



CHAMBRE DES DÉPUTÉS
GRAND-DUCHÉ DE LUXEMBOURG

Session ordinaire 2017-2018

CL/PK

P.V. J 21

Commission juridique

Procès-verbal de la réunion du 27 mars 2018

Ordre du jour :

1. 6705 Proposition de loi ayant pour objet d'interdire la dissimulation dans l'espace public et de compléter certaines dispositions du Code pénal
- 6909 Proposition de loi portant interdiction de la dissimulation du visage dans les lieux publics
 - Désignation des rapporteurs respectifs des propositions de loi
2. 6996 Projet de loi instituant le juge aux affaires familiales, portant réforme du divorce et de l'autorité parentale et portant modification :
 1. du Nouveau Code de procédure civile ;
 2. du Code civil ;
 3. du Code pénal ;
 4. du Code de la Sécurité sociale ;
 5. du Code du travail ;
 6. de la loi modifiée du 11 novembre 1970 sur les cessions et saisies des rémunérations de travail ainsi que les pensions et rentes ;
 7. de la loi modifiée du 7 mars 1980 sur l'organisation judiciaire ;
 8. de la loi modifiée du 10 août 1992 relative à la protection de la jeunesse ;
 9. de la loi modifiée du 27 juillet 1997 sur le contrat d'assurance ;
 10. de la loi modifiée du 9 juillet 2004 relative aux effets légaux de certains partenariats ;
 11. de la loi du 27 juin arrêtant un programme pluriannuel de recrutement dans la magistrature et portant modification de la loi modifiée du 7 mars 1980 sur l'organisation judiciaire
 - Rapporteur : Madame Viviane Loschetter
 - Continuation des travaux
3. Divers

*

Présents : M. Marc Angel, Mme Simone Beissel, M. Eugène Berger, M. Alex Bodry, M. Franz Fayot, Mme Viviane Loschetter, M. Jean-Marie Halsdorf remplaçant M. Paul-Henri Meyers, Mme Octavie Modert, M. Laurent Mosar, M. Gilles Roth

M. Fernand Kartheiser, député (auteur de la proposition de loi 6705)

Mme Danièle Nosbusch, du Ministère de la Justice

M. Christophe Li, de l'Administration parlementaire

Excusés : M. Léon Gloden, Mme Josée Lorsché, M. Paul-Henri Meyers, Mme Lydie Polfer, M. Roy Reding

*

Présidence : Mme Viviane Loschetter, Présidente de la Commission

*

1. **6705** **Proposition de loi ayant pour objet d'interdire la dissimulation dans l'espace public et de compléter certaines dispositions du Code pénal**
- 6909** **Proposition de loi portant interdiction de la dissimulation du visage dans les lieux publics**

Désignation des rapporteurs respectifs des propositions de loi

L'auteur de la proposition de loi 6705, Monsieur le député Fernand Kartheiser, est nommé rapporteur de sa proposition de loi.

Le co-auteur de la proposition de loi 6909, Monsieur le député Gilles Roth, est nommé rapporteur de sa proposition de loi.

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

Article 247 – Détermination de la pension alimentaire

Commentaire

La pension alimentaire est fixée selon les besoins et les facultés contributives des conjoints.

Elle a pour objectif de subvenir à l'entretien du conjoint qui en bénéficie. La pension alimentaire n'a pas pour vocation d'indemniser une quelconque faute qui aurait été commise par l'un des conjoints et n'a donc pas un caractère indemnitaire.

Néanmoins, les besoins au sens du projet de loi ne se définissent pas simplement comme le minimum nécessaire à la survie.

La répartition des tâches et le mode de vie des conjoints durant le mariage peuvent avoir des conséquences économiques à long terme, dont il convient de tenir compte dans la détermination des besoins. Alors qu'actuellement les juges n'ont que peu de latitude pour tenir compte de ces considérations, l'article 251 du projet de loi indique expressément certains éléments à prendre en compte qui visent à mieux refléter la situation concrète des conjoints, sans pour autant résulter en un maintien du niveau de vie antérieur au divorce.

L'article 247 (article 251 de la version initiale du projet de loi) fixe ainsi une liste non limitative d'éléments dont le juge doit tenir compte pour la détermination des besoins et des ressources des conjoints: l'âge et l'état de santé des conjoints, la durée du mariage, le temps déjà consacré ou qu'il faudra consacrer à leur éducation, la qualification et la situation professionnelles des conjoints au regard du marché du travail, leur disponibilité pour de nouveaux emplois, leurs droits existants et prévisibles (p. ex. pension d'invalidité, pension de vieillesse ...) et leur patrimoine, tant en capital qu'en revenu, après la liquidation du régime matrimonial.

Alors que ces éléments doivent donner plus de latitude au juge pour la fixation du montant de la pension alimentaire, la période durant laquelle un conjoint peut bénéficier d'une telle pension alimentaire se trouve dorénavant limitée. En effet, en vertu de l'article 248 du projet de loi, la durée d'attribution de la pension alimentaire ne peut, sauf circonstances exceptionnelles, être supérieure à celle du mariage.

Le Conseil d'Etat, dans son du 6 décembre 2016, regarde d'un œil critique cette disposition et note que « *[I]es précisions apportées par l'article 251 nouveau [article 247 de la version amendée du projet de loi], qui n'ont d'ailleurs qu'une fonction indicative pour le juge, sont superflues. Les critères visés sont ceux que le juge considère déjà sur la base des textes actuels. Le Conseil d'État propose d'omettre le texte sous examen. Il est inutile de donner au juge un « code de bons conseils » pour appliquer la loi* ».

Suite à la suppression respectivement au réagencement de certains articles et à la renumérotation subséquente, l'article 251 de la version initiale du projet de loi devient l'article 247.

Les auteurs du projet de loi prennent acte des remarques critiques soulevées par le Conseil d'Etat, néanmoins il est proposé de maintenir l'article sous rubrique. Aux yeux des auteurs du projet de loi, la notion de « *besoin* » de l'actuel article 300 du Code civil peut être interprétée d'une manière objective. Le seuil du revenu minimum garanti peut ainsi être utilisé comme référence pour définir le « *besoin* ».

L'article 247 de la présente version vise à donner plus de flexibilité au tribunal, afin que celui-ci puisse mieux tenir compte de la situation concrète des conjoints - sans pour autant résulter en un maintien du niveau de vie antérieur au divorce. En fonction des circonstances de l'espèce, le montant fixé sur base des éléments énumérés à l'article 251 de la version initiale du projet de loi, article 247 de la présente version, pourra ainsi être supérieur au seuil du revenu minimum garanti. Cette flexibilité est contrebalancée par la durée limitée de l'attribution de la pension alimentaire, durée qui, en vertu de l'article 252 de la version initiale du projet de loi, article 248 de la présente version, ne peut être supérieure à celle du mariage, sauf circonstances exceptionnelles.

Les dispositions des articles 251 et 252 de la version initiale du projet de loi, articles 247 et 248 de la présente version, s'inscrivent ainsi dans une approche qui vise à encourager l'indépendance financière des deux conjoints après le divorce, tout en reconnaissant que la répartition des tâches et le mode de vie des conjoints durant le mariage peuvent avoir des conséquences économiques à long terme affectant particulièrement l'un des conjoints - et notamment sa faculté de retrouver rapidement une telle indépendance financière - ce dont il convient de tenir compte dans le cadre de la fixation de la pension alimentaire.

Il est toutefois proposé de remplacer la référence au « *juge aux affaires familiales* » par une référence au « *tribunal* » dans la mesure où la décision fixant le montant de la pension alimentaire sera formellement une décision du tribunal d'arrondissement et non pas du juge.

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

- ❖ Un membre du groupe politique CSV renvoie aux critiques soulevées par le Conseil d'Etat dans son avis du 6 décembre 2016 et estime que les auteurs du projet de loi semblent se livrer à un amalgame entre la finalité de la pension alimentaire, qui a une fonction de « *secours alimentaire* », de celle des dommages-intérêts résultant de la rupture fautive des liens matrimoniaux.

L'orateur s'interroge si les auteurs du projet de loi entendent, par la fixation des critères visés à l'article sous rubrique, faire en sorte que le montant de la pension alimentaire soit garanti au bénéficiaire d'une pension alimentaire visant à maintenir le même niveau de vie que celui dont il bénéficiait au cours du mariage.

Un membre du groupe politique CSV plaide en faveur d'une suppression de l'article sous rubrique. L'orateur renvoie à l'avis du Conseil d'Etat du 6 décembre 2016 qui conclut que les critères prévus par l'article sous rubrique sont superflus.

Le représentant du ministère de la Justice estime que les critères proposés conféreront une plus grande flexibilité au juge aux affaires familiales et permettront à celui-ci de mieux tenir compte de la situation concrète des conjoints. Il est renvoyé également à l'article 249 amendé du Code civil qui prévoit expressément la révision du montant de la pension alimentaire en cas de « *détérioration de la situation du créancier ou du débiteur de la pension, à condition toutefois que cette détérioration soit indépendante de la volonté de celui dans le chef duquel elle a lieu, ou en cas d'amélioration de la situation du créancier* ».

Quant à la finalité de la pension alimentaire, il ressort du libellé de l'article sous rubrique qu'il n'est dans l'intention des auteurs du projet de loi de créer une pension alimentaire dont le montant aurait pour finalité de maintenir au bénéficiaire un même niveau de vie que celui qui était antérieur au divorce.

- ❖ Un membre du groupe politique DP énonce que la jurisprudence a fixé des critères permettant de déterminer le montant de la pension alimentaire due au créancier. L'oratrice renvoie au pouvoir d'appréciation souverain du juge du fond en la matière, et elle s'interroge sur les risques éventuels d'une limitation de ce pouvoir d'appréciation par l'article sous rubrique.

Le représentant du ministère de la Justice explique que les critères fixés par l'article sous rubrique ne sont pas limitatifs et que le juge aux affaires familiales peut se fonder également sur d'autres critères. L'oratrice rappelle que l'intention des auteurs du projet de loi est de conférer plus de flexibilité au juge aux affaires familiales et de permettre à celui-ci de tenir compte de la situation concrète des conjoints.

Article 248 – Spécificités applicables à la pension alimentaire

Commentaire

En vertu de l'article 248 de la version amendée du projet de loi (article 252 de la version initiale du projet de loi), la durée d'attribution de la pension alimentaire ne peut, sauf circonstances exceptionnelles, être supérieure à celle du mariage. Cette solution est inspirée du droit belge (article 301 §4 du Code civil). Introduit dans le Code civil belge en 2007, cette disposition était considérée comme un corollaire important du fait que la pension alimentaire peut être due en l'absence de toute faute. Mais cette règle s'explique aussi par le souci d'encourager le créancier de la pension alimentaire à retrouver de nouvelles sources de revenus.

S'agissant d'une durée maximale, le juge pourra également fixer une durée plus courte, p.ex. s'il estime que le conjoint bénéficiaire peut retrouver des revenus suffisants avant l'écoulement d'un délai égal à la durée du mariage.

En cas de circonstances exceptionnelles, le juge peut prolonger la durée d'attribution, si le conjoint se trouve, pour des raisons indépendantes de sa volonté, dans un état de besoin. Cet état de besoin ne correspond pas au « *besoin* » visé aux articles 246 et 247 amendés, défini par rapport à des critères plus larges, mais renvoie à un concept plus restreint qui vise à couvrir le seul minimum vital. En fonction des circonstances de l'espèce, le montant de la pension alimentaire allouée le cas échéant pendant cette nouvelle période pourra donc être inférieur au montant de la pension alimentaire initialement allouée.

Le Conseil d'Etat, dans son avis du 6 décembre 2016, « rappelle que l'article sous examen ne s'applique qu'aux divorces pour rupture irrémédiable des relations conjugales. Or, d'après l'article 253 [article 249 du projet de loi amendé], une révocation et une révision de la pension peuvent être demandées par le débiteur si elle n'est plus nécessaire. Cette condition est également vérifiée si, en raison d'un changement de la situation personnelle, le créancier peut trouver un emploi ou reprendre son travail. Le parallélisme retenu entre la durée d'octroi de la pension et la durée du mariage de même que l'automatisme du régime risquent de conduire à des situations inévitables.

Le Conseil d'État s'interroge également sur les conditions d'application de la mesure de prolongation et sur la différence entre « les besoins du conjoint » divorcé au sens de l'article 250 et le « strict état de besoin du créancier » au sens de l'article sous examen.

Si le souci des auteurs est de combattre la réticence d'un ex-conjoint de reprendre un travail, malgré un changement objectif des circonstances, le Conseil d'État pourrait imaginer un système dans lequel le juge détermine dans le jugement la durée d'octroi de la pension compte tenu de circonstances objectives ».

Suite à la suppression respectivement au réagencement de certains articles et à la renumérotation subséquente, l'article 252 de la version initiale du projet de loi devient l'article 248.

A l'alinéa 2, les auteurs du projet de loi proposent de remplacer, par voie d'amendement gouvernemental, la référence au « *juge aux affaires familiales* » par une référence au « *tribunal* » dans la mesure où la décision portant sur la pension alimentaire sera formellement une décision du tribunal d'arrondissement et non pas du juge.

Quant aux interrogations du Conseil d'Etat et du Conseil de l'Ordre des Avocats du Barreau de Luxembourg concernant la différence entre « *les besoins du conjoint* » divorcé au sens de l'article 250 de la version initiale du projet de loi, article 246 de la présente version, et le

« *strict état de besoin du créancier* » au sens de l'article 252 de la version initiale du projet de loi, article 248 de la présente version, tel qu'indiqué au commentaire de l'article 247 amendé, la prise en compte des éléments énumérés à cet article peut aboutir à une pension alimentaire dont le montant dépasse le seul minimum vital. Tel n'est pas le cas d'une pension alimentaire accordée sur base de l'article 252 de la version initiale du projet de loi, article 248 de la présente version qui vise à couvrir le « *strict état de besoin du créancier* ». Tel pourra notamment être le cas lorsque les revenus du conjoint ne lui permettront pas d'atteindre le seuil du revenu minimum garanti. Il convient de rappeler que cette disposition ne s'appliquera que si le conjoint se trouve dans un état de besoin pour des raisons indépendantes de sa volonté. Un conjoint qui aura par exemple négligé de chercher un emploi ne pourra pas en bénéficier.

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

- ❖ Un membre du groupe politique DP renvoie à l'échange de vues précédent¹ au sujet de la limitation du versement de la pension alimentaire dans le temps. L'oratrice exprime ses réticences au sujet d'une telle limitation de la durée du versement d'une pension alimentaire et donne à considérer qu'une telle disposition pourrait constituer un risque de pauvreté pour de nombreuses personnes.

Madame la Présidente-Rapportrice prend acte de cette observation. Il est jugé utile de rediscuter ce point en présence de Monsieur le Ministre de la Justice.

Article 249 – Révision et révocation de la pension alimentaire

Commentaire

Sauf lorsqu'elle est versée en capital, la pension est, comme par le passé, révisable et révocable. Pour les pensions alimentaires fixées par le jugement prononçant le divorce pour rupture irrémédiable, une révision peut être demandée en cas de détérioration de la situation du créancier ou du débiteur, mais également en cas d'amélioration de la situation du créancier.

Le Conseil d'Etat, dans son avis du 6 décembre 2016, fait observer que « *[l]'article sous examen porte sur la révision et la révocation de la pension alimentaire. Il ne peut s'appliquer logiquement qu'au divorce pour rupture irrémédiable, même si le texte ne le précise pas et même si le commentaire se réfère aux deux types de divorce. Le Conseil d'État rappelle que la révision de la pension alimentaire en cas de divorce par consentement mutuel est prévue à l'article 230. Il renvoie à ses commentaires quant à la dualité des régimes. Il rappelle, que la pension alimentaire en cas de divorce par consentement mutuel peut être révisée seulement en cas de détérioration de la situation du créancier ou du débiteur alors que, dans l'article sous examen, elle peut également être modifiée en cas d'amélioration de la situation du créancier. Le Conseil d'État renvoie encore à ses interrogations formulées à l'endroit de l'article 250 quant à l'impossibilité de réviser une pension alimentaire versée sous forme de capital.*

La précision que la pension n'est plus due en cas de décès du débiteur énonce une évidence alors qu'il s'agit d'une dette personnelle ; cette disposition peut être omise. Le texte omet d'ailleurs de viser le décès du créancier.

¹ cf. Procès-verbal de la réunion de la Commission juridique du 23 mars 2018 ; Session ordinaire 2017-2018 ; P.V. J 20

Le dernier alinéa relatif à la cession de salaire vise la compétence du tribunal alors que l'article 240 vise le jugement de divorce prononcé par le juge aux affaires familiales. Il s'agit encore d'une disposition qui crée des incohérences dans la répartition des compétences entre le tribunal et le juge aux affaires familiales ».

Suite à la suppression respectivement au réagencement de certains articles et à la renumérotation subséquente, l'article 253 de la version initiale du projet de loi devient l'article 249.

Les auteurs du projet de loi ont pris acte des observations du Conseil d'Etat, et ils proposent de faire figurer l'article 249 à la nouvelle Section II regroupant les dispositions applicables au seul divorce pour rupture irrémédiable. L'alinéa 1^{er} de l'article est reformulé en conséquence.

L'alinéa 2 pouvant être omis selon le Conseil d'Etat, il est proposé de le supprimer.

Dans son avis prémentionné, le Conseil d'Etat renvoie encore à ses commentaires relatifs à la dualité des régimes de révision des pensions alimentaires selon qu'elles sont fixées dans le cadre d'un divorce par consentement mutuel ou d'un divorce pour rupture irrémédiable des relations conjugales. 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, 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.

Tel qu'indiqué au commentaire de l'amendement gouvernemental portant sur l'article 230, 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 rédigée dans le cadre du divorce par consentement mutuel 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 préciser que le point 4^o 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.

Ces considérations ne sont toutefois pas applicables aux pensions alimentaires fixées dans le cadre du divorce pour rupture irrémédiable des relations conjugales, de sorte qu'il est proposé de retenir des conditions moins restrictives pour la révision de celles-ci.

Enfin, concernant les interrogations du Conseil d'Etat quant à l'impossibilité de réviser une pension alimentaire versée sous forme de capital, il est renvoyé au commentaire de l'article 250 de la version initiale du projet de loi, article 246 de la présente version.

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

- ❖ Un membre du groupe politique CSV s'interroge sur la source d'inspiration de l'alinéa 2 de l'article sous rubrique.

Le représentant du ministère de la Justice signale que l'article 300, paragraphe 6 actuel du Code civil et la jurisprudence y relative ont servi de source d'inspiration à l'article proposé sous rubrique.

- ❖ Un membre du groupe politique CSV s'interroge sur la portée des termes « *toute autre communauté de vie du créancier avec un tiers* » permettant au juge d'ordonner la révocation de l'octroi d'une pension alimentaire. En cas d'interprétation large de ces termes, le fait pour le créancier d'une pension alimentaire de cohabiter avec un parent ou un membre de sa fratrie, permettrait de dresser le constat que celui-ci vit dans une communauté de vie avec un tiers.

Le représentant du ministère de la Justice explique que les termes prémentionnés se existent déjà au sein du Code civil².

Un membre du groupe politique DP énonce que les juridictions interprètent les termes de « *communauté de vie* » en ce sens qu'une relation intime entre les personnes visées est requise. Sont donc exclus les parents et les membres de la fratrie. Cependant, cette interprétation n'est pas forcément partagée par certaines administrations publiques, qui considèrent dans le cadre de l'examen de demandes de revenus de remplacement et d'aides publiques, que toutes les personnes vivant sous un même toit forment une communauté de vie.

Un membre du groupe politique CSV préconise une reformulation de la disposition sous rubrique, afin de clarifier qu'une communauté de vie avec un tiers implique une relation intime entre les personnes visées.

Un membre du groupe politique LSAP confirme que la terminologie employée est ambiguë et il préconise de préciser, au sein du commentaire des articles, que selon l'interprétation de la Commission juridique, une communauté de vie au sens de l'article sous rubrique, présuppose une relation intime entre les personnes visées. [commentaire des articles]

Article 250 – Perte du droit à une pension alimentaire

Commentaire

Les nouveaux articles 250 et 251 font suite aux observations du Conseil d'Etat portant sur les articles 254 à 256 (regroupés sous un paragraphe 4) de la version initiale du projet de loi. Dans la version initiale, les articles 254 à 256 définissent la notion de « *faute grave* » et précisent les conséquences y attachées.

Dans son avis du 6 décembre 2016, le Conseil d'Etat a critiqué les solutions retenues par les articles 254 à 256 à plusieurs niveaux.

Le Conseil d'Etat considère tout d'abord que la prise en compte de la faute grave au niveau des conséquences du divorce est « *incohérente avec l'objectif affiché de la réforme en ce qu'elle réintroduit « par la petite porte » le divorce pour faute* ». Il relève ensuite une « *confusion entre la logique d'une indemnisation d'un époux à la suite de la cessation du mariage par le divorce (...) et la logique d'une indemnisation particulière d'un conjoint, à la suite de sévices infligés par l'autre conjoint.* »

² cf. Article 300, paragraphe 4 du Code civil

Le Conseil d'Etat estime encore qu'il y a « *confusion entre les conséquences patrimoniales normales du divorce, y compris l'octroi d'une pension alimentaire due « objectivement », et l'octroi d'une indemnité pour préjudice subi en raison d'un comportement fautif d'un des époux, à l'origine de la rupture irrémédiable des relations conjugales* ».

Enfin, le Conseil d'Etat renvoie aux implications procédurales du mécanisme retenu par la version initiale du projet de loi, dont l'articulation avec d'autres régimes d'indemnisation soulève des difficultés et qui « *aboutit à reporter le jugement sur les conséquences du divorce, ce qui contrevient à l'objectif affiché du projet de loi.* »

Dans le cadre de leurs amendements gouvernementaux, déposés en date du 22 septembre 2017, les auteurs du projet de loi indiquent qu'ils reconnaissent 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. Par conséquent, les auteurs du projet proposent de supprimer l'article 254 de la version initiale du projet de loi.

La suppression de toute référence à la faute grave au niveau des conséquences du divorce n'est toutefois pas souhaitable. Certains actes sont en effet considérés 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.

De l'avis des auteurs du projet de loi, le fait qu'en vertu de l'article 250 de la version initiale du projet de loi, article 246 de la présente version, le versement d'une pension alimentaire est fonction des besoins respectivement des facultés contributives des conjoints ne doit pas faire obstacle à la possibilité de refuser une pension alimentaire à l'auteur d'une de ces infractions. Il est en effet considéré que ces infractions, limitativement énumérées, constituent une violation tellement grave des devoirs du mariage que l'auteur perd le droit au secours après divorce. Il convient d'ailleurs de noter dans ce contexte qu'en vertu de l'article 300 actuel du Code civil, « *aucune pension alimentaire ne sera due à la partie aux torts exclusifs de qui le divorce a été prononcé (...)* », ce qui, de l'avis des auteurs du projet, contredit l'idée que le caractère « *objectif* » du droit à une pension alimentaire s'opposerait à ce qu'elle puisse être refusée en cas de faute grave, et ceci indépendamment du fait que projet de loi fait abstraction des « *torts* » ou des « *fautes graves* » au niveau de la cause du divorce.

Il est donc proposé de maintenir le principe selon lequel l'auteur d'une faute grave perd le droit à une pension alimentaire et les avantages matrimoniaux que l'autre conjoint lui avait faits, inscrit à l'article 255 de la version initiale du projet de loi. Dans l'objectif d'une structuration plus claire des dispositions relatives au divorce, il est toutefois proposé de supprimer le paragraphe 4 de la version initiale du projet de loi et de déplacer les dispositions de l'article 255 initialement proposé dans de nouveaux articles 250 (pensions alimentaires) et 251 (avantages matrimoniaux). Le texte de ces articles est légèrement amendé au niveau de la tentative, afin de tenir compte du commentaire du Parquet général relatif au fait que pour certaines infractions énumérées à l'article 250, la tentative n'est pas punissable. Dans la mesure où, par application du nouvel article 1007-32 du Nouveau Code de procédure civile tel que proposé par les présents amendements, la demande visant la perte du droit à une pension alimentaire peut intervenir après le prononcé du divorce, il devient en outre nécessaire de préciser que ne sont visées que les infractions commises pendant le mariage, condition qui était implicite dans la version initiale du projet de loi.

Il convient enfin de préciser que les dispositions des articles 250 et 251 valent uniquement pour le futur. Ainsi, les pensions alimentaires éventuellement perçues avant la condamnation pénale ne doivent pas être restituées et aucune indemnité n'est à payer par le conjoint ayant, le cas échéant, bénéficié d'avantages matrimoniaux entre le prononcé du divorce et la

condamnation pénale. Il en résulte également qu'une pension alimentaire versée en capital avant la condamnation pénale ne doit pas être restituée.

Quant à l'article 256 de la version initiale du projet de loi, il est proposé de le supprimer suite aux observations du Conseil d'Etat.

Dans son avis du 30 janvier 2018, le Conseil d'Etat constate que les « nouveaux articles 250 et 251 du Code civil prévoient que le conjoint condamné par une décision ayant acquis force de chose jugée pour infraction à une série de dispositions du Code pénal commises pendant le mariage à l'encontre de l'autre conjoint ou d'un enfant vivant au même foyer, perd, sur demande de l'autre conjoint, tout droit à une pension alimentaire et les avantages matrimoniaux ».

Le Conseil d'Etat renvoie à son avis du 6 décembre 2016, au sein duquel il a émis une série d'observations critiques *« quant au maintien d'une référence au concept de faute lourde dans le cadre d'une procédure de divorce qui entend faire abstraction de la notion de faute. Les auteurs des amendements reviennent, en détail, sur les positions du Conseil d'État. Ils exposent l'avoir suivi sur tous les points où il a mis en évidence des difficultés d'ordre juridique pour appliquer le régime prévu. Aussi, les amendements précisent-ils que seule peut être considérée, dans le jugement de divorce, une décision pénale ayant acquis force de chose jugée pendant le mariage et portant sur des infractions commises pendant le mariage. Le nouvel article 1007-32 du Nouveau Code de procédure civile prévoit que, si la condamnation pénale n'acquiert force de chose jugée qu'après le prononcé du divorce, une demande visant la perte du droit à une pension et des avantages matrimoniaux peut être introduite par voie de requête. De même, est abandonné l'octroi de dommages et intérêts pour faute consistant dans la commission d'une infraction pénale. Les auteurs entendent cependant maintenir la référence à la faute au motif que « la suppression de toute référence à la faute grave au niveau des conséquences du divorce n'est toutefois pas souhaitable », dès lors que certains actes commis sont considérés comme étant inacceptables. Le Conseil d'État, même s'il respecte le choix des auteurs des amendements, doit avouer qu'il n'est guère convaincu par cette explication. Le maintien de la notion de faute, dans un divorce qui se veut objectif et qui se borne à tirer les conséquences d'une rupture irrémédiable des relations conjugales, est incohérent avec la philosophie même à la base de ce type de divorce. La volonté des auteurs du projet de loi de sanctionner, au niveau des conséquences patrimoniales du divorce, le conjoint dont le comportement fautif est à la base de la rupture irrémédiable des relations conjugales ou d'assurer, par une telle sanction civile, au conjoint victime une satisfaction morale dans la procédure de divorce, est difficilement conciliable avec leur volonté affichée de mettre un terme au divorce pour faute.*

La décision pénale, qui peut d'ailleurs statuer sur une demande civile, sert de fondement à une décision de nature patrimoniale dans le cadre d'une procédure de divorce. La prise en considération de la décision pénale sera d'ailleurs automatique et absolue et elle ne laissera au juge aucun pouvoir d'appréciation quant à la gravité des faits, l'importance de la peine, la date des faits, l'existence d'une récidive etc. Qu'en est-il en cas de réhabilitation légale ou judiciaire du conjoint condamné pénalement ? Le Conseil d'État pourrait concevoir un système dans lequel la décision du juge pénal porte sur la perte des avantages matrimoniaux, soit en tant que peine accessoire, soit en tant que condamnation au civil. La condamnation à une privation du droit à une pension alimentaire est plus difficile à mettre en œuvre, en tant que condamnation au civil, dès lors qu'une telle condamnation ne serait effective que lors d'un divorce ultérieur. Elle pourrait toutefois être prononcée au titre de peine accessoire « privative de droits ». Un tel mécanisme aurait l'avantage de rattacher les effets patrimoniaux en cause au jugement pénal plutôt que de réintroduire la faute pénale dans la procédure de divorce. Il permettrait de « sanctionner » le conjoint, auteur des infractions, même dans le cas de figure où le jugement pénal intervient postérieurement au divorce sans devoir passer par une nouvelle procédure du type de celle visée au futur article 1007-32 du Nouveau Code de procédure civile ».

Quant à la technique législative employée, le Conseil d'Etat fait observer que « [l]a référence particulière à la tentative, avec énumération des dispositions du Code pénal qui incriminent la tentative, est, de l'avis du Conseil d'Etat, superflue. Dans l'hypothèse où une des dispositions prévues n'incrimine pas précisément la tentative, il est évident qu'il n'y aura pas de décision de condamnation. Dans les hypothèses où la disposition du Code pénal incrimine, à la fois, l'infraction accomplie et la tentative, la référence à une décision de condamnation pour violation de cette disposition du Code pénal couvre les deux hypothèses.

Enfin, le Conseil d'Etat donne à considérer que « [l]a perte du droit à une pension alimentaire peut s'analyser comme une sanction pécuniaire dont l'effet et la nature ne se distinguent pas de l'octroi de dommages et intérêts, régime que les auteurs des amendements ont toutefois abandonné. Se pose encore une fois ici la question du rapport entre la privation de ce droit et l'octroi éventuel de dommages et intérêts au cours de la procédure ayant conduit au jugement pénal ».

Echange de vues

- ❖ Un membre du groupe politique CSV est d'avis que la disposition sous rubrique constitue un des points cruciaux de la réforme du divorce et qui suscite de nombreuses interrogations. L'orateur se demande si la disposition sous rubrique n'incitera pas finalement les conjoints à recourir davantage au dépôt de plaintes pénales, afin de se placer dans une situation privilégiée dans le cadre de leur divorce. Ainsi, la finalité d'une « pacification » de la procédure de divorce serait transformée en son contraire.

Madame la Présidente-Rapportrice ne partage pas cette crainte. L'oratrice estime que la plupart des conjoints ne recourront pas davantage au dépôt de plaintes pénales dans le cadre de leur divorce. Elle est d'avis que la grande majorité des conjoints qui souhaitent divorcer n'est pas victime d'une infraction pénale commise par l'autre conjoint. Dès lors, il y a lieu de distinguer entre le volet de droit civil du projet de loi, visant à pacifier et à simplifier la dissolution du lien matrimonial, et le volet relatif aux conséquences découlant de la commission par l'un des conjoints à l'encontre de l'autre conjoint ou à l'encontre des enfants du couple, d'infractions pénales graves.

- ❖ Un membre du groupe politique CSV s'interroge si les dispositions sous rubrique ont été reprises d'une législation étrangère. L'orateur se prononce en faveur de l'abolition de la faute pour certains cas de figure du divorce qui n'ont aucun lien avec la commission d'une infraction pénale quelconque. Cependant, il se prononce en faveur du maintien du divorce pour faute, en cas de la commission d'infractions pénales graves par l'un des conjoints à l'égard de l'autre conjoint ou des enfants du couple.

Le représentant du ministère de la Justice explique que la solution retenue au sein du libellé sous rubrique n'a pas été reprise d'une législation étrangère, mais constituera le « modèle luxembourgeois ».

Madame la Présidente-Rapportrice énonce que l'abolition du divorce pour faute résulte d'un choix politique des auteurs du projet de loi. L'oratrice propose de revenir à ce sujet lors d'une prochaine réunion, afin que Monsieur le Ministre de la Justice puisse exposer aux membres de la Commission juridique son point de vue sur les dispositions de la réforme proposée.

Un membre du groupe politique CSV exprime ses réticences quant à l'introduction dans la législation luxembourgeoise d'un modèle qui, à ce stade, relève de la théorie et pour lequel il est impossible de recueillir des expériences concrètes par les praticiens du droit.

Un membre du groupe politique CSV salue l'introduction du divorce pour rupture irrémédiable en droit luxembourgeois. Néanmoins, il préconise le maintien du divorce pour

faute, afin de pouvoir sanctionner certains comportements jugés inacceptables et qui relèvent de la sphère du droit pénal.

En outre, l'orateur renvoie à la législation française qui a jugé utile de maintenir le divorce pour faute au sein de son ordonnancement juridique.

Article 251 – Perte des avantages matrimoniaux

Commentaire

L'article sous rubrique est étroitement lié à l'article 250 amendé du Code civil.

Dans son avis du 30 janvier 2018, le Conseil d'Etat constate que l'alinéa 2 de l'article 251 « réintroduit d'ailleurs le régime de l'octroi de dommages et intérêts dans l'hypothèse où une privation des avantages matrimoniaux n'est plus possible au regard de la liquidation et du partage du régime matrimonial. Cette disposition illustre encore une fois que, sous des formes techniquement différentes, qu'il s'agisse de la privation du droit à une pension alimentaire ou de la perte des avantages matrimoniaux, le régime prévu équivaut à un mécanisme de dommages et intérêts pour faute ».

Echange de vues

Il est renvoyé à l'échange de vues au sujet de l'article 250 amendé du Code civil.

Article 252 – Achat rétroactif de droits de pension auprès du régime général d'assurance pension

Commentaire

En vertu des articles 252 (article 257 de la version initiale du projet de loi) du Code civil et 174 du Code de la sécurité sociale, en cas de divorce, il est dorénavant possible pour un conjoint ayant abandonné ou réduit son activité pour des raisons familiales pendant une période dépassant cinq ans au cours du mariage de s'assurer rétroactivement au régime général d'assurance pension par un achat de périodes.

Il est tout d'abord procédé au calcul d'un montant « théorique » à verser à la Caisse nationale d'assurance pension par le conjoint ayant abandonné ou réduit son activité, selon la méthode de calcul définie à l'article 174, paragraphe 2 du Code de la sécurité sociale. La demande doit en tout état de cause être faite avant le jugement de divorce.

Le Conseil d'Etat, dans son avis du 6 décembre 2016, a regardé d'un œil critique les dispositions initialement proposées et a critiqué que le libellé initial « a vocation à s'appliquer également au divorce par consentement mutuel. Ceci pose toutefois le problème de l'articulation du nouveau mécanisme légal créant une créance au profit d'un conjoint par rapport à l'autre avec le divorce par consentement mutuel fondé sur la convention de divorce. Cette question se pose d'autant plus que le mécanisme légal est facultatif et qu'aux termes du paragraphe 4 le conjoint bénéficiaire du régime légal peut y renoncer ou les conjoints peuvent convenir de modalités différentes. Le Conseil d'Etat considère que l'articulation entre le régime légal et la convention de divorce est loin d'être claire. L'insertion de dispositions relatives à la question dans la convention de divorce interdit-elle au conjoint concerné de déclencher le régime légal du rachat ? Le « silence » gardé par les conjoints dans la convention de divorce équivaut-il à une renonciation ? L'imprécision du régime mis en place est source d'insécurité juridique. En attendant des précisions quant aux interrogations soulevées, le Conseil d'Etat réserve sa position quant à la dispense du second vote constitutionnel ».

Quant à la formulation du paragraphe 1^{er} initial qui vise le cas de l'abandon ou de la réduction de l'activité professionnelle par un conjoint pour des raisons familiales, le Conseil d'Etat « [...] s'interroge sur la signification du concept de « raisons familiales » retenue dans l'article sous examen par rapport à celle donnée dans le règlement grand-ducal précité du 5 mai 1999. Se pose la question de savoir si le conjoint doit établir des raisons familiales particulières ou s'il s'agit en réalité d'un régime qui profite à tout conjoint qui a arrêté ou réduit ses activités à une date quelconque suivant le mariage . Le commentaire renvoie à des exemples, ce qui permet la conclusion que le conjoint devra apporter la preuve des raisons pour lesquelles il a cessé ses activités professionnelles. Au regard de l'absence de procédures tant administratives que judiciaires sur ce point, le Conseil d'État comprend toutefois qu'aucune preuve particulière n'est exigée sauf à résumer les raisons familiales au seul fait du mariage. Cette lecture est encore conforme au mécanisme de l'article 174 du Code de la sécurité sociale et au règlement grand-ducal précité du 5 mai 1999. Dans cette lecture, la référence aux raisons familiales est dès lors dépourvue de toute signification et de toute portée normative propres. Si le législateur entend retenir un système différent, il faudra déterminer quelle autorité administrative ou judiciaire est compétente pour statuer sur des contestations relatives à l'existence de ces raisons, instaurer des procédures particulières et prévoir des recours éventuels contre une décision de refus. Le Conseil d'État comprend qu'est exclue la prise en compte d'une cessation ou d'une réduction des activités intervenue avant le mariage proprement dit mais qui est en relation avec le mariage à intervenir et s'est poursuivie au cours du mariage. L'exemple type est celui d'un arrêt de travail de la femme à la suite d'une grossesse ou d'un accouchement avant le mariage.

Le nouveau régime de rachat soulève encore des problèmes d'application pour les non-salariés pour lesquels il est malaisé d'évaluer les périodes de travail et le revenu.

La période de réduction ou de cessation de l'activité professionnelle doit dépasser cinq années. Se pose d'abord la question du calcul de cette période. Doit-elle être continue ou peut-on cumuler plusieurs périodes de non-affiliation ? Selon le Conseil d'État, il devrait être possible de cumuler les périodes. Sur le plan des principes, cette limite dans le temps n'est pas sans poser des problèmes sérieux en matière d'égalité devant la loi. Un conjoint ayant réduit ses activités d'un tiers pendant plus des cinq ans aurait droit au rachat, alors que celui qui a cessé totalement ses activités pendant quatre années n'y aurait pas droit. Il est vrai que cette question de délai renvoie à celle du contenu et de la persistance des raisons familiales. En attendant des explications sur les raisons à la base de cette différence de traitement, le Conseil d'État doit réserver sa position quant à la dispense du second vote constitutionnel.

L'article 257 du Code civil en projet renvoie au nouvel article 174 du Code de la sécurité sociale qui prévoit une clause de résidence, une durée d'affiliation minimum au système luxembourgeois et une condition d'âge maximum de 65 ans. La condition de résidence doit exister au moment du rachat. La combinaison entre les dispositions du Code civil sur le divorce et celles du Code de la sécurité sociale n'est pas sans poser problème en droit international privé. Le juge luxembourgeois peut être amené à appliquer une loi étrangère à un divorce de deux résidents non luxembourgeois. Le mécanisme s'applique-t-il si les conditions de l'article 174 du Code de la sécurité sociale sont vérifiées ? À l'inverse, la loi luxembourgeoise sur le divorce peut être appliquée par un juge étranger à des Luxembourgeois résidant hors du Luxembourg. Le bénéfice de l'article 257 sera exclu, même si le conjoint bénéficiaire était affilié au régime luxembourgeois avant le mariage. Une durée minimum d'affiliation peut se justifier au regard des règles de la sécurité sociale. La limite de 65 ans peut encore se comprendre, alors qu'il s'agit de l'âge d'octroi de la pension. Dans ses effets, elle pose toutefois problème, étant donné qu'il est loin d'être certain que le conjoint créancier, même âgé de 65 ans, bénéficie de droits de pension propres suffisants.

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. Se pose la question de

la saisine de cet organisme et de la fourniture des informations requises. Selon le commentaire, le montant sera calculé à la demande du juge aux affaires familiales ou de l'un des conjoints. Or, force est de constater que le texte sous examen ne prévoit aucune compétence particulière du juge aux affaires familiales. Faut-il conclure que le conjoint créancier doit prendre l'initiative ou appartient-il au juge aux affaires familiales de saisir d'office la caisse? Par quelle procédure le ferait-il ? Se pose plus généralement la question de l'articulation de cette procédure avec la procédure de divorce, dès lors que la dette est, en partie, à charge des biens communs. Jusqu'à quel moment, le conjoint créancier peut-il agir ? Selon le commentaire, la demande doit en tout état de cause être faite avant le jugement de divorce. Or, cette condition ne figure pas dans l'article 257. À la lecture du texte sous examen, le Conseil d'État comprend que le mécanisme du rachat ne trouve aucune répercussion dans le jugement de divorce. Ceci soulève, une nouvelle fois, le problème de l'articulation de l'article sous examen avec les dispositions du Code de la sécurité sociale. Cette question se double de celle de la compétence du juge aux affaires familiales par rapport à celle de la juridiction sociale appelée à statuer sur les contestations relatives au montant calculé en application du nouvel article 174, paragraphe 2. L'absence de précision sur ces questions est source d'insécurité juridique et le Conseil d'État doit réserver sa position quant à la dispense du second vote constitutionnel dans l'attente de clarifications ».

Quant aux paragraphes 2 et 3 initiaux du projet de loi, le Conseil d'Etat constate que « le montant du rachat sera à charge de chacun des conjoints personnellement à hauteur de cinquante pourcent. En théorie, un conjoint aura une créance sur l'autre. Le versement ne sera toutefois effectué que dans la limite de l'actif commun disponible après règlement du passif. Le régime mis en place combine ainsi une logique juridique de créance d'un conjoint vis-à-vis de l'autre avec un mécanisme technique de créance vis-à-vis de la communauté. Si des liquidités suffisantes sont disponibles, le montant calculé est entièrement versé. Sinon, le montant effectivement versé sera inférieur au montant « théorique ». Si des liquidités additionnelles sont disponibles dans le futur, il sera procédé à des versements supplémentaires des parties correspondantes du montant calculé, jusqu'à ce que le montant calculé ab initio soit atteint ou jusqu'à ce que l'actif commun disponible après règlement du passif soit épuisé. Le Conseil d'État note que la portée du régime mis en place est tributaire de l'importance de la masse des biens communs à liquider. Son application dépendra d'abord de la nature du régime matrimonial des époux. Elle pourra difficilement s'appliquer dans un régime de séparation de biens sauf existence de biens indivis. Elle dépendra surtout de l'importance de la communauté et dès lors de la fortune du couple. L'imputation de la charge de rachat à la communauté à liquider et les effets pratiques de ce régime, même si elle ne peut pas être considérée comme critiquable au regard de l'article 10bis de la Constitution, dès lors que la loi n'opère pas de différenciation, pose toutefois des problèmes en termes d'équité dans le traitement de tous les conjoints créanciers. Le Conseil d'État souligne que le régime de rachat prévu dans la loi en projet et la charge afférente pour la collectivité sera en pratique réservé aux couples bénéficiant d'un actif commun suffisant ».

Les auteurs du projet de loi ont pris acte des observations critiques du Conseil d'Etat. Il est proposé de réserver le nouveau mécanisme aux seuls cas de divorce pour rupture irrémédiable des relations conjugales.

L'objectif du mécanisme est en effet de créer un droit au profit du conjoint ayant abandonné ou réduit son activité et de se voir attribuer une partie de l'actif disponible aux fins de son assurance rétroactive au régime général d'assurance pension sans que ce droit ne dépende d'un accord de l'autre conjoint. Puisque le divorce par consentement mutuel présuppose un accord des parties sur tous les points, le nouveau mécanisme légal n'aurait pas de valeur ajoutée pour ce type de divorce. Au contraire, dans la mesure où en vertu du nouveau mécanisme la prise en charge du montant destiné à l'assurance rétroactive du conjoint ayant abandonné ou réduit son activité est imposée à l'autre conjoint à hauteur de cinquante pourcent (sauf renonciation du conjoint bénéficiaire), son application au divorce par consentement mutuel serait contraire à la nature même de ce type de divorce, qui est basé sur l'accord des parties.

Il est par conséquent proposé de déplacer l'article 257 de la version initiale du projet de loi dans la nouvelle Section II. – Dispositions applicables au divorce pour rupture irrémédiable des relations conjugales. L'article prend le numéro 252.

Ensuite, au paragraphe 1^{er} de l'article 257 de la version initiale du projet de loi, article 252 de la présente version, suite aux observations du Conseil d'Etat, de la Caisse nationale d'assurance pension et de la Chambre des salariés, la référence aux « *raisons familiales* » est supprimée. La notion de « raisons familiales » retenue dans la version initiale du projet de loi est en effet la même que celle du règlement grand-ducal modifié du 5 mai 1999 concernant l'assurance continuée, l'assurance facultative, l'achat rétroactif de périodes d'assurance et la restitution de cotisations remboursées dans le régime général d'assurance pension. Par conséquent, le mariage lui-même est une raison familiale, de sorte qu'il y a lieu d'omettre la référence.

En outre, suite aux interrogations du Conseil d'Etat, le paragraphe 1^{er} est complété par des précisions relatives au calcul du montant de référence. Il est toutefois proposé de se limiter, à l'article 252 de la présente version, à l'énoncé des principes et d'intégrer les dispositions plus techniques dans un règlement grand-ducal, respectivement concernant les questions de procédure, de les préciser au Nouveau Code de procédure civile.

En vertu de l'article 252 du Code civil et de l'article 174, alinéa 2 du Code de la Sécurité sociale tel qu'il est proposé de l'amender, il est dorénavant possible pour un conjoint ayant abandonné ou réduit son activité pendant une période dépassant 2,5 ans au cours du mariage de s'assurer rétroactivement au régime général d'assurance pension par un achat de périodes d'assurance.

Initialement, la situation à laquelle il a été envisagé de calibrer le mécanisme a été celle d'un passage d'un emploi à temps plein vers un emploi à mi-temps pendant 5 ans. Ainsi, en vue d'éliminer l'inégalité de traitement soulevée par le Conseil d'Etat tout en gardant la calibration exigée, il a été choisi de réduire la durée minimum à 2,5 ans.

La durée minimum de 2,5 ans de la période d'abandon ou de réduction de l'activité professionnelle nécessaire pour l'application du présent article est mesurée par comparaison avec la situation de référence d'un abandon complet d'une tâche à temps plein. Ainsi, la durée d'une réduction partielle d'une activité professionnelle quelconque, de même qu'un abandon d'une activité professionnelle qui ne correspond pas à une tâche à plein temps ne sont comptés que proportionnellement. Par conséquent et à titre d'exemple, sont nécessaires pour l'application du présent article :

- une période de 2,5 ans d'abandon d'une activité professionnelle à temps plein,
- une période de 5 ans d'abandon d'une activité professionnelle correspondant à une tâche partielle de 50%,
- une période de 5 ans de réduction à 50% d'une activité professionnelle à temps plein,
- une période de 10 ans de réduction à 25% d'une activité professionnelle correspondant à une tâche partielle de 50%.

Le cumul de plusieurs périodes non consécutives est possible. En supposant un abandon complet d'une activité professionnelle à temps plein, une séquence de 2 années d'abandon, 6 années de travail et 3 années d'abandon est donc envisageable.

Dans son avis prémentionné, le Conseil d'Etat estime encore « *que la combinaison entre les dispositions du Code civil sur le divorce et celles du Code de la Sécurité sociale n'est pas sans poser problème en droit international privé* » et s'interroge notamment si le mécanisme nouvellement introduit par l'article 257 de la version initiale du projet de loi, article 252 de la présente version, et l'article 174, alinéa 2 du Code de la Sécurité sociale s'applique lorsque le juge luxembourgeois est amené à appliquer une loi étrangère à un divorce de deux résidents non luxembourgeois.

Les auteurs du projet de loi précisent que l'achat rétroactif visé à l'article 174, alinéa 2 du Code de la Sécurité sociale ne s'applique, par hypothèse qu'en présence d'un « *conjoint créancier au titre de l'article 252, paragraphe 2 du Code civil* ». L'achat rétroactif s'applique par conséquent uniquement si l'article 252 du Code civil trouve à s'appliquer.

Se pose donc la question de la qualification du droit de créance créé par l'article 252. De l'avis des auteurs du projet de loi, ce droit de créance relève de la liquidation du régime matrimonial au sens du Règlement (UE) 2016/1103 du Conseil du 24 juin 2016 mettant en œuvre une coopération renforcée dans le domaine de la compétence, de la loi applicable, de la reconnaissance et de l'exécution des décisions en matière de régimes matrimoniaux. Par conséquent, de l'avis des auteurs du projet, l'article 252 est applicable si la loi luxembourgeoise s'applique à la liquidation du régime matrimonial.

Enfin, à l'alinéa 2 du paragraphe 1^{er}, il est précisé que les conjoints doivent fournir au tribunal les informations et pièces relatives aux revenus à la base du calcul du montant de référence et à la période d'abandon ou de réduction de l'activité professionnelle. En pratique, il se peut toutefois que les conjoints ne disposent plus de toutes les informations ou pièces pertinentes et qu'elles ne soient pas non plus disponibles auprès de tiers. Dans un tel cas, même s'il ne dispose que de données incomplètes, le tribunal pourra néanmoins estimer les revenus en se référant par exemple à des revenus moyens correspondant à la tâche en question. Cet alinéa est évidemment sans préjudice des articles 284 et suivants du Nouveau Code de procédure civile.

Le tribunal fixe les revenus et la période à considérer pour le calcul. Lorsque le tribunal demande, conformément au nouvel article 1007-31 du Nouveau Code de procédure civile, par voie d'ordonnance à l'Inspection générale de la Sécurité sociale de calculer le montant de référence, les revenus et la période à considérer pour le calcul figurent dans l'ordonnance. L'Inspection générale de la Sécurité sociale doit effectuer le calcul sur base de ces données.

Le paragraphe 4 est complété par la précision que la renonciation à l'assurance rétroactive ne peut intervenir avant l'introduction de la requête de divorce. Ainsi p.ex. un conjoint ne pourrait pas renoncer au bénéfice de l'article 252 dans une convention matrimoniale conclue avant la procédure de divorce.

Au paragraphe 5 la disposition relative au délai dans lequel les montants doivent être versés à la Caisse nationale d'assurance pension est amendée afin de tenir compte du fait que dans de nombreux cas, la créance visée à l'article 257, paragraphe 2 de la version initiale du projet de loi, article 252, paragraphe 2 de la présente version du projet de loi, ne pourra être fixée qu'à l'issue de la liquidation et du partage des biens communs ou indivis. Dans ces cas il est proposé de prendre comme point de départ du délai de trois mois la date de la décision fixant la créance.

Concernant les amendements proposés des paragraphes 6 et 7 de l'article 257 de la version initiale du projet de loi, devenu l'article 252 de la présente version, les auteurs de l'amendement ne remettent pas en cause les principes énoncés dans la version initiale du projet de loi. Il est simplement proposé de se limiter, à l'article 252, à l'énoncé des principes gouvernant la créance du conjoint ayant abandonné ou réduit son activité professionnelle et d'intégrer les dispositions plus techniques relatives aux revenus à prendre en considération et aux modalités de versement des montants dus et de leur restitution éventuelle, dans un règlement grand-ducal. Il est donc proposé de déplacer les dispositions des paragraphes 6 et 7 de la version initiale dans un règlement grand-ducal et de maintenir, dans un nouveau paragraphe 6, uniquement le principe selon lequel le conjoint débiteur peut demander la restitution du montant qui était à sa charge si le conjoint créancier n'effectue pas le versement à la Caisse nationale d'assurance pension.

Enfin, le nouveau paragraphe 7 renvoie au règlement grand-ducal devant préciser les éléments de nature plus technique relatifs à la méthodologie de calcul du montant de référence, aux revenus entrant en compte et aux modalités de versement des montants dus et à leur restitution.

Dans son avis complémentaire du 30 janvier 2018, le Conseil d'Etat renvoie à sa réserve du second vote constitutionnel exprimé lors de son avis prémentionné et au respect du principe d'égalité devant la loi que soulève la détermination d'une période minimale de réduction ou de cessation de l'activité professionnelle pour donner droit à une assurance rétroactive. Quant aux modifications proposées par voie d'amendement gouvernemental sur ce point et aux explications y relatifs, le Conseil d'Etat indique qu'il « *a du mal à suivre la justification avancée par les auteurs des amendements, qui, outre des considérations pratiques d'ordre administratif, se résume à un calcul des possibilités de rachat au prorata de la période d'activité abandonnée, temps plein ou partiel, mais qui n'explique nullement la raison d'être de cette période. Dans ces conditions, le Conseil d'État doit maintenir sa réserve de dispense du second vote constitutionnel* ».

En ce qui concerne les questions de droit international privé soulevées dans l'avis du Conseil d'État du 6 décembre 2016, « *les auteurs des amendements expliquent que le régime légal s'applique à tous les divorces auquel l'article 252 du Code civil luxembourgeois sera applicable. Tel serait le cas chaque fois que la loi luxembourgeoise s'applique, en application du règlement (UE) 2016/1103 du Conseil du 24 juin 2016 mettant en œuvre une coopération renforcée dans le domaine de la compétence, de la loi applicable, de la reconnaissance et de l'exécution des décisions en matière de régimes matrimoniaux, à la liquidation du régime matrimonial. Le Conseil d'État peut suivre ces explications. Il note toutefois que cette constitution de droits issus d'un rachat est soumise à la condition d'avoir déjà été affilié au Luxembourg pendant au moins douze mois, de sorte qu'elle ne présente qu'un intérêt réel pour d'anciens affiliés* ».

Quant aux amendements apportés aux paragraphes 4 à 6, le Conseil d'Etat énonce que ceux-ci n'appellent pas d'observations particulières.

Echange de vues

Il est proposé d'examiner l'article sous rubrique lors d'une prochaine réunion.

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

Article 253 – Logement familial

Commentaire

L'article 253 de la version amendée du projet de loi (article 258 de la version initiale du projet de loi) prévoit la possibilité pour le tribunal d'attribuer, sous certaines conditions et pour une durée limitée, la jouissance du logement familial au conjoint auprès duquel vivent un ou plusieurs enfants communs.

La considération de l'intérêt des enfants est à la base de cet article, l'objectif étant d'éviter d'arracher trop subitement de leur environnement familial de jeunes enfants, déjà confrontés à la rupture familiale voire perturbés par le divorce de leurs parents.

Afin de limiter au strict nécessaire la dérogation au droit du propriétaire de disposer de son bien et de permettre, le cas échéant, aux conjoints de liquider leur communauté dans un

délai raisonnable, cette possibilité d'attribution du logement familial est encadrée par des conditions strictes.

La demande d'attribution du logement familial ne peut être faite par un conjoint que si un enfant âgé de moins de treize ans a sa résidence principale auprès de ce conjoint. En effet, il est considéré qu'un adolescent de treize ans sera généralement mieux à même de gérer les conséquences du divorce de ses parents qu'un jeune enfant. En outre, l'attribution de la jouissance du logement doit être commandée par l'intérêt de l'enfant, qui doit y résider habituellement.

A noter que le projet de loi initial prenait en compte, pour la durée de l'attribution de la jouissance du logement familial, la scolarisation ou non des enfants.

Suite à la suppression respectivement au réagencement de certains articles et à la renumérotation subséquente, l'article 258 de la version initiale du projet de loi devient l'article 253.

Dans son avis du 6 décembre 2016 portant sur la possibilité prévue à l'article 258 de la version initiale du projet de loi d'attribuer le logement familial au conjoint auprès duquel les enfants communs âgés de moins de douze ans révolus ont leur résidence principale, le Conseil d'Etat renvoie à son avis de 2010 portant sur le projet de loi n°5155, dans lequel il s'est interrogé « *sur les limites quant à l'âge des enfants et la durée d'attribution en renvoyant aux dispositions plus favorables retenues par le législateur français à l'article 285-1 du Code civil* », qui permettent une attribution pouvant être renouvelée jusqu'à la majorité du plus jeune enfant.

Dans ce contexte, il convient également de noter les observations du Conseil de l'Ordre des Avocats du Barreau de Luxembourg, qui exprime son opposition à la mesure de l'attribution du logement familial à l'un des parents dans le cadre de l'article 258 du projet de loi initial, au vu notamment des implications financières potentielles d'une telle attribution et du risque que les parents ne se livrent une « *bataille acharnée pour se voir attribuer la garde des enfants, sans que l'intérêt des enfants ne soit nécessairement au centre des préoccupations respectives* ».

Suivant l'avis des auteurs du projet de loi, il convient de maintenir le principe tout en encadrant son application par des conditions strictes. En effet, d'une part, il importe d'éviter d'arracher trop subitement de leur environnement familial de jeunes enfants, déjà confrontés à la rupture familiale. D'autre part, il convient de limiter au strict nécessaire la dérogation au droit du propriétaire de disposer de son bien et de permettre aux conjoints de liquider leur communauté dans un délai raisonnable. Dans cette optique, une attribution pouvant être renouvelée jusqu'à la majorité des enfants ne semble pas opportune. Les déménagements sont une réalité dans la vie tant des enfants de parents divorcés que des enfants de parents non divorcés. Suivant l'avis des auteurs du projet de loi, il convient toutefois d'éviter qu'un déménagement inopiné ne vienne s'ajouter, immédiatement après le divorce des parents, aux bouleversements résultant de celui-ci, tout en tenant compte du fait qu'à partir d'un certain âge, les enfants sont généralement mieux à même de gérer un tel déménagement. Il est vrai que la solution retenue par la version initiale du projet de loi, qui lie la durée d'attribution du logement à la situation de scolarisation des enfants, peut dans certains cas aboutir à une durée d'attribution très limitée, ce qui n'est pas cohérent avec l'objectif de la disposition. Tel sera notamment le cas lorsque l'enfant le plus jeune atteint l'âge de 12 ans révolus à la fin de l'année scolaire et que le divorce a été prononcé peu avant.

Par conséquent, il est proposé de supprimer la référence à la scolarisation et de la remplacer par une indication que la jouissance peut aller jusqu'à deux ans à partir du prononcé du divorce, lorsqu'un enfant est âgé de moins de douze ans révolus au moment du prononcé du divorce.

Dans son avis complémentaire du 30 janvier 2018, le Conseil d'Etat constate que « [l]e mécanisme retenu dans les amendements est modifié en ce sens que l'attribution de la jouissance du logement est justifiée par l'intérêt supérieur des enfants, mais pourra aller jusqu'à deux ans au-delà de la date du prononcé du divorce. Le Conseil d'État, tout en marquant son accord avec ces modifications, renvoie aux considérations émises dans son avis du 6 décembre 2016 ».

Echange de vues

- ❖ Un membre du groupe politique DP appuie la disposition proposée et estime qu'il s'agit d'une mesure qui s'inscrit dans la protection de l'intérêt supérieur de l'enfant.
- ❖ Un membre du groupe politique CSV estime que la mesure proposée soulève de nombreuses interrogations pratiques. Ainsi, il se pose la question de savoir si l'octroi du droit de garde des enfants à l'un des conjoints va de pair avec l'attribution de logement familial. En outre, il se pose la question de savoir si la mesure n'est pas source d'iniquités, comme elle peut être ordonnée par le juge indépendamment de la question de savoir s'il s'agit d'un bien immobilier acquis en commun ou d'un bien appartenant en propre à l'autre conjoint.

L'orateur exprime ses craintes que les dispositions de l'article sous rubrique risquent de précariser de nombreux parents divorcés et de mettre en péril leur situation financière. Il esquisse le cas de figure d'un parent, propriétaire du logement familial, qui doit se reloger ailleurs en louant, au prix du marché, un logement appartenant à un bailleur. Ce dernier risquera non seulement de peiner à trouver un logement à un prix abordable, mais également à trouver un logement d'une superficie adéquate pour accueillir ses enfants au moment où il exerce la garde de ces derniers.

Un membre du groupe politique LSAP signale que le parent en question bénéficie d'une indemnité d'occupation, conformément à l'alinéa 4 de l'article visé sous rubrique. Ainsi, une contrepartie financière lui est assurée.

Un membre du groupe politique CSV estime que le versement d'une indemnité d'occupation risque de s'avérer illusoire dans le cas de figure où le conjoint qui bénéficie temporairement de l'octroi du logement familial n'a pas les ressources financières suffisantes pour payer une telle indemnité. Ainsi, il se peut que ce parent n'exerce, au moment du divorce, aucune activité professionnelle.

- ❖ Un membre du groupe politique CSV s'interroge sur la question de savoir si l'indemnité d'occupation est prise en compte dans le cadre de la liquidation de la communauté matrimoniale.

En outre, l'orateur s'interroge sur les critères matériels à prendre en compte pour la détermination du montant de l'indemnité d'occupation par le juge et il renvoie à la charge difficile de fixer un montant juste et équitable. A défaut d'avertissement, le conjoint auquel la jouissance du logement familial est attribuée temporairement risque d'avoir une surprise financière désagréable lors de la liquidation de la communauté matrimoniale.

Le représentant du ministère de la Justice explique que les auteurs du projet de loi jugent utile que le montant de l'indemnité d'occupation à verser soit fixé au moment de l'attribution temporaire du logement familial. Il est proposé de donner une certaine flexibilité au tribunal dans le cadre de la fixation du montant de l'indemnité d'occupation, afin que celui-ci puisse tenir compte de la situation concrète des conjoints. Ainsi, le montant d'une telle indemnité d'occupation ne correspondra pas nécessairement à la valeur locative du bien immobilier.

- ❖ Un membre du groupe politique CSV s'interroge sur la portée des termes de « *circonstances nouvelles* », visés à l'alinéa 5 de l'article sous rubrique.

Un membre du groupe politique DP estime que la jurisprudence actuelle prévoit déjà la faculté pour les parents de saisir le tribunal en vue d'une modification de l'octroi de la jouissance du logement familial, en cas de circonstances nouvelles.

- ❖ Madame la Présidente-Rapportrice souligne que la mesure est introduite dans l'intérêt des enfants et qu'elle a pour objectif d'éviter que les enfants du couple ne soient arrachés trop subitement de leur environnement familial, alors qu'ils sont déjà confrontés à une rupture familiale. Il y a lieu de rappeler que les enfants du couple sont un projet entamé en commun par les conjoints, qui se poursuit indépendamment d'une rupture ou non du lien matrimonial.

Par ailleurs, la mesure envisagée est limitée dans le temps. Dès lors, il s'agit d'une situation transitoire.

- ❖ Un membre du groupe politique CSV s'interroge sur la question de savoir quelles voies de recours sont à disposition du conjoint propriétaire du bien immobilier, lorsque le conjoint auquel la jouissance du logement familial a été attribuée temporairement, refuse ou se trouve dans l'incapacité de rendre le bien au conjoint propriétaire.

Madame la Présidente-Rapportrice propose de revenir à ce sujet lors d'une prochaine réunion, lorsque Monsieur le Ministre de la Justice sera également présent.

3. Divers

Aucun point divers n'est soulevé.

Le Secrétaire-Administrateur,
Christophe Li

La Présidente de la Commission juridique,
Viviane Loschetter