

N° 5155⁸**CHAMBRE DES DEPUTES**

Session ordinaire 2009-2010

PROJET DE LOI**portant réforme du divorce**

* * *

AVIS COMPLEMENTAIRE DU CONSEIL D'ETAT

(16.7.2010)

Par dépêche du 13 mai 2009, le Président de la Chambre des députés, en conformité avec l'article 19(2) de la loi du 12 juillet 1996 portant réforme du Conseil d'Etat, a saisi le Conseil d'Etat d'amendements parlementaires au projet de loi sous rubrique, élaborés par la Commission juridique.

Un texte coordonné du projet de loi reprenant les amendements proposés par la commission parlementaire ainsi qu'une série d'observations préliminaires et un commentaire plutôt sommaire des amendements étaient joints à la lettre de transmission. A défaut de se voir saisi d'amendements présentés en bonne et due forme, le Conseil d'Etat base son avis sur le texte coordonné.

L'avis du Conseil d'Etat ne portera que sur les modifications proposées par la commission parlementaire, telles qu'elles découlent du texte coordonné. Par ailleurs, le Conseil d'Etat propose de scinder le projet de loi sous avis en deux, reprenant les modifications prévues au Nouveau Code de procédure civile sous le point B du projet amendé dans un avis à part.

Par ailleurs, le Conseil d'Etat note que la structure du texte proposé ne répond pas aux règles de légistique applicables aux actes législatifs. En vue d'une plus grande cohérence, il y aura lieu de faire abstraction des subdivisions A et B de l'article I et de faire figurer l'ensemble des modifications du Code civil et du Nouveau Code de procédure civile sous deux articles I et II distincts en respectant l'ordre numérique des articles appelés à être modifiés dans lesdits codes.

Le Conseil d'Etat recommande d'énumérer sous l'intitulé les différents codes que le projet de loi entend modifier. Si la commission parlementaire devait suivre le Conseil d'Etat dans ses propositions à l'endroit de l'article 266, l'intitulé serait à adapter de sorte à évoquer la modification du Code de la sécurité sociale.

*

EXAMEN DES ARTICLES*Ad a) Article Ier – Nouvelles dispositions**A. Modifications du Code civil**Article 229*

Conformément au projet de loi initial, la commission parlementaire ne retient que deux formes de divorce: le divorce par consentement mutuel et le divorce pour rupture irrémédiable des relations conjugales des époux, maintenant ainsi l'abrogation du divorce pour cause déterminée, telle que proposée par le Gouvernement. Le Conseil d'Etat renvoie à cet égard à ses observations émises dans son avis du 16 mars 2004, auxquelles il n'entend plus revenir.

En ce qui concerne les modifications d'ordre rédactionnel portées au présent article, le Conseil d'Etat relève que le nouveau libellé fait présumer que le divorce serait prononcé par le consentement mutuel des parties et non pas par le tribunal en cas de consentement mutuel des parties. Afin de redresser cette erreur, il propose de revenir à la version initiale de l'article 229 du Code civil, dont le libellé correspond à l'article 229 du Code civil français.

Les articles 230 à 237 nouveaux ont trait au divorce par consentement mutuel et remplacent les articles 230, 231, 234 et 235 à 240 du projet de loi initial. Les auteurs précisent que les modifications tiennent compte des observations formulées par le Conseil d'Etat et l'Ordre des avocats du Barreau de Luxembourg.

Article 230

Le libellé de cet article, tel que prévu par le projet de loi initial, a été quelque peu modifié. Le Conseil d'Etat approuve le remplacement des termes „projet de convention“ par celui de „convention“ ainsi que la précision de l'instance judiciaire compétente, alors que ces modifications rencontrent les critiques émises dans son avis du 16 mars 2004.

Par ailleurs, il se doit de relever que l'expression „tribunal civil“ est un terme impropre qu'il y aura lieu de supprimer à travers tout le texte du projet. En outre, les termes „ou devant le juge qui le remplace“ sont à supprimer alors que la question du remplacement du juge est une question d'organisation judiciaire interne.

Compte tenu de ces observations, l'alinéa 1 pourra être reformulé de la façon suivante:

„Lorsque les époux s'entendent sur la rupture du mariage et sur ses effets, ils soumettent à l'approbation du président du tribunal de l'arrondissement dans lequel ils ont leur domicile commun ou dans lequel l'une des parties a son domicile, une convention qui règle les conséquences de la rupture tant pendant la procédure qu'après le prononcé du divorce.“

Au point 2° du deuxième alinéa, une référence est faite aux dispositions relatives à la responsabilité parentale prévues par le projet de loi relatif à la responsabilité parentale (doc. parl. *No 5867*) que le Conseil d'Etat examinera dans un avis distinct.

Au point 4°, il suffit d'écrire „et“ et de supprimer le terme „ou“. Il y a lieu de faire suivre le mot „prestation“ par celui de „compensatoire“.

L'alinéa 3 de l'article 230 du projet gouvernemental avait reproduit l'article 276 actuel du Code civil. Ledit texte fut adopté par la loi du 5 décembre 1978 et prévoit que les époux sont tenus de faire procéder, préalablement à l'introduction de la demande en divorce par consentement mutuel, à un inventaire de leurs biens meubles et immeubles par l'organe d'un notaire. Lors des discussions à la Chambre des députés, il avait été précisé que cet inventaire n'était évidemment nécessaire que lorsqu'il y avait des biens communs dont le partage devait être opéré. „L'inventaire estimatif notarié n'est en effet exigé que pour éviter des discussions ultérieures tant sur la nature et la quantité des biens à répartir entre les conjoints que sur la valeur de ces biens. Lorsqu'il n'existe pas de biens à partager, un conflit ultérieur n'est pas à craindre et on ne voit pas pourquoi cette absence de biens devrait faire l'objet d'un constat notarié. Il en est de même des cas où les époux auraient déjà procédé entre eux au partage des biens de sorte que lors de l'introduction de la procédure il n'existe plus de biens. Un inventaire est également inutile dans les cas où il existe des biens, mais où ceux-ci ne sont pas sujets à partage entre les époux, ce qui sera le cas pour les biens propres à chaque époux. Pour ces raisons, il a été proposé d'ajouter au texte un nouvel alinéa, permettant aux époux de faire l'économie d'un acte notarié, en déclarant dans la convention entre parties prévue à l'article 277 qu'ils n'ont pas de biens sujets à partage entre eux. A la même occasion il a été précisé qu'en cas d'inventaire notarié, l'estimation des biens se fait en principe d'après la déclaration des époux. Ce n'est qu'au cas où ceux-ci ne peuvent se mettre d'accord qu'il y aura lieu à prisée.“ (cf. doc. parl. *No 1845* concernant la loi portant réforme du divorce pour cause déterminée du 5 décembre 1978)

Le texte amendé par la commission parlementaire ne prévoit l'inventaire et l'estimation à faire par acte notarié que pour les biens immeubles. Désormais, les biens meubles ne sont plus soumis à un inventaire estimatif notarié. Par contre, l'estimation des biens immobiliers ne pourra plus se faire d'après la déclaration des époux. De même, le libellé actuel impose aux époux de régler leurs droits respectifs, sur lesquels il leur sera néanmoins libre de transiger, qu'au seul égard des biens immeubles. Le Conseil d'Etat peut concevoir qu'il n'est pas nécessaire de soumettre l'inventaire et l'estimation des biens meubles à un acte notarié. Néanmoins, il a du mal à suivre la commission parlementaire dans sa proposition concernant les autres modifications relatives tant à l'estimation des biens immobiliers qu'à l'obligation de régler les droits respectifs des époux que par rapport aux biens immeubles. Pour éviter toutes discussions ultérieures, le Conseil d'Etat recommande d'imposer aux époux de régler

l'ensemble des problèmes relatifs à leurs patrimoines. Soit l'article 1287 du Code judiciaire belge¹, soit l'article 1091 du Code de procédure civile français² pourront servir de modèle. Le Conseil d'Etat souligne par ailleurs que les questions ayant trait au partage des biens meubles et immeubles ne concernent en tout état de cause que les biens communs des époux. Il faudra insérer cette précision dans le texte.

In fine, les termes „projet de convention“ sont à remplacer par „convention“ conformément à la modification opérée à l'alinéa premier.

Le texte amendé prévoit que l'article 1118 du Code civil, relatif à la lésion qui vicie un contrat, s'applique sauf renonciation expresse. Selon la commission parlementaire, cette disposition s'explique du fait que la convention, comme tout contrat, tombe sous l'application de l'article 1134 du Code civil. Le Conseil d'Etat s'interroge sur la portée de cette disposition: quels sont les éléments de la convention qui devraient être soumis à l'application de l'article 1118? Pour ce qui est de la liquidation et du partage de la communauté, l'article 1476 du Code civil prévoit en effet l'application des règles qui sont établies au titre „Des successions“ pour les partages entre cohéritiers (ce principe est d'ailleurs rappelé à l'article 250 du présent projet). Pour déterminer l'existence d'une lésion d'un partage, le mode de calcul diffère de celui de l'article 1118 du Code civil. D'ailleurs, l'action en rescision pour cause de lésion des partages est recevable, même si l'acte qui met fin à l'indivision constitue une transaction. Si l'on considérait l'acte de partage de la communauté des époux comme un contrat, l'article 2051 du Code civil, qui spécifie que les transactions ne peuvent être attaquées pour cause de lésion, serait applicable.

Le nouvel article 233 du projet de loi prévoit que la convention une fois homologuée fait partie intégrante de la décision définitive de divorce. Or, il est généralement admis que la convention homologuée, qui revêt un caractère juridictionnel, ne peut être remise en cause que par l'exercice de l'une des voies de recours ouverte contre la décision de justice. D'après une jurisprudence constante de la Cour de cassation française³, les actions en nullité ou en rescision pour lésions exercées après homologation prononcée par le juge ont été déclarées irrecevables.⁴ La jurisprudence a retenu que la convention définitive ne pouvait être remise en cause sans remettre en cause le consentement des époux et que dès lors l'action en rescision pour lésion de plus du quart était irrecevable. En conclusion, l'application de l'article 1118 serait donc réservée à la durée de la procédure de divorce, dans les cas où une deuxième comparution des parties est prévue. Or, dans cette hypothèse, la partie qui s'estime lésée s'abstiendra de comparaître, de sorte que cette disposition est superflue.

Au vu des contrariétés juridiques inhérentes à cette proposition de la commission parlementaire, le Conseil d'Etat insiste, sous peine d'opposition formelle, sur la suppression de la disposition relative à l'application de l'article 1118.

Le dernier alinéa de l'article amendé semble vouloir consacrer le principe que la pension alimentaire fixée dans la convention ne serait plus révisable, à moins que la convention ne le prévoit (et non pas prévoit comme proposé par la commission parlementaire) expressément. Cette interprétation est d'ailleurs corroborée par le commentaire de l'article amendé. La deuxième partie de la phrase renvoie à l'article 269 nouveau qui pose le principe que la pension alimentaire est toujours révisable et révocable, sauf si elle a été allouée sous forme de capital ou si elle a fait l'objet d'une transaction globale. Les auteurs de l'amendement précisent que les conventions reflètent un règlement transactionnel sur tous les effets patrimoniaux comprenant tant la liquidation du patrimoine commun que la question des secours, ce qui semble expliquer le principe de la non-révision de la pension alimentaire fixée par convention posé par les auteurs. Dès lors, le Conseil d'Etat a quelque mal à saisir l'opportunité du renvoi à l'article 269, de même que celui à l'article 887 du Nouveau Code de procédure civile, qui, à ses yeux, est totalement incompréhensible. Faute d'explication convaincante, il propose la suppression

1 Art. 1287. Les époux déterminés à opérer le divorce par consentement mutuel sont tenus de régler préalablement leurs droits respectifs sur lesquels il leur sera néanmoins libre de transiger.

Ils ont la faculté de faire dresser préalablement inventaire conformément au Chapitre II – De l'Inventaire du Livre IV.

Ils doivent constater dans le même acte leurs conventions au sujet de l'exercice des droits prévus aux articles 745bis et 915bis du Code civil pour le cas où l'un d'eux décéderait avant le jugement ou l'arrêt prononçant définitivement le divorce.

2 Art. 1091. A peine d'irrecevabilité, la requête comprend en annexe une convention datée et signée par chacun des époux et leur avocat portant règlement complet des effets du divorce et incluant notamment un état liquidatif du régime matrimonial ou la déclaration qu'il n'y a pas lieu à liquidation. L'état liquidatif doit être passé en la forme authentique devant notaire lorsque la liquidation porte sur des biens soumis à publicité foncière.

3 Cf. Jurisclasseur.

4 Cf. Arrêt de la Cour de cassation française, chambre civile 1, du 3 mars 2010.

du bout de phrase „ou sous réserve des dispositions de l'article 269 du présent code et de l'article 887 du nouveau code de procédure civile“. D'ailleurs, le Conseil d'Etat considère que cette disposition pourrait utilement être intégrée à l'article 269 de sorte que le dernier alinéa de l'article 230 serait à supprimer en entier. En cas de réagencement de l'article 269, la question de savoir si la disposition concernant la possibilité de réviser la pension alimentaire, en cas de détérioration de la situation du débiteur d'aliments due à des circonstances indépendantes de sa volonté s'applique aux pensions alimentaires fixées dans la convention dans le cadre d'un consentement mutuel, devrait trouver une réponse précise.

Finalement, le Conseil d'Etat note que l'article 230 tel que figurant au projet initial comportait un dernier alinéa qui imposait une condition de durée du mariage d'un an aux époux avant de pouvoir entamer une procédure de divorce par consentement mutuel. Bien que la commission parlementaire déclare dans le commentaire relatif aux amendements vouloir reprendre cette condition, une telle disposition ne figure nulle part dans le texte amendé.

Article 231

La procédure amendée par la commission parlementaire introduit l'assistance facultative par un avocat à la Cour aux parties. Le texte ne précise pas à quel stade de la procédure le ou les avocats seront admis et notamment s'ils peuvent assister leurs parties lors de l'entretien individuel que le juge peut avoir avec chacune d'elles séparément. A noter que le texte de l'article 231 du Code civil français précise que le juge examine la demande avec chacun des époux, puis les réunit. Il appelle ensuite le ou les avocats. Afin d'éviter toute controverse, le Conseil d'Etat recommande de spécifier les devoirs pour lesquels l'assistance des avocats est admissible.

Si le juge a des doutes au sujet de la volonté éclairée et libre des parties de divorcer, il peut examiner la demande avec chacun des époux sans la présence de l'autre avant de les réunir. Le Conseil d'Etat constate que le texte omet de spécifier les suites à donner aux déductions du juge. Il estime qu'il faudra au moins préciser que les époux doivent persister en leur intention de divorcer, faute de quoi la demande serait caduque. La simplification de la procédure de divorce par consentement mutuel envisagée par les auteurs du présent projet de loi par rapport à la procédure existante ne devra pas se faire au détriment de règles de procédure précises, qui sont le garant des droits des justiciables.

Au cas où le juge estime que la convention ne préserve pas suffisamment les intérêts des enfants, le texte prévoit que le juge „doit attirer l'attention des époux sur ce point afin qu'ils puissent prendre position“. Selon le commentaire, il est important que le refus soit précédé d'un débat contradictoire. Cependant, le Conseil d'Etat constate qu'une fois de plus le juge ne tire dans l'immédiat aucune conséquence de ses conclusions. Ce n'est qu'après la deuxième comparution que le juge refusera l'homologation de la convention et le prononcé du divorce s'il constate que la convention contient des dispositions qui préservent insuffisamment les intérêts des enfants. Le Conseil d'Etat aurait une préférence pour le libellé prévu à l'article 1290 du Code judiciaire belge qui prévoit que „le juge peut proposer aux parties de modifier les dispositions des conventions relatives à leurs enfants mineurs si elles lui paraissent contraires aux intérêts de ces derniers“. A noter que ce même article du Code judiciaire belge prévoit expressément que le juge peut lors de la comparution des époux décider d'office d'entendre les enfants. Le projet de loi prévoit une telle disposition dans le cadre de la procédure de divorce pour rupture irrémédiable (articles 243 et 271 du Code civil), mais non pas dans le cadre de la procédure du divorce par consentement mutuel. S'il est vrai que l'article 388-1 du Code civil accorde au mineur capable de discernement le droit d'être entendu par le juge dans toute procédure le concernant, on peut néanmoins s'interroger sur le bien-fondé de cette disparité.

Finalement, le Conseil d'Etat se demande s'il appartient au juge d'autoriser les époux à résider séparément pendant le temps de la procédure. En effet, comme le projet sous avis entend valoriser les accords entre époux, il faudra reconnaître que ce sont les époux eux-mêmes qui se dispensent de cohabiter et que le juge ne pourra que prendre acte de cette dispense, qui devra figurer dans le procès-verbal à établir.

Article 232

La commission parlementaire réintroduit la double comparution des parties, espacée d'un délai de six mois. Une dispense de la deuxième comparution peut être accordée par le juge si les époux le demandent et s'il n'y a pas de mesures accessoires en cause. Le Conseil d'Etat peut marquer son accord

à cette proposition qui prend en compte ses observations formulées dans son avis du 16 mars 2004. Il propose cependant de faire figurer cette disposition à la fin de l'article 231.

Article 233

Le libellé de cet article laisse sous-entendre que le juge, qui a des doutes sur la volonté réelle des époux de divorcer ou sur le consentement libre et éclairé de l'un des époux, pourra refuser d'homologuer la convention et ne pas prononcer le divorce.

En ce qui concerne la nature juridique de la convention homologuée, le Conseil d'Etat renvoie à ses observations sous l'article 230.

Article 234

D'après le Conseil d'Etat, les époux peuvent introduire une nouvelle requête quand bon leur semble. Il ne voit pas l'utilité d'une telle disposition qui, à ses yeux, est superfétatoire.

Articles 235 à 237

Sans observation.

Articles 238 à 241

Ces articles figurant sous la section „Généralités“ ont trait à l'introduction de la procédure de divorce pour rupture irrémédiable. Les auteurs du projet initial avaient prévu une procédure préalable à l'assignation en divorce à introduire par voie de requête. Le Conseil d'Etat s'était prononcé dans son avis précité en faveur de l'introduction de la demande de divorce unilatérale par voie d'assignation plutôt que par voie de requête. La commission parlementaire se rallie à ce point de vue et propose l'introduction de la demande de divorce par assignation. Toutefois, le Conseil d'Etat donne à considérer qu'un seul des époux pourra prendre l'initiative de faire assigner son conjoint de sorte que la demande ne pourra pas être conjointe comme le prévoit l'article 238. Une demande conjointe ne peut se faire que par requête.

L'article 239 pose le principe d'un droit au divorce unilatéral et de la suppression du divorce pour cause déterminée ou pour „faute“. Désormais, la désunion irrémédiable entre les époux sera la seule cause de divorce à côté du consentement mutuel et le divorce sera le constat objectif d'un échec plutôt que la sanction d'une faute. Si beaucoup de législations européennes ont introduit le divorce pour rupture irrémédiable des relations conjugales dans leur système juridique et considèrent la désunion comme un état de fait objectif, constaté indépendamment de toute considération sur le comportement des conjoints pendant la vie commune, elles prévoient cependant les cas de figure dans lesquels la désunion peut être considérée comme irrémédiable. La plupart du temps, la constatation de la désunion pourra être prouvée par une séparation de fait d'un certain laps de temps⁵, qui sera considéré comme preuve irréfragable de la désunion des époux. La séparation de fait des époux peut, dans la plupart des législations, être établie par toutes voies de droit. Le constat de l'existence de la désunion irrémédiable oblige le juge à prononcer la dissolution du mariage, sans avoir à constater la faute et sans avoir à rechercher l'accord de l'autre époux.

Contrairement à la plupart des autres législations européennes, ni le projet de loi initial ni la commission parlementaire n'ont prévu de disposition qui imposerait au demandeur d'établir la réalité de la désunion par une preuve quelconque. Le Conseil d'Etat avait déduit de certaines dispositions du projet initial que les auteurs avaient eu l'intention d'imposer la charge de la preuve de la réalité de la désunion au demandeur en divorce, même si le texte restait muet à cet égard⁶. Le commentaire de la commission parlementaire relatif à l'amendement proposé enlève cependant toute incertitude à cet égard: „Dans la mesure où il s'agit d'une cause de divorce objective, il n'est nul besoin pour le demandeur de rapporter la preuve de la réalité des faits sur lesquels il base sa demande; la simple demande en divorce est la preuve que le maintien des relations matrimoniales n'est plus possible“. Or, le Conseil d'Etat se doit de constater que l'appréciation de la réalité de la désunion est totalement subjective alors qu'elle appartient au seul demandeur. En outre, si le commentaire souligne que l'article 239 nouveau

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

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

contient une présomption simple, le libellé même de l'article érige cette présomption en présomption irréfragable. Le Conseil d'Etat s'interroge dès lors sur l'intention réelle de la commission parlementaire. Il réitère sa position définie dans son avis du 16 mars 2004 selon laquelle il s'était prononcé en faveur d'une solution qui, à côté de la preuve de la désunion irrémédiable par l'accord de l'époux défendeur sur le principe du divorce, érigerait la séparation de fait continue et effective pendant un certain laps de temps en présomption irréfragable de la désunion irrémédiable. C'est d'ailleurs la voie empruntée par le législateur belge dans la loi du 27 avril 2007 réformant le divorce. Une telle solution permet d'empêcher les demandes intempestives et de calmer les appréhensions de certains qui craignent que cette nouvelle procédure aboutisse en une forme de divorce-répudiation. Par ailleurs, elle serait conforme à la démarche adoptée dans le cadre de la procédure du divorce par consentement mutuel où la deuxième comparution est maintenue pour accorder un délai de réflexion aux parties.

Toutes les incohérences inhérentes au texte proposé mettent en cause la sécurité juridique, de sorte que le Conseil d'Etat doit s'opposer formellement à l'article 239.

L'article 240 détaille la forme de l'assignation. Le Conseil d'Etat estime qu'un simple renvoi à la forme ordinaire devrait suffire sans qu'une nouvelle énumération des mentions contenues aux articles 153 et suivants du Nouveau Code de procédure civile (NCPC) soit nécessaire. Même si l'actuel article 236 du Code civil contient certains éléments de procédure, la question se pose si dans le cadre d'une nouvelle législation ils ne devraient figurer dans le NCPC, ceci d'autant plus que l'article 1029 du NCPC, qui détermine d'ores et déjà le contenu de l'assignation en cas de séparation de corps, sera modifié par le présent projet.

Au vu de l'articulation des nouveaux articles 1252 et suivants du NCPC, le Conseil d'Etat estime que l'article 241 est superfétatoire et propose de le supprimer.

Articles 242 à 245

Ces articles se rapportent aux mesures provisoires auxquelles peut donner lieu la demande en divorce. Dans son avis du 16 mars 2004 précité, le Conseil d'Etat s'était formellement opposé aux dispositions du projet initial réglant les mesures accessoires au divorce au motif qu'elles étaient extrêmement floues et lacunaires de sorte à créer une insécurité juridique pour les usagers du droit. Pour apaiser les inquiétudes du Conseil d'Etat, la commission parlementaire propose de revenir à la procédure actuellement en vigueur et de maintenir en gros le contenu des actuels articles 267 et suivants du Code civil.

Le Conseil d'Etat note que, contrairement au texte actuel et au projet de loi initial, la commission parlementaire soustrait à la compétence du juge des référés les mesures relatives aux biens des parties, sans fournir d'explication. La disposition prévue à l'article 268 actuel du Code civil, qui précise que l'époux qui ne dispose pas de revenus suffisants pour subvenir à ses besoins peut demander une pension alimentaire proportionnée aux facultés de l'autre époux, n'est pas non plus reprise par le texte amendé, sans que pour autant la commission se prononce sur cette omission. On peut admettre que le secours alimentaire à allouer au cours de l'instance en divorce devra être fixé selon les critères qui, comme dans le passé, sont à rechercher dans l'article 212 du Code civil et non pas selon les nouveaux critères fixés à l'article 265 du projet sous avis. Pour ces raisons, le Conseil d'Etat insiste à ce que le texte actuel régissant les mesures accessoires à la procédure du divorce, qui a fait ses preuves, soit intégralement maintenu.

Articles 246 et 247

Ces articles ont trait aux fins de non-recevoir de l'action en divorce et reprennent les dispositions des articles 272 et 273 actuels du Code civil relatifs aux fins de non-recevoir contre l'action en divorce pour cause déterminée. Le Conseil d'Etat a du mal à saisir les raisons pour lesquelles ces dispositions sont maintenues dans le cadre du divorce pour rupture irrémédiable. En effet, la fin de non-recevoir découlant de la réconciliation ou du maintien de la vie commune pourrait se concevoir en cas de demande unilatérale formée avant que la désunion ne soit considérée comme irrémédiable par l'écoulement d'un certain laps de temps de la séparation de fait. Dans ce cas, la réconciliation ou le maintien de la vie commune auraient pour effet de démentir le caractère irrémédiable de la désunion. Du moment que l'assignation en divorce présente une présomption irréfragable de la désunion irrémédiable des époux, seuls le désistement ou la mort pourront éteindre l'action en divorce.

Articles 248 à 251

Les articles sous rubrique remplacent les articles 252 à 254 du projet initial et portent sur le prononcé du divorce. Dans la version initiale, le tribunal devait constater le caractère irrémédiable de la rupture des relations conjugales avant de prononcer le divorce et de statuer sur les conséquences. A l'époque, le Conseil d'Etat avait signalé aux auteurs du projet initial qu'en fait les juges ne disposaient plus d'aucun pouvoir d'appréciation puisqu'il n'était pas prévu que le tribunal puisse imposer au demandeur de divorce de fournir la preuve de la réalité de la désunion de sorte qu'il ne pouvait qu'entériner le divorce. En laissant de côté le constat du caractère irrémédiable de la rupture des relations conjugales, la commission parlementaire consolide cette position. A cet égard, le Conseil d'Etat renvoie à ses observations sous les articles 238 à 241.

En ce qui concerne le libellé de l'alinéa premier de l'article 248, le Conseil d'Etat propose de remplacer le terme „conséquences“ par celui d'„effets“.

Ce n'est qu'à défaut d'un accord trouvé par les époux pendant la procédure que le tribunal ordonne la liquidation du régime matrimonial et le partage des intérêts patrimoniaux des époux. Le Conseil d'Etat estime que ni l'agencement des articles 248 à 251 proposés ni le libellé des articles 248 et 250 tiennent suffisamment compte de cette hypothèse. Il considère que le libellé de l'alinéa 2 de l'article 248 devra tenir compte du fait que le juge entérinera les points réglés par les parties concernant les effets du divorce et que l'accord trouvé entre parties fera partie intégrante du jugement de divorce. De même, l'article 250 devrait prévoir que ce n'est qu'à défaut d'accord conclu entre époux que le tribunal ordonne la liquidation et le partage.⁷ Ceci d'autant plus que lors de l'introduction de l'instance, le demandeur, sous peine de nullité, doit fournir une proposition de règlement des intérêts concernant, entre autres, les biens des époux (article 240). Si la liquidation n'a pu intervenir au moment du divorce, il y a lieu d'accélérer le règlement définitif des intérêts patrimoniaux des époux en encadrant les opérations de liquidation et de partage de délais stricts.

La commission parlementaire insiste sur le maintien d'une date butoir concernant la durée des opérations de liquidation et de partage. Ce délai fixé à un an dans le projet initial est ramené à six mois, prorogeable d'une nouvelle période de six mois, le cas échéant. La date butoir proposée était initialement prévue par l'article 267-1 du Code civil français. Or, il est intéressant de noter que, dans un esprit de simplification des règles de partage des intérêts patrimoniaux des époux après le prononcé du divorce, la loi No 2009-526 du 12 mai 2009 de simplification et de clarification du droit et d'allègement des procédures ne fait plus référence à l'échéancier prévu à l'ancien article 267-1 du Code civil⁸ pour dresser l'état liquidatif du patrimoine des époux et soumet, dorénavant, les opérations de liquidation et de partage aux règles du partage judiciaire. Selon le législateur français, les dispositions de procédure spécifiques prévues par cet article seraient difficiles à articuler avec les dispositions prévues au Code de procédure civile relatives au partage judiciaire. Par le renvoi à l'article 1476 du Code civil, la commission parlementaire rappelle que les règles, qui sont établies au titre „Des successions“ pour les partages entre cohéritiers, s'appliquent à la liquidation et au partage des époux. Des problèmes d'articulation similaires à ceux invoqués par le législateur français ne peuvent donc pas non plus être exclus dans le contexte luxembourgeois. Par ailleurs, la question se pose s'il ne vaudrait pas mieux d'intégrer les dispositions procédurales relatives à la liquidation et au partage des intérêts patrimoniaux des époux dans le Nouveau Code de procédure civile.

Articles 252 et 253

Les dispositions prévues sous ces articles sont relatives aux voies de recours et remplacent les articles 255 et 256 du projet initial. En ce qui concerne l'article 252 proposé, la commission parlementaire revient au libellé de l'article 261-1 actuel du Code civil. De ce fait, elle ne reprend pas la possibilité d'acquiescement prévue à l'article 255 du projet initial. En outre, la commission parlementaire revient à la notion de „huissier commis“, abandonnée par les auteurs du projet initial. Le Conseil d'Etat s'interroge sur ce revirement, nullement expliqué dans le commentaire des articles. Il se demande si la commission d'un huissier donne plus de garanties au défaillant et propose de revenir au texte initial. En ce qui concerne le délai pour se pourvoir en cassation, il y aura lieu de remplacer le mot „jugement“

7 Cf. Article 267 du Code civil français: „A défaut d'un règlement conventionnel par les époux, le juge, en prononçant le divorce, ordonne la liquidation et le partage de leurs intérêts patrimoniaux.“

8 Art. 267-1 du Code civil français: „Les opérations de liquidation et de partage des intérêts patrimoniaux des époux se déroulent suivant les règles fixées par le Code de procédure civile.“

par ceux de „une décision rendue en dernier ressort“. Par ailleurs, le Conseil d'Etat recommande d'employer la forme du présent de l'indicatif et non pas celle du futur.

Articles 254 à 256

Ces articles remplacent les articles 258, alinéas 2 et 3 et 259 initiaux et ne comportent pas de modification substantielle par rapport au projet initial. Le Conseil d'Etat estime que la transcription du divorce devrait se faire à la diligence des parties tant pour le divorce par consentement mutuel que pour le divorce pour rupture irrémédiable des relations conjugales. Ainsi, le deuxième tiret de l'article 256 sous avis serait à supprimer. Cependant, le Conseil d'Etat s'interroge sur l'opportunité d'abandonner cette démarche à la discrétion des parties alors que la transcription au registre de l'état civil est une question touchant à l'ordre public. Ne faudrait-il pas, à l'instar de la législation belge, confier ce devoir au greffe?

Articles 257 à 260

Le Conseil d'Etat suggère de revenir au libellé du projet initial en ce qui concerne l'intitulé de la section II qui se lira comme suit: „*De la date à laquelle se produisent les effets du divorce*“. Les articles sous examen remplacent les articles 257, 258, alinéa 1, 260 et 261 du projet initial.

Le Conseil d'Etat constate que la commission parlementaire entend réintroduire la disposition figurant actuellement à l'article 266, alinéa 3 du Code civil que les auteurs du projet de loi initial avaient supprimée. Le Conseil d'Etat s'interroge sur la plus-value de cette disposition.

Articles 261 à 270

Dans l'intitulé de la section III, le Conseil d'Etat propose de remplacer les termes „quant aux époux“ par ceux de „*pour les époux*“.

Les auteurs du projet initial avaient retenu que, dans l'hypothèse d'un divorce prononcé pour cause de rupture irrémédiable des relations conjugales des époux, la perte des avantages matrimoniaux était de principe, sauf accord contraire conclu par les époux. Dans son avis du 16 mars 2004, le Conseil d'Etat avait critiqué cette approche alors qu'il estimait qu'elle ne cadrerait pas avec l'objectif du projet de loi qui visait à abandonner l'idée de faute également dans les conséquences du divorce. Le texte amendé procède à un revirement total que la commission parlementaire ne commente pas autrement. Ce revirement est en ligne avec les modifications apportées par la loi No 2004-439 du 26 mai 2004 aux articles 265 et 265-1 du Code civil français. Le Conseil d'Etat propose de modifier l'article 262 et de remplacer les termes „sur les stipulations du contrat de mariage“ par ceux de „sur les avantages matrimoniaux consentis par l'un des époux au profit de l'autre par contrat de mariage“. Le Conseil d'Etat rappelle que l'article 1096 du Code civil, qui dispose que „Toutes donations faites entre époux pendant le mariage, quoique qualifiées entre vifs, seront toujours révocables“, reste applicable.

Dans son avis du 16 mars 2004 précité, le Conseil d'Etat avait critiqué le caractère indemnitaire de la pension alimentaire que le projet de loi visait à instaurer. Dans le commentaire des articles sous examen, la commission parlementaire explique longuement pour quelles raisons elle ne saurait partager le point de vue du Conseil d'Etat. Cependant, le texte amendé semble suivre les recommandations du Conseil d'Etat. En effet, l'article 265, alinéa 1 ne reprend plus l'objectif fixé par le projet initial, à savoir de „compenser, autant que possible, la disparité que la rupture du mariage crée dans les conditions de vie respectives“. Le nouveau libellé se limite à allouer une pension alimentaire destinée à subvenir à l'entretien du demandeur. Le Conseil d'Etat marque son accord aux critères sur lesquels le tribunal devra baser sa décision. Il constate que la commission parlementaire introduit la notion de „déclaration de sincérité“ à faire par les parties sur leur situation patrimoniale exacte. Cette notion se rapproche de la „déclaration certifiant sur l'honneur l'exactitude de leurs ressources, revenus, patrimoine et conditions de vie“ prévue à l'article 272 du Code civil français. Le législateur français a parallèlement introduit cette notion dans le Code de procédure civile. Le Conseil d'Etat estime que les règles relatives à la forme et au contenu de cette déclaration de sincérité devraient être introduites dans le NCPC, de même qu'une sanction relative à une éventuelle fausse déclaration.

Indépendamment de la pension alimentaire, l'article 266 nouveau introduit le principe d'une prestation compensatoire visant à réparer le préjudice subi par l'époux qui a interrompu son activité professionnelle pour des raisons d'ordre familial ou dans l'intérêt de l'autre conjoint. Par cette disposition, la commission parlementaire entend introduire le principe du splitting des droits à pension. Le Conseil d'Etat avait dans son avis du 16 mars 2004 insisté sur une solution parallèle relative à l'individualisation

des droits et le partage des droits en matière d'assurance pension. Pour tenir compte du fait qu'un époux n'a pas pu exercer une activité professionnelle ou a eu une activité professionnelle réduite pour des raisons familiales, un certain nombre de pays, dont notamment l'Allemagne, l'Angleterre et la Suisse, ont prévu le partage des droits à pension de retraite acquis pendant le mariage. La plupart du temps, le partage se concrétise par le transfert d'une partie des droits du titulaire à son conjoint et en principe non pas par un versement en espèces.

La solution retenue par la commission parlementaire consiste à allouer une prestation compensatoire au conjoint ayant interrompu complètement ou partiellement son activité professionnelle. Le texte proposé prévoit une compensation en cas d'interruption non seulement pour des raisons d'ordre familial, mais encore pour favoriser la carrière de l'autre conjoint au détriment de la sienne ou pour encadrer un membre de famille en situation de dépendance. D'après le Conseil d'Etat, les causes énoncées pour l'abandon ou la réduction de l'activité professionnelle pourraient au demeurant se limiter aux raisons d'ordre familial, qui couvrent à son avis à suffisance de droit l'hypothèse assez subjective d'un abandon de l'activité „pour favoriser la carrière de l'autre conjoint au détriment de la sienne“ ou celle d'encadrer un membre de la famille dépendant.

A la lecture du commentaire de l'article, on pourrait croire que cette prestation se confond avec la pension alimentaire. Or, l'agencement et le libellé des articles n'admettent pas une telle interprétation mais, au contraire, permettent de conclure qu'une prestation compensatoire, qui se distingue de la pension alimentaire par sa nature même, pourra être allouée à l'époux qui a interrompu partiellement ou totalement son activité professionnelle, même s'il n'est pas dans le besoin et ne bénéficie de ce fait pas d'une pension alimentaire.

L'article 265 relatif à la pension alimentaire détermine le mode de fixation de la pension alimentaire „selon les besoins de l'époux à qui elle est versée et des ressources de l'autre“. Par contre, l'article 266, qui impose aux services de la Sécurité sociale de fournir les calculs nécessaires pour évaluer le préjudice, ne donne aucune indication quant à la base des calculs à effectuer.

Sur la base de ces informations, le tribunal devra déterminer le montant de la prestation compensatoire ou le montant du capital à verser à son profit par l'autre conjoint, en se basant comme seul critère sur la disposition prévue à l'article 214. Or, le renvoi à cet article ne donne pas de réponse satisfaisante à cette problématique: cette disposition prévoit en effet qu'à défaut de règle conventionnelle, chaque époux contribue aux charges du ménage à proportion de ses facultés. Dès lors, en fixant le montant de la compensation, le juge devra-t-il évaluer les facultés respectives des époux *ex post*, en tenant compte de leurs ressources pécuniaires, de leurs contributions en nature et de l'intégralité des charges auxquelles les époux ont fait face durant le mariage? Une telle mission du juge, qui s'ajouterait à la détermination de la perte effectivement subie dans la carrière d'assurance pension de vieillesse de l'un des époux par rapport à l'autre, relèverait de l'impossible.

D'après le Conseil d'Etat, il n'est pas admissible que le tribunal se remette aux services de la Sécurité sociale pour calculer une prestation sans qu'on fixe à ceux-ci des lignes de conduite précises.

La sécurité sociale, c'est-à-dire le Centre commun de la sécurité sociale ou l'organisme de pension compétent, peut certes fournir des données sur le revenu professionnel de ses assurés; toutefois, il faut se rendre à l'évidence que ces données connaissent certaines limites:

- Toutes les personnes relevant du droit civil ne sont pas nécessairement assurées auprès de la sécurité sociale luxembourgeoise. Tel est le cas pour les fonctionnaires internationaux, disposant de leur propre régime de sécurité sociale, ou encore de personnes relevant ou ayant relevé sur une certaine période d'un régime de sécurité sociale étranger. Pour les fonctionnaires luxembourgeois, les données disponibles auprès du Centre commun de la sécurité sociale ne le sont qu'à partir de 1999.
- Les revenus professionnels disponibles sont plafonnés en règle générale au quintuple du salaire social minimum.
- La sécurité sociale ne dispose pas de données sur les autres revenus disponibles du ménage.

Au regard du dispositif proposé, on pourrait admettre que les auteurs entendent remplacer ce que le conjoint „aurait gagné“ s'il n'avait pas abandonné ou réduit son activité. Si l'on accepte les données de la sécurité sociale, malgré ces lacunes, en lieu et place d'éléments de preuve à fournir par les parties, les données ne peuvent renseigner que sur le revenu professionnel, dont un assuré disposait au moment où il a cessé ou réduit son activité professionnelle. En aucun cas, les services de la sécurité sociale ne sauraient calculer de manière spéculative quel aurait été le revenu professionnel si la personne concernée n'avait pas abandonné ou réduit son activité professionnelle. De l'avis du Conseil d'Etat, le point

de repère ne peut être constitué que par le salaire dont la personne concernée disposait au moment de l'abandon ou de la réduction de l'activité professionnelle. Cette base permettrait aux services de la sécurité sociale de reconstituer la carrière d'assurance en prenant en compte certains éléments tels les baby-years, les cotisations des aidants prises en charge par l'assurance dépendance ou encore des cotisations versées volontairement à charge du ménage pendant l'interruption ou la réduction de l'activité professionnelle.

Même si le Conseil d'Etat approuve entièrement la volonté de la commission parlementaire de trouver une solution par rapport au partage des droits en matière d'assurance pension, il ne saurait cependant souscrire à la démarche empruntée. Sans vouloir remettre en cause cette souplesse nécessaire en la matière, l'esquisse de la solution reste trop sommaire, de sorte que le Conseil d'Etat doit s'y opposer formellement en raison de l'insécurité juridique qu'elle comporte.

Si le législateur entend poursuivre dans la voie esquissée, deux solutions pourront être envisagées: l'époux qui a interrompu sa carrière se verra attribuer une prestation compensatoire qui représentera le montant des cotisations nécessaire pour couvrir, moyennant un achat rétroactif, soit les périodes d'interruption ou de réduction de la carrière d'assurance pension, soit la moitié de la différence des revenus cotisables ou pensions portés en compte au profit des deux époux pendant la période considérée.

L'article 268 proposé prévoit que la prestation compensatoire peut être versée sous forme de capital et que ce capital doit être employé intégralement au rachat des droits à pension du bénéficiaire. Aux yeux du Conseil d'Etat, la prestation compensatoire qui est échelonnée doit également être versée à l'organisme de pension compétent pour l'achat rétroactif. Par ailleurs, il y a lieu d'accorder à l'organisme de pension une action directe contre le débiteur de la prestation compensatoire.

Finalement, le Conseil d'Etat estime qu'il convient de prévoir certaines adaptations à la législation de la sécurité sociale.

Aussi, le Conseil d'Etat propose-t-il de reformuler l'article 266 et, suivant la solution pour laquelle la commission parlementaire optera, recommande-t-il un des libellés suivants:

Hypothèse 1

„**Art. 266.** Si l'un des époux a interrompu ou réduit son activité professionnelle pour des raisons d'ordre familial, le tribunal détermine à son profit et à charge de l'époux qui a continué son activité professionnelle ou qui a bénéficié d'un revenu de remplacement, une prestation compensatoire représentant le montant des cotisations nécessaire pour couvrir moyennant un achat rétroactif les périodes d'interruption ou de réduction de la carrière d'assurance pension.

Pour ce faire, le tribunal se base sur le montant des cotisations, établi par l'organisme de pension compétent, d'après les règles que celui-ci applique, en prenant en considération la moyenne des revenus cotisables portés en compte pendant les trois mois précédant l'interruption ou la réduction de l'activité professionnelle pour raisons familiales. Sont portées en déduction les cotisations imputées à un autre titre pendant la période considérée.

Le tribunal peut refuser, en tout ou partie, la prestation compensatoire, lorsque celle-ci s'avère manifestement inéquitable pour des motifs tenant à la liquidation du régime matrimonial ou à la situation économique des époux après le divorce.“

Hypothèse 2

„**Art. 266.** Si l'un des époux a interrompu ou réduit son activité professionnelle pour des raisons d'ordre familial, le tribunal détermine à son profit et à charge de l'époux qui a continué son activité professionnelle ou qui a bénéficié d'un revenu de remplacement, une prestation compensatoire représentant le montant des cotisations nécessaire pour couvrir moyennant un achat rétroactif la moitié de la différence des revenus cotisables ou pensions portés en compte au profit des deux époux pendant la période considérée.

Pour ce faire, le tribunal se base sur le montant des cotisations, établi par le ou les organismes de pension compétents, d'après les règles applicables. Sont portées en déduction les cotisations imputées à un autre titre pendant la période considérée.

Le tribunal peut refuser, en tout ou partie, la prestation compensatoire, lorsque celle-ci s'avère manifestement inéquitable pour des motifs tenant à la liquidation du régime matrimonial ou à la situation économique des époux après le divorce.“

Les dispositions suivantes seront applicables dans les deux hypothèses:

L'alinéa 2 de l'article 268 est à libeller comme suit:

„La prestation compensatoire est versée par l'époux débiteur, suivant les modalités de paiement déterminées par le tribunal, à l'organisme de pension compétent pour l'achat rétroactif. L'organisme de pension dispose d'une action directe contre le débiteur de la prestation compensatoire.“

Dispositions additionnelles et transitoires

„**Art. x.** A l'article 174 du Code de la sécurité sociale et à l'article 6 de la loi modifiée du 3 août 1998 instituant des régimes spéciaux pour les fonctionnaires de l'Etat et des communes ainsi que pour les agents de la Société nationale des chemins de fer l'alinéa 1 est complété par la phrase suivante:

„Les conditions prévues ci-avant ne s'appliquent pas, si l'achat est effectué sur base de l'article 266 du Code civil.“ “

„**Art. y.** L'article 197 du Code de la sécurité sociale et l'article 20 de la loi modifiée du 3 août 1998 instituant des régimes spéciaux pour les fonctionnaires de l'Etat et des communes ainsi que pour les agents de la Société nationale des chemins de fer ne s'appliquent pas lorsque le conjoint divorcé a bénéficié d'un achat rétroactif de périodes en application de l'article 266 du Code civil.“

Le texte proposé par le Conseil d'Etat ne tient pas compte des pensions complémentaires souscrites pour l'un des époux par son employeur ou des assurances personnelles de prévoyance vieillesse, souscrites individuellement auprès d'une banque ou d'une compagnie d'assurances. Ces éléments devront être pris en compte lors de la liquidation selon les règles du droit commun.

L'article 267 prévoit l'applicabilité de l'article 112 du NCPC. Pour autant que ce renvoi concerne les pensions alimentaires, il peut être considéré comme superfétatoire. Ce n'est que par rapport à la prestation compensatoire que le renvoi pourrait paraître utile.

Le principe que la pension alimentaire est toujours révisable et révocable, sauf si elle a été allouée sous forme de capital ou si elle a fait l'objet d'une transaction globale, est posé à l'article 269. Si les auteurs du projet initial limitaient une révision de la pension alimentaire aux cas dans lesquels la détérioration de la situation du créancier et du débiteur de la pension était indépendante de leur volonté, la commission parlementaire introduit la possibilité de révision de la pension alimentaire en cas de remariage du débiteur de la pension. Le Conseil d'Etat renvoie à ses observations sous l'article 230 en ce qui concerne la révision des pensions alimentaires fixées dans la convention de divorce par consentement mutuel.

L'article 269 ne se réfère qu'aux seules pensions alimentaires et non pas aux prestations compensatoires puisque celles-ci devront être fixées par rapport au préjudice subi durant le mariage par le bénéficiaire et la situation des ressources du ménage durant cette période, et non pas par rapport aux besoins et ressources actuels des ex-époux.

L'article 269 *in fine* prévoit que la pension alimentaire n'est plus due au décès du débiteur. Qu'en est-il de la prestation compensatoire? Le texte reste muet sur cette hypothèse. Le Conseil d'Etat estime qu'il s'agit d'une dette à charge de la succession et qu'une disposition afférente devra être prévue dans le texte à adopter.

Articles 271 à 275

Ces articles remplacent les articles 270 à 277 du projet initial et règlent les effets du divorce pour les enfants. Selon le commentaire des articles sous examen, la commission parlementaire propose d'instituer le principe de l'autorité parentale conjointe. Cependant, le libellé de l'article 271 ne prévoit pas formellement ce principe mais renvoie au chapitre Ier du titre IX du Livre premier du Code civil dont la modification fait l'objet du projet de loi relatif à la responsabilité parentale (doc. parl. No 5867) que le Conseil d'Etat examinera dans un avis distinct. Le Conseil d'Etat se demande si les dispositions relatives à la pension alimentaire des enfants n'auraient pas pu être supprimées dans la section sous examen, puisqu'elles figurent également, et de surcroît avec un libellé différent, dans le projet de loi relatif à la responsabilité parentale susmentionné qui comprend une section intitulée „*De l'exercice de la responsabilité parentale par les parents séparés*“ dans laquelle sont inclus les parents d'enfants

divorcés.⁹ En tout état de cause, il faudra veiller à la concordance des textes pour éviter toute inégalité de traitement dans le chef des enfants dont les parents se séparent, suivant que les parents sont mariés ou non.

Le texte reprend une partie du libellé de l'article 388-1. Si la commission parlementaire estime ce rappel inévitable, la question se pose pour quelle raison cette disposition est réservée au divorce pour rupture irrémédiable.

Le projet de loi amendé comporte l'ajout d'un nouvel article 272 qui vise à réaffirmer le maintien de l'obligation alimentaire des parents vis-à-vis de leur enfant, mettant expressément l'accent sur la prise en compte des modalités d'hébergement. Le Conseil d'Etat s'interroge sur la plus-value de cet article qu'il propose de supprimer et ceci d'autant plus qu'une telle disposition est prévue par le projet de loi sur la responsabilité parentale. Le cas échéant, l'article 273 pourrait être utilement complété par un ajout au deuxième alinéa. En cas de maintien de cet article, il y aura lieu de redresser le libellé alors que ce n'est pas le divorce qui tient compte des modalités d'hébergement, mais le juge qui fixe la pension alimentaire.

A l'article 274, la commission parlementaire propose de remplacer les termes „lui soit versée une contribution“ par ceux de „continuer à lui verser une pension alimentaire“. Le nouveau libellé fait présumer la continuité de la pension alimentaire qui pourrait cependant ne pas être donnée. En plus, il y aurait lieu de faire concorder le libellé de l'article sous avis avec celui proposé à l'article 376-3 du projet de loi sur la responsabilité parentale mentionnée ci-avant.

Article 276

Cet article modifie les articles 268 et 269 du projet de loi initial. La commission parlementaire prévoit la possibilité d'attribuer la jouissance du logement familial au parent auprès duquel un ou plusieurs enfants communs âgés de moins de 12 ans ont leur résidence habituelle, peu importe que le logement soit un bien commun ou un bien propre de l'autre parent. Dans le commentaire, il est précisé que le logement n'est attribué qu'à celui des époux qui exerce seul l'autorité parentale alors que le texte proposé se réfère à la résidence principale, ce qui n'exclut pas l'hypothèse de l'exercice en commun de la responsabilité parentale. Cette solution a également été adoptée par la législation française dont l'article 285-1 du Code civil précise que: „Si le local servant de logement à la famille appartient en propre ou personnellement à l'un des époux, le juge peut le concéder à bail au conjoint qui exerce seul ou en commun l'autorité parentale sur un ou plusieurs de leurs enfants lorsque ceux-ci résident habituellement dans ce logement et que leur intérêt le commande.“

Le Conseil d'Etat recommande d'ajouter une référence à l'intérêt des enfants qui, bien que prévue dans le commentaire, ne figure pas dans le texte même de l'article.

Ce sera d'ailleurs au tribunal qui statue sur le divorce de prendre cette décision, et non pas au juge comme le prévoit le texte. Le tribunal fixera le montant de l'indemnité d'occupation qui pourra être déduite de la pension alimentaire. Le Conseil d'Etat se demande si seule la pension alimentaire du conjoint est visée ou également celle des enfants. A noter que l'article 373-2-2 du Code civil français prévoit que la pension alimentaire peut être en tout ou partie servie sous forme d'un droit d'usage et d'habitation. Le Conseil d'Etat recommande à la commission parlementaire de préciser ses intentions par rapport à ce point. La commission parlementaire a choisi une limite d'âge de douze ans pour les enfants au-delà de laquelle la demande en attribution du logement familial n'est plus recevable. En outre, la durée maximale de l'attribution est fixée à deux ans. Le Conseil d'Etat n'est pas convaincu que ces limitations permettent d'atteindre l'objectif visé par cette mesure, à savoir „d'éviter aux enfants, autant que faire se peut, certaines conséquences d'un divorce en ajoutant à la douleur de la séparation un élément perturbateur supplémentaire que peut constituer, le cas échéant, un déménagement“. La

⁹ Projet de loi relatif à la responsabilité parentale:

„**Art. 376-2.** En cas de séparation des parents ou entre ceux-ci et l'enfant, la contribution à son entretien et à son éducation prend la forme d'une pension alimentaire versée, selon le cas, par l'un des parents à l'autre ou à la personne à laquelle l'enfant est confié.

Les modalités et les garanties de cette pension alimentaire sont fixées par la convention homologuée visée à l'article 378 ou, à défaut, par le juge compétent en vertu de l'article 377.

Art. 376-3. Le parent qui assume à titre principal la charge d'un enfant majeur qui ne peut lui-même subvenir à ses besoins peut demander à l'autre de lui verser une contribution à son entretien et à son éducation. Le juge peut décider ou les parents convenir que cette contribution sera versée en tout ou en partie entre les mains de l'enfant majeur.“

solution retenue par le législateur français, qui prévoit une durée d'habitation pouvant aller jusqu'à la majorité du plus jeune des enfants, lui semble plus adéquate. Finalement, le Conseil d'Etat recommande de remplacer le terme „juge“, qui se retrouve à plusieurs endroits de l'article 276, par celui de „tribunal“.

Articles 277 à 279

La commission parlementaire suit l'avis du Conseil d'Etat en ce qu'il avait recommandé d'adapter les dispositions relatives à la séparation de corps aux nouvelles règles prévues en matière de divorce. A l'instar du texte français, le Conseil d'Etat propose de compléter l'article 278 par les termes suivants: „A défaut, il statue sur la demande en séparation de corps.“

L'article 279 prévoit que les articles 254 à 276 sont applicables à la séparation de corps. Le Conseil d'Etat estime qu'un simple renvoi au chapitre II relatif aux effets de divorce prête à confusion. En effet, la séparation de corps ne dissout pas le mariage et, si elle met fin au devoir de cohabitation, elle laisse néanmoins subsister le devoir de secours de sorte que notamment le renvoi aux articles 257, 261 et 264 est inexact. Le Conseil d'Etat insiste dès lors que le texte à adopter spécifie les dispositions relatives aux effets du divorce qui seront applicables à la séparation de corps. Il ne faut pas oublier que les articles 1030 et 1020 du NCPC contenant des règles spécifiques de publication du jugement de séparation de corps restent applicables.

De nouveau, le Conseil d'Etat recommande de remplacer le terme „juge“ par celui de „tribunal“ dans le cadre des articles 277 à 279.

Article 280

Cet article pose la règle de conflit de lois en matière de divorce et de séparation de corps. Aux trois cas prévus déjà dans l'actuel article 305 du Code civil est ajouté un quatrième point relatif à l'ordre public. L'article 6 du Code civil impose d'ores et déjà aux Cour et tribunaux d'examiner, avant d'appliquer la loi étrangère, si cette loi n'est pas contraire à l'ordre public interne. Le tribunal fera alors application de la règle de droit luxembourgeois à la place de celle qu'il a décidé d'évincer. L'ajout proposé est donc superfétatoire.

B. Modifications du Nouveau Code de procédure civile

Articles 1252 à 1262

Comme annoncé ci-avant, le Conseil d'Etat se propose d'examiner les articles sous revue dans le cadre d'un avis distinct dès que le projet de loi visant à transposer la directive 2008/52/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 mai 2008, sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale, lui sera parvenu.

Ad b) Article II – Dispositions modificatives et abrogatoires

I. La commission parlementaire propose la modification, voire l'abrogation de plusieurs articles du Code civil qui ne figurent pas sous le titre VI du Livre Ier du Code civil intitulé „*Du divorce*“.

Le Conseil d'Etat renvoie à ses observations relatives à la structure du projet de loi sous avis.

1) Article 212

Parmi les droits et devoirs énumérés à l'article 212 du Code civil, il est proposé de remplacer le terme „fidélité“ par celui de „respect“ alors que la commission parlementaire juge ce terme „plus approprié et contemporain“. En fait, les deux termes ont une signification différente. Etymologiquement, la fidélité renvoie aux significations de „confiance, de croyance en quelque chose ou en quelqu'un“ et de „loyauté“; le terme induit également une idée „d'engagement personnel, de promesse à maintenir, d'obligations à honorer“. Le devoir de respect mutuel qui fut introduit en 2006 à l'article 212 du Code civil français pour lutter contre les violences conjugales, traduit, dans le domaine des droits fondamentaux, une exigence contemporaine, celle de la reconnaissance de la dignité de l'être humain.¹⁰ Le législateur français, soucieux de prévenir les violences conjugales, a tenu à rappeler l'importance de la notion de respect qui s'impose selon lui tel un nécessaire prérequis. Néanmoins, d'aucuns s'interrogent sur le caractère plutôt symbolique de l'inscription du respect dans la liste des devoirs des époux.

¹⁰ cf. P. Courbe, *Droit de la famille* Sirey, 5e éd. 2008, No 159.

„Sorte d'écho matrimonial de l'article 1382 du Code civil, le respect apparaît en réalité comme un complément très symbolique largement dépourvu d'incidences d'un point de vue pratique"¹¹. Le Conseil d'Etat note que le législateur français a complété l'article 212 du Code civil par un nouveau devoir au mariage, le devoir de respect, sans pour autant abolir le devoir de fidélité. La volonté de la commission parlementaire de supprimer la notion de fidélité des devoirs du mariage peut surprendre alors que la fidélité a toujours été considérée comme participer de l'essence même du mariage. Cette exigence traditionnelle est d'ailleurs considérée comme un facteur de différenciation majeur par rapport aux autres formes de cohabitation. Il est vrai qu'en abolissant le divorce pour faute, on peut se demander si la fidélité en tant qu'obligation née du mariage n'est pas devenue une obligation sans sanction, ce qui justifierait sa suppression. Mais, comme le Conseil d'Etat l'a souligné dans son avis du 16 mars 2004 précité, il a toujours été admis que la violation des devoirs et obligations du mariage pouvait constituer une faute de nature à engager la responsabilité sur le fondement de l'article 1382 du Code civil, indépendamment de l'action en divorce et selon les règles du droit commun.¹² D'ailleurs, on peut constater que le devoir de fidélité est maintenu dans les législations sur le mariage des pays comme notamment la Belgique ou la Suisse qui ont aboli le divorce pour faute.

2) Article 214

Dans son avis du 16 mars 2004 précité, le Conseil d'Etat estimait que, pour atténuer les conséquences du divorce, il serait opportun de promouvoir toutes les mesures favorisant l'indépendance économique des deux époux dans le mariage et il s'était prononcé en faveur d'une réforme des droits et devoirs du mariage. La commission parlementaire reprend cette idée et propose d'insérer à l'article 214, alinéa 3 *in fine* du Code civil un bout de phrase visant à compenser la perte éventuelle subie par l'un des époux dans sa carrière d'assurance de vieillesse durant le mariage au moment du divorce ou de la séparation de corps. Selon la commission, „le principe incontournable selon lequel les époux doivent l'un et l'autre contribuer aux charges du mariage à proportion de leurs facultés respectives est de sorte étendue. Ladite contribution aux charges doit s'analyser en „mécanisme de participation aux frais““.

Le mariage met à charge des époux certains devoirs d'ordre pécuniaire ressortissant de ce qu'on appelle le régime primaire alors qu'ils sont impératifs pour tous les couples mariés. Ainsi, la contribution aux charges du mariage est une contribution obligatoire pour chaque époux et impose la constitution par les époux d'une communauté économique: „la contribution aux charges traduit concrètement l'obligation pour les deux époux, chargés de la direction matérielle de la famille (...) de constituer ensemble „un pot commun“ de ressources destinées précisément à la vie matérielle de la communauté familiale. (...) Plus large par son objet que l'obligation alimentaire, la contribution aux charges se distingue du devoir de secours entre époux parce qu'en principe la pension alimentaire due en exécution du devoir de secours est fondée sur la constatation de l'état de besoin du conjoint. La contribution aux charges se détermine par rapport aux ressources du couple et au train de vie qu'ils peuvent mener correspondant à ces ressources et non par rapport à un état de besoin.“¹³ La contribution aux charges vise en fait à égaliser les niveaux de vie des époux durant le mariage. L'obligation s'impose tant que dure le mariage et elle disparaît dès que le mariage est dissous.

La notion de charges du mariage pouvant englober, au-delà des dépenses collectives, des dépenses personnelles de l'un des époux, il est donc tout à fait concevable de prévoir que les règlements opérés à titre de contribution à un régime de sécurité sociale pour l'un des époux participent à l'exécution de son obligation de contribuer aux charges du mariage de l'autre époux. Selon l'article 214, alinéa 4, l'époux qui ne remplit pas ses obligations peut y être contraint par l'autre époux selon la procédure prévue à l'article 1011 du NCPC. Or, la version amendée de l'article 214, alinéa 3, n'introduit pas une obligation de contribution se traduisant par une cotisation effective et régulière à une caisse de pension *durant* le mariage. Ce n'est qu'à la dissolution du mariage qu'une compensation destinée à combler la perte subie relative à la carrière d'assurance pension de vieillesse pourra être exigée pour assurer l'achat rétroactif de périodes d'assurance. Tout en renvoyant à ses observations formulées sous l'article 266, le Conseil d'Etat émet ses doutes quant à l'opportunité de la démarche choisie par la commission parlementaire. On peut en effet se demander si l'article 214 présente le cadre adéquat pour une obligation qui n'est exigible qu'à la dissolution du mariage alors que la contribution aux charges du mariage

11 cf. Encyclopédie Dalloz civil, Mariage (4° effets), No 74.

12 cf. Jurisclasseur, notarial répertoire, fasc. 10, art. 212 à 215 du Code civil, Nos 43 à 47.

13 Jurisclasseur, notarial répertoire, art. 212 à 215, fasc.10, Mariage: fasc. 170, No 59.

est par essence une obligation qui s'exécute au quotidien pendant le mariage, faute de quoi elle peut prêter à exécution forcée. Force est de constater que l'exécution forcée prévue à l'alinéa 4 de l'article 214 reste inapplicable tant que dure le mariage pour ce volet de la contribution alors qu'elle pourrait durant le même temps s'exercer pour les autres charges. Une telle situation est donc inacceptable de sorte que le Conseil d'Etat ne saurait marquer son accord à la proposition de modification de l'article 214, alinéa 3 dont il suggère la suppression.

Si la commission parlementaire veut favoriser la constitution d'une carrière autonome pour l'époux qui ne s'adonne pas ou qui ne s'adonne qu'à une activité professionnelle partielle pour des raisons d'ordre familial et accorder une protection vieillesse individualisée, elle devra introduire une disposition prévoyant une obligation d'assurer le risque vieillesse de cet époux à charge du ménage. Combinée à un système de partage des droits tel que préconisé à l'article 266, cette obligation aura l'avantage d'assurer à chaque conjoint des droits individuels, indépendamment des modes de répartition du travail domestique et professionnel au sein du couple.

3) Article 227

Sans observation.

4) Article 228

Le délai de viduité à respecter en cas de divorce sera abrogé dans le contexte de l'article 257. Avec l'abrogation de l'article 228, le délai de viduité imposé à une femme en cas de décès de son conjoint est également supprimé. Le Conseil d'Etat approuve l'abrogation de cette disposition qui est d'ailleurs proposée une nouvelle fois dans le cadre du projet de loi *No 5914* ayant pour objet de modifier l'âge légal du mariage et les dispositions y afférentes, ainsi que d'abroger les délais de viduité et de compléter certaines dispositions du Code civil.

5) Article 1397

Selon la commission parlementaire, l'alinéa 1er de cet article est à modifier de sorte à permettre aux époux de modifier leur régime matrimonial après une année d'application au lieu de deux ans. Or, le texte proposé supprime le délai de deux années d'application exigé actuellement sans le remplacer par un autre délai. Par ailleurs, dans le commentaire de l'article, les auteurs des amendements font référence à une condition de durée d'un an de mariage avant l'introduction d'une procédure de divorce par consentement mutuel et soulignent que le divorce pour rupture irrémédiable des relations conjugales ne pourra pas non plus être prononcé au cours de la première année. Ce commentaire laisse le Conseil d'Etat perplexe alors qu'il ne voit pas de quelle disposition du texte amendé les auteurs déduisent cette conclusion. Le cas échéant, le texte est à revoir sur ce point.

6) et 7) Articles 1442 et 1518

Le libellé de ces deux articles reste le même que dans le projet initial de sorte que le Conseil d'Etat n'y revient plus.

II. Modification des articles du NCPC

1) Article 405

Cet article n'a pas été amendé par la commission parlementaire et ne donne donc pas lieu à observation.

2) Article 1029

Le Conseil d'Etat renvoie à ses observations sous l'article 240.

Ad c) Article III – Dispositions transitoires

Sans observation.

Ad d) Article IV – Entrée en vigueur

Sans observation.

Ainsi délibéré en séance plénière, le 16 juillet 2010.

Le Secrétaire général,

Marc BESCH

Le Président,

Georges SCHROEDER