribunaux d'arrondissements⁸ considèrent qu'à partir du moment où un enfant a le discernement nécessaire « il ne devrait dépendre d'une décision d'opportunité de son avocat, si sa demande est ou non portée devant le JAF et toisée par celui-ci ... il devrait être tenu de respecter le mandat lui conféré par l'enfant ; il devient le « passeur de parole » de l'enfant au juge... le rôle de l'avocat ne saurait consister à filtrer en quelque sorte les demandes formulées par les mineurs, mais d'être leur porte-parole devant

⁶ cf. doc. parl. 6996/03, p.5

⁷ Idem p. 11

⁸ Idem p.16

le JAF après les avoir adéquatement éclairés et conseillés». Par conséquent les parquets proposent une modification de l'alinéa 3 « Cet avocat aura pour mission d'écouter le mineur, de lui fournir toute information pertinente, de lui expliquer les conséquences éventuelles de la mise en pratique de ses prétentions et dans le cas où l'enfant persiste à voir saisir le juge aux affaires familiales, d'introduire une requête en modification de l'autorité parentale respectivement du droit de visite et d'hébergement ».

Les auteurs du projet de loi jugent opportun d'amender le libellé initial et ce, afin de tenir compte de certaines observations soulevées par le Conseil d'Etat et les autorités judiciaires qui entendent préciser que seul un mineur capable de discernement doit pouvoir agir dans le cadre de cet article. Ainsi, une précision a été apportée à l'alinéa 1^{er} en ce qui concerne la capacité du mineur.

En outre, il est précisé que nonobstant les dispositions de l'article 1007-3, paragraphe 1^{er} du Nouveau Code de procédure civile, le mineur capable de discernement peut s'adresser au tribunal s'il désire voir modifié les modalités de l'exercice de l'autorité parentale ou du droit de visite et d'hébergement. En effet, le paragraphe 1 de l'article 1007-3 susvisé régit la saisine du tribunal, mais précise que des dispositions particulières peuvent y déroger. C'est précisément le cas du présent article 1007-50.

L'alinéa 2 est précisé en ce sens que l'avocat nommé au mineur doit l'être dans un délai de quinze jours. Le mineur a droit à un avocat dans les conditions de la loi modifiée du 10 août 1991 sur la profession d'avocat réglementant l'assistance judiciaire, dans toute procédure judiciaire le concernant. Le Barreau est en charge d'accorder l'assistance judiciaire du mineur dans les conditions de la loi susvisée. Au près du Conseil de l'Ordre du Barreau, il existe une liste d'avocats spécialisés pour enfants. En outre, la référence au « juge aux affaires familiales » est remplacée par une référence au « tribunal » dans la mesure où, formellement, c'est le tribunal d'arrondissement qui est saisi et non pas le juge.

Sur proposition des autorités judiciaires, du Barreau et de l'Ombuds-Comité fir d'Rechter vum Kand (ci-après « ORK »), l'alinéa 3 est modifié. La mission de l'avocat du mineur consiste à écouter l'enfant, à lui fournir toute information pertinente et à lui expliquer les conséquences de ses demandes. Ensuite, l'avocat devra introduire une requête en modification de l'autorité parentale respectivement du droit de visite et d'hébergement.

Les auteurs du projet de loi décident de ne pas modifier l'alinéa 4 du libellé.

L'alinéa 5 précise que la requête de l'avocat du mineur est introduite dans le délai d'un mois à compter de la nomination de l'avocat.

A l'alinéa 6, il est précisé que l'ordonnance de nomination de l'avocat du mineur doit être notifiée aux parents du mineur. De même, est notifiée aux parents du mineur la requête de l'avocat du mineur, déposée au tribunal.

Un nouvel alinéa 8 est créé en ce sens que le tribunal peut proposer, au mineur et à ses parents, une mesure de médiation et désigner un médiateur à cet effet. Ce médiateur a pour mission d'informer le mineur et ses parents sur l'objet et le déroulement de cette mesure. Il aura pour mission d'écouter le mineur. Les parents seront entendus également. Il donnera au mineur et à ses parents toute information pertinente et sera chargé d'expliquer au mineur les conséquences éventuelles de la mise en pratique de ses prétentions.

Echange de vues

- ❖ Un membre du groupe politique CSV énonce qu'il a des fortes réserves par rapport au mécanisme proposé et renvoie à l'avis de ORK⁹ qui « *estime qu'il serait préférable de prévoir que le parquet, en sa qualité de protecteur de l'enfant et de personne neutre, soit seul compétent pour juger du bien-fondé de la demande de requête* ».

Madame la Présidente-Rapportrice estime qu'il s'agit d'un choix politique et propose d'y revenir lors d'une prochaine réunion lorsque Monsieur le Ministre de la Justice sera également présent.

Un membre du groupe politique CSV fait observer que la notion de « *discernement* » n'est pas définie.

Un membre du groupe politique LSAP s'interroge si des législateurs étrangers ont intégré des procédures similaires dans leurs législations. En outre, l'orateur s'interroge si le texte prévoit une limitation quant au nombre de demandes à formuler par le mineur au tribunal, en vue d'une modification de l'autorité parentale ou du droit de visite et d'hébergement le concernant.

Un membre du groupe politique CSV s'interroge sur la question de savoir si les ordres professionnels représentant les avocats comptent assez de membres spécialisés en la matière.

Un membre du groupe politique DP appuie cette observation et énonce qu'à côté des considérations purement juridiques, s'ajoutent des considérations d'ordre psychologique comme les avocats représentant les mineurs seront amenés à expliquer le déroulement des procédures à leurs mandants et ceci d'une manière adaptée à l'âge du mineur concerné.

Le représentant du ministère de la Justice explique que la notion de « *discernement* » n'est pas définie par la loi. Le juge du fond décide au cas par cas, si le mineur est capable de discernement ou non.

Quant aux avocats spécialisés en la matière et leur nombre précis, il convient de se renseigner auprès des ordres d'avocats luxembourgeois.

En outre, l'oratrice indique que d'autres pays prévoient au sein de leur législation la faculté pour les juridictions d'entendre les mineurs en leurs observations relatives à l'octroi de l'autorité parentale.

Il ressort de l'article 388-1¹⁰ actuel du Code civil que le mineur capable de discernement peut être entendu par le juge lorsque son intérêt le commande, néanmoins il ne devient pas partie à la procédure.

⁹ cf. doc. parl. 6996/14

¹⁰ « Art. 388-1. (L. 5 juin 2009)

(1) Dans toute procédure le concernant, le mineur capable de discernement peut, sans préjudice des dispositions prévoyant son intervention ou son consentement, être entendu par le juge ou, lorsque son intérêt le commande, la personne désignée par le juge à cet effet.

(2) Cette audition est de droit lorsque le mineur en fait la demande. Lorsque le mineur refuse d'être entendu, le juge apprécie le bien-fondé de ce refus.

(3) Le mineur peut être entendu seul, avec son avocat ou une personne de son choix. Si ce choix n'apparaît pas conforme à l'intérêt du mineur, le juge peut procéder à la désignation d'une autre personne.

(4) L'audition du mineur se fait en chambre du conseil.

(5) L'audition du mineur ne lui confère pas la qualité de partie à la procédure. »

- ❖ Un membre du groupe politique CSV s'interroge sur la nécessité de l'écoulement d'un laps de temps minimal entre le moment où le jugement de divorce coulé en force de chose jugée et le dépôt d'une demande du mineur en vue de modifier les modalités applicables à l'autorité parentale ou l'exercice du droit de visite.

Un membre du groupe politique LSAP juge utile de recevoir des informations additionnelles quant à la législation applicable à l'étranger en la matière.

Un membre du groupe politique CSV donne à considérer que l'article sous rubrique a pour conséquence que le mineur devient *de facto* une partie à la procédure entamée devant le juge. Il s'agit d'un changement de paradigme radical par rapport à la procédure actuellement en vigueur. Dans le cas de figure du divorce par consentement mutuel où les parents aient trouvé un accord sur le droit de visite de chacun d'eux, cet accord pourrait être remis en cause par la demande du mineur souhaitant obtenir une modification de ce droit de visite. L'orateur estime qu'une telle procédure ne sera guère adaptée pour pacifier les relations familiales.

Le représentant du ministère de la Justice explique que la procédure esquissée par l'article 1007-50 ne peut s'appliquer uniquement qu'après un jugement de divorce soit intervenu et coulé en force de chose jugée. Cependant, l'article sous rubrique ne prévoit pas l'écoulement d'un délai minimal entre le jugement de divorce coulé en force de chose jugée et le dépôt d'une demande du mineur en vue de modifier les modalités applicables à l'autorité parentale ou l'exercice du droit de visite.

- ❖ Un membre du groupe politique CSV s'interroge le respect du principe du contradictoire en la matière et donne à considérer que le texte ne semble pas de prévoir à ce que les parents soient entendus en leurs explications.

Madame la Présidente-Rapportrice est d'avis que le projet de loi entend pacifier le divorce et le juge aux affaires familiales prendra en compte, *ab initio*, l'intérêt supérieur de l'enfant. Néanmoins, il est tout à fait imaginable qu'un enfant se sente malaise auprès du parent qui l'héberge et soit délaissé par celui-ci. La procédure envisagée par les auteurs du projet de loi entend « *institutionnaliser* » une pratique qui existe déjà devant les tribunaux tout en allant plus loin en mettant en place un mécanisme qui s'inscrit pleinement dans une optique visant à sauvegarder les droits de l'enfant.

Le représentant du ministère de la Justice explique qu'il s'agit d'une procédure qui ne se limite pas uniquement au divorce par consentement mutuel. Les dispositions de l'article 388-1 actuel du Code civil relatives à l'audition du mineur par le juge existent également dans d'autres pays européens, dont notamment la France.

Un membre du groupe politique DP signale que certains pays ont mis en place un système d'autorité parentale conjointe où le droit de garde et d'hébergement des parents divorcés est divisé en des périodes temporelles strictement égalitaires. Il convient de noter que les expériences recueillies de ce système sont mitigées.

L'oratrice renvoie au risque que de nombreuses parties interviennent *de facto* lors de la procédure envisagée, ce qui risque de générer de nouveaux conflits familiaux. A côté du mineur qui effectue la demande de modification de l'autorité parentale ou du droit de visite et d'hébergement le concernant, l'intervention des parents au cours de la procédure est requise. En outre, la fratrie du mineur pourrait également intervenir et faire valoir leurs points de vue, qui, en fonction de leurs âges et de leurs vécus, divergera fortement de celle du demandeur.

Le représentant du ministère de la Justice explique que le cas de figure esquissé par l'oratrice ne diverge pas profondément des situations qui peuvent se produire déjà à l'heure actuelle et renvoie à l'application de l'article 388-1 du Code civil.

Un membre du groupe politique CSV estime que les dispositions de l'article 1007-50 s'inscrivent dans une philosophie qui n'est pas partagée par l'ensemble des membres de la Commission juridique. L'orateur signale que le risque existe que les enfants soient incités par l'un des parents à demander une modification de l'autorité parentale ou du droit de visite et d'hébergement, sans le que le bien-être de l'enfant ne soit réellement en péril.

2. Divers

- Organisation des travaux

❖ Un membre du groupe politique CSV critique l'organisation des travaux et déplore la fixation de réunions supplémentaires en dehors des plages horaires ordinaires sans consultations préalables.

Madame la Présidente ne partage pas ces critiques et donne à considérer que les réunions ont été fixées en conformité avec les dispositions du règlement interne de la Chambre des Députés.

Décision : les réunions supplémentaires qui ont déjà été convoquées sont maintenues. La réunion fixée au 26 mars 2018 est annulée.

- Points connexes

Un membre du groupe politique DP déplore le fait qu'il est usage de nombreux renvois à travers le projet de loi. Les renvois effectués à d'autres textes de loi constituent, aux yeux de l'oratrice, une méthode de travail à proscrire comme ils rendent difficile la lecture du texte de la future loi.

Le représentant du ministère de la Justice explique que les auteurs du projet de loi ont essayé de limiter les renvois à d'autres articles au sein des libellés et ils ont préféré d'insérer des alinéas supplémentaires dans le texte qui reprennent, en partie, des textes de loi existants.

Or, le Conseil d'Etat critique à plusieurs reprises que cette technique de légiférer a pour conséquence que des dispositions jugées redondantes et superfétatoires se retrouvent au sein de la future loi et il préconise leur suppression.

Un membre du groupe politique CSV donne à considérer que dans d'autres matières du droit où il est usage de recourir à des renvois, les textes de loi deviennent de plus en plus incompréhensibles même pour les praticiens du droit. Il est dès lors indispensable de se référer au commentaire des articles.

Le Secrétaire-Administrateur,
Christophe Li

La Présidente de la Commission juridique,
Viviane Loschetter