



CHAMBRE DES DÉPUTÉS
GRAND-DUCHÉ DE LUXEMBOURG

Session ordinaire 2017-2018

CL/PK

P.V. J 19

Commission juridique

Procès-verbal de la réunion du 22 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 arrêtant 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. Marc Angel, Mme Simone Beissel, M. Frank Colabianchi remplaçant M. Eugène Berger, M. Alex Bodry, M. Léon Gloden, Mme Viviane Loschetter, Mme Octavie Modert, Mme Lydie Polfer, M. Gilles Roth

Mme Danièle Nosbusch, Ministère de la Justice

M. Christophe Li, de l'Administration parlementaire

Excusés : M. Eugène Berger, M. Franz Fayot, Mme Josée Lorsché, M. Paul-Henri Meyers, M. Laurent Mosar, 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

Organisation des travaux

Madame la Présidente-Rapportrice propose d'examiner, lors de la présente réunion, les dispositions applicables à la réforme du divorce quant au fond et de continuer l'examen des dispositions relatives à l'autorité parentale conjointe lors d'une prochaine réunion.

Décision : la proposition ci-dessus recueille l'accord unanime des membres de la Commission juridique.

Continuation de l'examen des articles

Art. 2. - Modification du Code civil relative à la réforme du divorce

Article 229 du Code civil

Commentaire

Le projet de loi ne prévoit désormais plus que deux cas de divorce :

- le divorce par consentement mutuel, similaire au divorce par consentement mutuel existant actuellement,
- un nouveau cas de divorce, à savoir le divorce pour rupture irrémédiable des relations conjugales.

Dans un souci de pacification, le divorce pour cause d'excès, sévices ou injures graves, communément appelé divorce pour faute, est abrogé.

Toutefois, certains comportements sont considérés comme étant tellement graves qu'il ne peut pas en être fait complètement abstraction dans le cadre du divorce. Les comportements visés sont certaines infractions pénales, limitativement énumérées aux articles 250 et 251 du Code civil tel que amendés, 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 de ceux prévus à l'article 229. Le projet de loi amendé n'accorde d'effets, au niveau de la procédure, qu'aux condamnations pénales, à l'exclusion des plaintes. 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.

Dans la mesure où, en vertu du projet de loi amendé, seules les condamnations pénales seront dorénavant prises en compte dans la procédure de divorce, 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 la procédure de divorce.

Quant au divorce pour rupture de la vie commune, il n'est pas maintenu en tant que tel. Du fait des conditions d'application larges du divorce pour rupture irrémédiable des relations conjugales, les situations visées antérieurement par le divorce pour rupture de la vie commune seront dorénavant couvertes en pratique par le divorce pour rupture irrémédiable des relations conjugales.

Une passerelle entre les deux types de divorce visés à l'article 229 n'est pas expressément prévue, les conjoints restants libres, à tout moment, d'abandonner la procédure initialement choisie et d'engager une autre procédure.

Dans son avis du 6 décembre 2016, le Conseil d'Etat estime que « *le paragraphe 2 n'a aucune portée normative propre dans la mesure où il ne fait qu'annoncer le régime instauré au futur article 254 du Code civil* » et il demande la suppression de ce paragraphe.

Par voie d'amendement gouvernemental, ledit paragraphe a été supprimé de l'article sous rubrique. Suite à cette suppression, la subdivision de l'article en paragraphes peut également être omise.

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

Echange de vues

- ❖ Un membre du groupe politique CSV estime qu'il s'agit d'un des points clés de la réforme proposée. L'orateur préconise l'élaboration d'un tableau comparatif permettant d'avoir une vue globale sur les législations étrangères en matière de divorce, et notamment sur la question de savoir si des législations étrangères ont jugé utile d'abandonner le divorce pour faute.

L'orateur renvoie au Code civil français¹ qui, en dépit de nombreuses réformes législatives, prévoit toujours le divorce pour faute. Le projet de loi entend introduire un changement de paradigme et selon l'orateur, il se pose la question quelles sanctions découleront de la violation grave ou répétée des obligations incombant aux conjoints du fait de leur mariage.

En outre, l'orateur signale qu'un jugement prononçant le divorce aux torts exclusifs de l'un des conjoints a non-seulement des conséquences directes sur les avantages matrimoniaux, mais revêt également une dimension psychologique pour l'autre conjoint. L'orateur renvoie au risque d'insécurité juridique et de la création de situations jugées inéquitables et injustes, si la future loi ne prévoit pas de dispositions transitoires en faveur des couples qui sont déjà soumis au régime du mariage.

Un membre du groupe politique DP juge utile le maintien de la faute grave en cas de violences domestiques commises par un des conjoints à l'encontre de l'autre conjoint.

Un membre du groupe politique LSAP donne à considérer que les violences domestiques constituent une infraction pénale et qu'il s'agit d'un phénomène qui existe dans de nombreux pays, indépendamment du maintien du divorce pour faute ou non.

Plusieurs membres de la Commission juridique se prononcent en faveur de l'élaboration d'un tableau synoptique reprenant les causes de divorce existantes dans les législations étrangères.

Un membre du groupe politique DP adopte une approche comparative et signale que le législateur français s'est livré à une réflexion approfondie sur l'opportunité du maintien du divorce pour faute. Finalement, il a jugé utile de maintenir ce mode de rupture des relations conjugales.

Le représentant du ministère de la Justice explique qu'il est proposé d'abroger le divorce pour faute. Cependant, certains comportements qui constituent également des infractions pénales sont considérés comme étant tellement graves qu'il ne peut pas en être fait complètement abstraction dans le cadre du divorce.

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 ;
- 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

¹L'article 242 du Code civil français dispose que « [l]e divorce peut être demandé par l'un des époux lorsque des faits constitutifs d'une violation grave ou renouvelée des devoirs et obligations du mariage sont imputables à son conjoint et rendent intolérable le maintien de la vie commune. »

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.

Il s'agit d'un choix politique du Gouvernement de ne maintenir que deux types de divorce. En outre, le projet de loi ne prévoit aucune disposition relative à la mise en place d'une disposition transitoire concernant les avantages matrimoniaux.

Quant au volet relatif à la perte des avantages matrimoniaux, il y a lieu de se référer à l'article 251² du Code civil, tel que proposé par le projet de loi.

- ❖ Un membre du groupe politique CSV critique les articles 250 et 251 du Code civil, tels que proposés. L'orateur estime que le mécanisme instauré par le projet de loi, prévoyant que le conjoint-victime d'une des infractions visées aux articles prémentionnés doit préalablement recourir à une procédure pénale qui donnera lieu à une décision pénale coulée en force de chose jugée, avant de pouvoir solliciter à ce que l'auteur des infractions perd le bénéfice des avantages matrimoniaux ou, le cas échéant, le bénéfice de la pension alimentaire, est contre-nature avec l'objectif affiché du projet de loi, à savoir la pacification du divorce.

En outre, l'orateur signale que le recours à une procédure pénale peut être stigmatisant, voire humiliant, pour le conjoint-victime d'une ou de plusieurs des infractions visées aux articles 250 et 251 du Code civil, à qui incombe la charge de la preuve. Enfin, il y a lieu de garder à l'esprit qu'en cas d'appel ou de recours de cassation par une des parties, l'affaire risque de perdurer pendant plusieurs années.

Madame la Présidente-Rapportrice est d'avis qu'il ne faut pas faire un amalgame entre, d'une part, des comportements qui constituent clairement une infraction pénale, et, d'autre part, la grande majorité des affaires de divorce évacuées par les juridictions qui ne présentent aucun lien avec des infractions pénales et dont la procédure peut être pacifiée et facilitée par le présent projet de loi.

Un membre du groupe politique LSAP se prononce en faveur de l'abolition du divorce pour faute. L'orateur énonce que dans la plupart des affaires de divorce pour faute, les reproches

² Il est proposé de conférer à l'article 251 du Code civil la teneur suivante :

« Art. 251. Le conjoint condamné par une décision ayant acquis force de chose jugée pour une infraction visée aux articles 372, 375, 376, 377, 393, 394, 396, 397, 398, 399, 400, 401, 401bis, 402, 403, 404, 405 et 409 du Code pénal commise pendant le mariage à l'encontre de l'autre conjoint ou d'un enfant vivant au même foyer ou pour une tentative de commettre une infraction visée aux articles 372, 375, 376, 377, 393, 394, 396, 397, 401, 403, 404 et 405 du Code pénal à l'encontre des mêmes personnes pendant le mariage perd, sur demande de l'autre conjoint, les avantages matrimoniaux que celui-ci lui avait faits. L'autre conjoint conserve les avantages à lui faits, encore qu'ils aient été stipulés réciproques, et que la réciprocité n'ait pas eu lieu.

Si les avantages matrimoniaux faits au conjoint condamné ont été liquidés dans le cadre de la liquidation et du partage du régime matrimonial, le tribunal peut allouer à l'autre conjoint des dommages-intérêts d'un montant équivalent à la valeur des avantages matrimoniaux ainsi liquidés. »

formulés par un conjoint à l'encontre reposent sur des allégations et donnent lieu, en pratique, à la tenue d'enquêtes fastidieuses révélant en public la vie intime des époux.

Par ailleurs, le maintien du divorce pour faute ne serait nullement synonyme d'un droit du divorce équitable.

L'orateur estime que la Commission juridique devra choisir entre deux systèmes distincts :

- soit une législation qui maintient le divorce pour faute ;
- soit une législation qui abolit le divorce pour faute.

Une législation qui abolit le divorce pour faute aura nécessairement des interférences avec le droit pénal. La législation actuellement en vigueur prévoit le divorce pour faute et, selon l'orateur, le recours de certains conjoints à la pratique du dépôt de plaintes pénales manifestement non-fondées constitue également une réalité.

Madame la Présidente-Rapportrice énonce que l'abolition du divorce pour faute constitue un choix politique.

- ❖ Un membre du groupe politique DP s'interroge sur l'application du principe selon lequel « *le pénal tient le civil en état* », en cas de dépôt d'une plainte pénale par l'un des conjoints au cours de la procédure de divorce.

Le représentant du ministère de la Justice explique qu'il y a lieu de distinguer entre deux cas de figure :

- soit au moment du prononcé du divorce, une condamnation pénale coulée en force de chose jugée pour une ou plusieurs des infractions visées aux articles 250 et 251 du Code civil est déjà intervenue, alors cette condamnation est prise en compte dans le cadre du jugement de divorce conformément à l'article 1007-32 du Nouveau Code de procédure civile ;
- soit au moment du prononcé du divorce, aucune condamnation pénale coulée en force de chose jugée pour une ou plusieurs des infractions visées aux articles 250 et 251 du Code civil n'est intervenue, alors le juge aux affaires familiales peut déjà émettre un jugement qui prononce le divorce. Si une condamnation pénale coulée en force de chose jugée intervient par la suite, le conjoint-victime peut déposer une requête devant le juge aux affaires familiales en vue de demander à ce que l'auteur des infractions visées aux articles 250 et 251 du Code civil perd le droit à une pension alimentaire et le bénéfice des avantages matrimoniaux.

Dans la mesure où dorénavant seules les condamnations pénales seront prises en compte, cette approche a également pour effet que les dépôts de plaintes pénales manifestement non-fondées, évoqués par le Parquet général dans son avis, n'auront plus aucune incidence sur le divorce.

- ❖ Un membre du groupe politique CSV s'interroge sur le cas de figure où le divorce est prononcé avec toutes ses conséquences, malgré le dépôt d'une plainte pénale par l'un des conjoints à l'encontre de l'autre conjoint et ce pour une des infractions visées à l'endroit de l'article 251 du Code civil. L'orateur se demande si une telle hypothèse ne risque pas s'avérer inéquitable et il s'interroge si le conjoint-victime peut récupérer les avantages matrimoniaux une fois que la liquidation et le partage du régime matrimonial sont intervenus.

Le représentant du ministère de la Justice renvoie à l'alinéa 2 de l'article 251 du Code civil qui dispose que : « *[s]i les avantages matrimoniaux faits au conjoint condamné ont été*

liquidés dans le cadre de la liquidation et du partage du régime matrimonial, le tribunal peut allouer à l'autre conjoint des dommages-intérêts d'un montant équivalent à la valeur des avantages matrimoniaux ainsi liquidés ».

- ❖ Un membre du groupe politique CSV énonce que la procédure proposée par les auteurs du projet de loi risque de s'avérer inefficace en pratique comme elle présuppose d'abord que le conjoint-victime d'une des infractions visées introduit une requête portant sur une demande de divorce pour rupture irrémédiable et fasse ensuite les démarches nécessaires pour mettre en œuvre l'action publique à encontre de l'autre conjoint. De plus, il faut que la victime attende l'issue du procès pénal et à ce que la décision de condamnation pénale coule en force de chose jugée pour agir de nouveau devant le juge aux affaires familiales, et ce, afin de demander à ce que l'auteur de l'infraction pénale perde les avantages matrimoniaux.

L'orateur estime que la procédure envisagée est lourde et s'avère fortement coûteuse pour le conjoint-victime.

L'orateur exprime ses craintes qu'en pratique, ce sera « *la loi du plus fort* » qui l'emportera et ce, au détriment du conjoint-victime des infractions visées par l'article 251.

- ❖ Un membre du groupe politique DP s'interroge sur les futures dispositions applicables au versement de la pension alimentaire et indique que les dispositions proposées par le projet de loi risquent de s'avérer inéquitables pour de nombreuses personnes.

Madame la Présidente-Rapporteuse propose d'aborder en détail le volet relatif à l'octroi d'une pension alimentaire lors d'une prochaine réunion.

Article 230 du Code civil

Commentaire

L'article 230 maintient pour l'essentiel les principes actuellement applicables au divorce par consentement mutuel. Les exigences de fond pour l'introduction d'une demande en divorce par consentement mutuel et celles relatives au contenu de la convention de divorce par consentement mutuel restent largement similaires. La procédure, quant à elle, se trouve simplifiée, notamment par la suppression de la deuxième comparution (articles 1007-13 et suivants du Nouveau Code de procédure civile).

Concernant les dispositions relatives au contenu de la convention de divorce et au partage des biens, l'article 230 reprend largement les articles 276 et 277 actuels du Code civil. A noter que la référence qui est faite à l' « *administration de la personne (...) des enfants* » au point 2° comprend tant l'autorité parentale que la résidence et le droit de visite et d'hébergement.

Le point 5° initial du libellé constituait une nouveauté par rapport au droit actuel et visait la renonciation par un conjoint de la faculté de racheter rétroactivement, par mois entiers pour la période du mariage pendant laquelle l'abandon ou la réduction de l'activité professionnelle a eu lieu, des droits d'assurance auprès du régime général d'assurance pension.

Par contre, au regard de la suppression de la deuxième comparution et au regard des enjeux importants pour le futur des conjoints et des enfants, le cas échéant, l'article 230 du projet de loi dispose que la convention devra désormais être rédigée par un professionnel du droit, avocat à la Cour ou notaire.

L'assistance d'un avocat sera facultative pour la suite de la procédure.

En outre, il est dorénavant prévu que la convention de divorce doit être soumise pour homologation au tribunal. L'article 1007-16 que le projet de loi propose d'introduire au Nouveau Code de procédure civile précise que la convention homologuée fait partie intégrante de la décision de divorce et qu'elle a la même force exécutoire qu'une décision de justice.

Ceci facilitera la reconnaissance et l'exécution tant à l'intérieur du pays qu'à l'étranger non seulement de la décision ayant prononcé le divorce, mais également des mesures contenues dans la convention des parties telle qu'homologuée par le tribunal et notamment celles sur l'autorité parentale et le droit de visite et d'hébergement des enfants. Ainsi, cette convention de divorce sera considérée comme « décision » au sens des textes internationaux ou européens, tels le règlement (CE) n° 2201/2003 du Conseil du 27 novembre 2003 relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale abrogeant le règlement (CE) n° 1347/2000.

Ensuite, la condition d'âge minimum pour demander un divorce par consentement mutuel est supprimée. Une telle condition ne semble en effet plus appropriée.

Enfin, la condition de durée minimale de mariage avant de pouvoir introduire une demande de divorce par consentement mutuel est également supprimée. A l'époque, l'exigence de cette durée minimale était motivée principalement par l'espoir d'une réconciliation des conjoints. Dans un souci de respect de la volonté des conjoints, il ne paraît plus approprié d'imposer un temps de réflexion à des conjoints qui souhaitent divorcer. Les conjoints étant obligés de régler toutes les conséquences patrimoniales du divorce avant l'introduction de la demande, il est par ailleurs improbable que la décision des conjoints ne soit pas mûrement réfléchie.

Le Conseil d'Etat, dans son avis du 6 décembre 2016, critique la formulation du libellé et préconise une formulation reprise de l'article 230 du Code civil français. Il donne à considérer que la précision initialement contenue dans le libellé, énonçant que « *la demande de divorce par consentement mutuel ne requiert pas l'indication d'une cause. En droit, un texte qui prévoit une non-condition est dépourvu de signification. La référence à l'absence de cause a une valeur purement philosophique* ».

Le Conseil d'Etat considère « *que les dispositions sur le contenu de la convention peuvent trouver leur place dans le Nouveau Code de procédure civile* ».

Quant au fond, le Conseil d'Etat « *relève encore des différences de terminologie entre l'article 230 qui vise l'approbation de la convention par le tribunal et l'article 231 qui parle de l'homologation par le tribunal et l'article 1007-16 du Nouveau Code de procédure civile qui vise l'homologation de la convention par le tribunal. L'article 1007-17 du Nouveau Code de procédure civile renvoie, de son côté, au juge aux affaires familiales. Le Conseil d'État rappelle l'opposition formelle par rapport aux textes tant du Nouveau Code de procédure civile que du Code civil qui prévoient des compétences et des procédures différentes pour régler les mêmes questions. Ces incohérences sont source d'insécurité juridique.*

Le Conseil d'État a des interrogations sérieuses par rapport au point l'alinéa 1er, point4), relatif à la pension alimentaire. Il relève, d'abord, que ce qui importe est la détermination de la pension alimentaire dans la convention.

Se pose la question de l'unicité ou de la dualité de régime pour une modification de la pension selon la nature du divorce. Le Conseil d'État relève que le régime prévu dans l'article sous examen est différent de celui prévu à l'article 253 du Code civil pour le divorce

pour rupture irrémédiable des relations conjugales qui prévoit que la pension peut être révisée sur demande en cas d'amélioration de la situation du créancier. Même si le Conseil d'État conçoit la différence de nature entre une pension alimentaire conventionnelle et celle fixée dans le jugement de divorce pour rupture irrémédiable des relations conjugales, il ne comprend pas la justification d'une différence de régime alors que dans tous les cas, la pension est destinée à subvenir aux besoins d'un des conjoints. Il préconise dès lors d'adapter les deux mécanismes et de régler la matière dans un article unique. Les références à la communauté de vie et au foyer commun sont reprises de l'actuel article 277 du Code civil.

Le Conseil d'État relève que la convention devra être dressée par un avocat à la Cour ou un notaire, formalité qui n'est pas requise dans les textes actuels et qui aura, à l'évidence, des implications financières. Si l'assistance d'un avocat peut être utile, pourquoi imposer le recours à un avocat à la Cour ? De même, le Conseil d'État ne saisit pas la nécessité de l'intervention obligatoire d'un notaire pour dresser inventaire des biens et pour procéder à une estimation. Les frais du notaire s'ajouteront à celles de l'avocat. Dans son avis du 16 juillet 2010, le Conseil d'État avait recommandé « d'imposer aux époux de régler l'ensemble des problèmes relatifs à leurs patrimoines » et avait renvoyé à l'article 1287 du code judiciaire belge ou à l'article 1091 du code de procédure civile français. Ce dernier texte n'impose l'acte authentique qu'au regard des règles sur la publicité foncière. Le Conseil d'État renvoie, à cet égard, à l'article 241 du Code civil dans le projet sous examen. Le Conseil d'État rappelle que le régime légal actuel n'a pas soulevé des difficultés majeures, dès lors que, dans la pratique, les époux vivent déjà séparés lors de la demande de divorce et procèdent à une séparation de biens avant d'entamer la procédure de divorce. Dans la pratique, le partage des biens meubles est déjà opéré au moment de la signature de la convention qui se borne à en faire mention. Le divorce ne s'oppose pas davantage au maintien d'une indivision « post communautaire » quant à certains biens immeubles, mais aussi meubles ».

Par voie d'amendement gouvernemental, les auteurs du projet de loi proposent d'intégrer, au sein du libellé, les observations d'ordre terminologique soulevées par le Conseil d'Etat.

Quant à l'opposition formelle du Conseil d'Etat, émis à l'encontre des articles 230 et 231 du Code civil et les articles 1007-16 et 1007-17 du Nouveau Code de procédure civile tels que proposés par le projet de loi, les auteurs du projet de loi précisent que les jugements sont rendus au nom du tribunal d'arrondissement dont les juges aux affaires familiales relèvent, et non pas au nom de ces derniers. Ce principe vaut tant pour les jugements rendus par un juge unique que pour ceux rendus par une formation collégiale. De même, c'est le tribunal d'arrondissement qui est saisi des demandes de divorce et non pas le juge aux affaires familiales. La formulation des articles est ajustée et harmonisée en conséquence dans l'ensemble du texte. Le terme de « *juge aux affaires familiales* » est toutefois retenu pour les décisions et actions qui sont de simples mesures d'administration judiciaire relevant de la conduite de l'instance sans donner formellement lieu à un jugement, tel que p. ex. la décision d'accorder une remise ou le fait d'entendre les parties.

Les auteurs du projet de loi proposent de maintenir les dispositions sur le contenu de la convention dans le Code civil et de ne pas les déplacer dans le Nouveau Code de procédure civile, contrairement à l'avis du Conseil d'Etat. Il est en effet considéré que la convention de divorce constitue l'élément central du divorce par consentement mutuel et qu'il convient dès lors de faire figurer tant son principe que son contenu parmi les dispositions de fond au Code civil.

Concernant le point 4° relatif à la pension alimentaire, le Conseil d'Etat s'est interrogé sur la justification de la différence du régime de modification de la pension alimentaire en fonction de la nature du divorce. En effet, en cas de divorce par consentement mutuel, en vertu de

l'article 230 tel que proposé par le projet de loi, la pension alimentaire peut être modifiée sur demande en cas de détérioration de la situation du créancier ou du débiteur, alors qu'en cas de divorce pour rupture irrémédiable des relations conjugales, en vertu de l'article 253 tel que proposé par la version initiale du projet de loi (article 249 de la présente version), la pension alimentaire peut être révisée en cas de détérioration de la situation du créancier ou du débiteur ou en cas d'amélioration de la situation du créancier.

De l'avis des auteurs du projet, il convient de tenir compte du fait que le contexte dans lequel se situe une éventuelle modification de la pension alimentaire n'est pas le même selon que le divorce a été prononcé par consentement mutuel ou pour rupture irrémédiable des relations conjugales. La convention de divorce est en effet le fruit d'une négociation portant sur l'ensemble des aspects financiers du divorce. La possibilité d'une remise en cause ultérieure d'un seul de ces aspects – la pension alimentaire – constitue un aléa non négligeable lors des négociations et est source d'insécurité juridique. Pour cette raison, il paraît préférable de limiter la possibilité d'une modification de la pension alimentaire fixée par la convention de divorce à la seule hypothèse d'une détérioration de la situation du créancier ou du débiteur et de ne pas l'étendre à l'hypothèse d'une amélioration de la situation du créancier qui a peut-être renoncé, dans la convention de divorce, à d'autres droits financiers en contrepartie d'une pension alimentaire plus élevée. Il convient par ailleurs de noter que le point 4° de l'article 277 actuel du Code civil limite également la possibilité d'une modification de la pension alimentaire convenue dans une convention de divorce aux seuls cas d'une détérioration de la situation du créancier ou du débiteur. Il est toutefois proposé de remplacer le terme « modifiée » par le terme « révisée », par souci de cohérence avec la formulation retenue à l'article 253 de la version initiale du projet de loi (article 249 de la présente version).

Lorsque la pension alimentaire est versée en capital, le principe du caractère non révisable et non révocable qui figure à l'article 253 de la version initiale du projet de loi (article 249 de la présente version) est maintenu. Par souci de clarté, les dispositions relatives aux pensions alimentaires applicables en cas de divorce par consentement mutuel sont toutefois regroupées à l'article 230 alors que l'article 253 tel qu'amendé (article 249 de la présente version) s'applique dorénavant uniquement au divorce pour rupture irrémédiable des relations conjugales.

Concernant le point 5° renvoyant à l'article 257 relatif à la créance liée aux droits de pension, il est dorénavant proposé d'appliquer le nouveau mécanisme d'assurance rétroactive aux seuls cas de divorce pour rupture irrémédiable des relations conjugales, suite aux réserves et interrogations du Conseil d'Etat. Le point 5° est supprimé en conséquence.

Concernant le commentaire du Conseil d'Etat relatif à l'exigence de recourir à un notaire ou un avocat à la Cour pour la rédaction de la convention de divorce, il convient de préciser que, même si la procédure de divorce par consentement mutuel se fait sans le ministère d'avocat (à la Cour), les conjoints peuvent néanmoins choisir de se faire assister par un avocat lors de l'audience. On peut s'attendre à ce que les conjoints ayant choisi de faire rédiger la convention par un avocat plutôt que par un notaire voudront se faire assister par cet avocat lors de l'audience. Or, en matière civile, le recours à un avocat à la Cour constitue le principe, tant devant le tribunal que devant la Cour, et il ne paraît pas opportun de créer une exception à ce principe dans le cas du divorce par consentement mutuel. Dès lors, il est proposé de maintenir l'exigence que la convention de divorce doit être rédigée par un notaire ou avocat à la Cour.

Enfin, concernant l'inventaire et l'estimation des biens meubles et immeubles, l'amendement vise à aligner le texte de l'article 230 à celui de l'actuel article 276 du Code civil. En effet, tel qu'indiqué par le Conseil d'Etat, le régime légal actuel n'a pas soulevé des difficultés majeures, de sorte qu'il est proposé de le maintenir.

Dans son avis complémentaire du 30 janvier 2018, le Conseil d'Etat renvoie à son avis précédent du 6 décembre 2016, dans le cadre duquel il « *s'était interrogé sur la différence de régime prévue pour la modification de la pension alimentaire selon la nature du divorce, divorce par consentement mutuel ou divorce pour rupture irrémédiable des relations conjugales. Les auteurs de l'amendement expliquent qu'ils entendent maintenir cette différence étant donné que la convention de divorce serait le fruit d'une négociation portant sur l'ensemble des aspects financiers et qu'une remise en cause ultérieure serait source d'insécurité juridique. Le Conseil d'État prend acte de ce choix tout en relevant que les arguments avancés s'appliquent également en cas de divorce pour rupture irrémédiable des relations conjugales, étant entendu que le tribunal devra également prendre en considération l'ensemble de la situation patrimoniale pour fixer la pension alimentaire dans ce type de divorce. L'impératif du maintien d'une situation juridique doit encore être mis en relation avec la légitimité, voire la nécessité, de tenir compte de circonstances nouvelles souvent extérieures à la volonté des parties.*

L'ajout, au point 4°, d'une disposition selon laquelle une pension alimentaire en capital n'est ni révisable ni révocable, est reprise de l'article 253 du Code civil dans sa version initiale du projet de loi, disposition devenue l'article 249 du Code civil dans le projet de loi tel qu'amendé ».

Echange de vues

- ❖ Un membre du groupe politique CSV souhaite avoir des informations supplémentaires sur les dispositions modificatives du divorce par consentement mutuel par rapport à la législation actuellement en vigueur régissant ce type de rupture du régime matrimonial.

Le représentant du ministère de la Justice renvoie aux articles 275 et suivants du Code civil et explique que les principales modifications proposées sont les suivantes :

- la condition d'âge minimum pour demander un divorce par consentement mutuel est supprimée ;
- la condition de durée minimale de mariage avant de pouvoir introduire une demande de divorce par consentement mutuel est également supprimée ;
- la convention de divorce par consentement mutuel devra désormais être rédigée par un avocat à la Cour ou un notaire ;
- il est désormais expressément précisé que la pension alimentaire peut être versée en capital ;
- la suppression de la deuxième comparution et l'homologation de la convention de divorce, qui fait partie intégrante du jugement.

- ❖ Un membre du groupe politique CSV s'interroge sur le maintien de l'obligation de faire préalablement par notaire inventaire et estimation de tous les biens meubles et immeubles et de régler leurs droits respectifs.

Le représentant du ministère de la Justice confirme que le système prévu actuellement à l'endroit de l'article 276 du Code civil sera maintenu et figurera dorénavant à l'endroit de l'article 230, alinéa 3 du Code civil.

2. Divers

Aucun point divers n'est soulevé.

Le Secrétaire-Administrateur,
Christophe Li

La Présidente de la Commission juridique,
Viviane Loschetter