



CHAMBRE DES DÉPUTÉS

Session ordinaire 2010-2011

LB/yh

Commission juridique

Procès-verbal de la réunion du 25 mai 2011

ORDRE DU JOUR :

1. 6209 Projet de loi portant:
 - transposition de la directive 2008/51/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 mai 2008 modifiant la directive 91/477/CEE du Conseil relative au contrôle de l'acquisition et de détention d'armes, et
 - modification de la loi modifiée du 15 mars 1983 sur les armes et munitions
 - Rapporteur: Monsieur Gilles Roth
 - Continuation de l'examen de l'avis du Conseil d'Etat

2. 6046 Projet de loi portant:
 1. approbation
 - a) de la Convention du Conseil de l'Europe pour la protection des enfants contre l'exploitation et les abus sexuels ouverte à la signature à Lanzarote les 25-26 octobre 2007
 - b) du Protocole facultatif à la Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant, concernant la vente d'enfants, la prostitution des enfants et la pornographie mettant en scène des enfants
 2. modification de certains articles du Code pénal et du Code d'instruction criminelle
 - Rapporteur: Monsieur Lucien Weiler
 - Examen du 2e avis complémentaire du Conseil d'Etat

3. 5155 Projet de loi portant réforme du divorce
 - Rapporteur : Madame Christine Doerner
 - Continuation de l'examen de l'avis complémentaire du Conseil d'Etat

*

Présents : M. Xavier Bettel, M. Alex Bodry, M. Félix Braz, Mme Christine Doerner, Mme Lydie Err, M. Gast Gibéryen en remplacement de M. Jacques-Yves Henckes, M. Jean-Pierre Klein, M. Paul-Henri Meyers, Mme Lydie Polfer, M. Gilles Roth, M. Lucien Weiler

Mme Marie-Anne Ketter, Mme Claudine Konsbruck, du Ministère de la Justice

M. Laurent Besch, de l'administration parlementaire

Excusés : M. Léon Gloden, M. Jacques-Yves Henckes

*

Présidence : Mme Christine Doerner, Président de la Commission

*

1. **6209** **Projet de loi portant:**
 - **transposition de la directive 2008/51/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 mai 2008 modifiant la directive 91/477/CEE du Conseil relative au contrôle de l'acquisition et de détention d'armes, et**
 - **modification de la loi modifiée du 15 mars 1983 sur les armes et munitions**

Article 1^{er}

Point 13 – article 12, alinéa 4 nouveau

Ce point n'appelle pas d'observation.

Point 14 – article 16, alinéa 2

Le point 14 ne donne pas lieu à observation.

Point 15 – article 20

Ce point n'appelle pas d'observation.

Point 16 – article 20, alinéas 2 et 3 nouveaux

Il convient de noter que la délivrance de l'autorisation d'une arme à un mineur est en principe interdite, sauf pour l'exercice de la chasse et du tir sportif.

Cette dérogation est assortie de deux conditions, à savoir (i) une condition d'âge spécifique (14 ans révolus pour les armes non à feu et 16 ans révolus pour les armes à feu) et (ii) l'autorisation parentale avant la délivrance de l'autorisation au mineur, ainsi qu'une surveillance du mineur par une personne lors de l'exercice de tir par la présence, et sous la responsabilité, d'une personne disposant de l'autorité parentale ou d'une personne majeure disposant d'un permis de port d'armes de chasse ou de sport, en fonction du permis délivré au mineur.

En ce qui concerne l'autorisation parentale préalable requise, il échet de préciser que celle-ci résulte de manière expresse par l'introduction d'une demande en vue de la délivrance d'une autorisation d'armes auprès du Ministère de la Justice.

Il importe de différencier, pour le mineur, entre les conditions de délivrance de l'autorisation d'armes et les conditions d'utilisation de l'arme autorisée.

[à préciser dans le commentaire des articles]

La commission unanime approuve la proposition d'ajouter après les termes «[...] y a consenti» ceux de «**par écrit**».

M. le Rapporteur propose de compléter le texte de loi en y prévoyant expressément que l'achat d'armes par des mineurs est strictement interdit, même si des mineurs peuvent être autorisés à manier des armes pour la chasse ou le tir sportif.

Il s'avère que l'article 5, paragraphe (5), point a) de la directive 91/477/CEE fait l'objet, dans le cadre du contrôle de la transposition de la directive 2008/51/CE par les Etats membres, d'une interprétation très restrictive par la Commission européenne (3^{ième} réunion en date du 21 mars 2011 du «groupe de contact» prévu par l'article 13 paragraphe 3 de la directive 91/477/CEE).

Il s'agit d'éviter de se voir reprocher ultérieurement une transposition non conforme de la directive 2008/51/CE.

Afin de tenir compte des critiques du Conseil d'Etat quant à un mélange des conditions de délivrance de l'autorisation au mineur et des conditions d'utilisation de l'arme ainsi autorisée, la Commission juridique propose de scinder l'alinéa nouveau proposé en deux alinéas distincts et de supprimer encore les termes «*Par ailleurs*». Il est ainsi plus clair que l'alinéa 2 nouveau traite des conditions de délivrance de l'autorisation, tandis que l'alinéa 3 nouveau traite des conditions d'utilisation des armes par le mineur.

[amendement]

Point 17 – articles 22-1 à 22-5 nouveaux

Le point 17 vise à transposer les articles 7 et 11 à 14 de la directive 91/477/CEE, à savoir les conditions et modalités permettant des transferts définitifs et provisoires d'armes et munitions entre Etats membres effectués par les armuriers et les particuliers.

Les articles 22-1 et 22-2 nouveaux visent à réglementer les transferts d'armes et de munitions entre les armuriers et les commerçants d'armes à l'intérieur de l'Union européenne.

Les articles 22-3 et 22-4 nouveaux concernent le voyage avec des armes entre Etats membres moyennant la carte européenne d'armes à feu.

Ainsi, l'article 22-3 vise les voyages effectués par des résidents luxembourgeois vers et/ou à travers un autre Etat membre, ce qui se fait moyennant la délivrance d'une carte européenne d'armes à feu par le Ministre de la Justice, à munir le cas échéant de l'autorisation préalable, communément appelée «visa», des autorités compétentes de l'Etat membre de transit et/ou de destination.

La Commission juridique reprend la proposition de texte formulée par le Conseil d'Etat quant à l'article 22-3 nouveau, sauf à la prévoir en tant qu'alinéa 3 nouveau. Elle propose de supprimer et de remplacer la 2^{ème} phrase de l'alinéa 2 par la 2^{ème} phrase de l'alinéa 3.

Elle propose encore de supprimer la 1^{ère} et la 3^{ème} phrase de l'alinéa 3 initial.

[amendement]

L'article 22-4 vise l'hypothèse inverse, à savoir le voyage d'un résident d'un autre Etat membre vers et/ou à travers le Luxembourg avec des armes. A cette fin, le voyageur doit

présenter au ministre de la Justice la carte européenne d'armes à feu qui lui a été délivrée par les autorités compétentes de son Etat de résidence, aux fins d'apposition dudit «visa».

Le représentant du Ministère de la Justice explique que le Luxembourg ne transpose pas la dérogation telle que prévue à l'article 12, paragraphe (2), alinéa 1^{er} de la directive 91/477/CEE, à savoir la dispense du visa de l'Etat membre de destination en matière de chasse et de tir sportif pour les voyages vers ou à travers le Luxembourg. La mise en œuvre de ladite dérogation sur le plan national aurait signifié l'abandon du principe de la soumission à autorisation de toutes les armes à feu (catégorie II).

Il convient de préciser que l'article 12, paragraphe (2), alinéa 3 de la Directive 91/477/CEE permet à un Etat membre de soumettre les armes à feu à autorisation.

La commission unanime approuve ce système de transferts des armes et de munitions qui présente l'avantage de la souplesse eu égard à la pratique administrative actuelle.

Point 17bis) nouveau – article 23, alinéa 2

Il est proposé d'ajouter à l'article 1^{er} du projet de loi un point 17bis) nouveau, libellé comme suit :

«17bis) A l'article 23, alinéa 2, de la même loi, le montant de 24 euros est remplacé par celui de 90 euros.»

M. le Rapporteur explique qu'en date du 18 février 2011, le Conseil de Gouvernement a adopté un projet de règlement grand-ducal portant modification du règlement grand-ducal modifié du 13 avril 1983 pris en exécution de la loi sur les armes et munitions afin d'adapter, notamment, les montants des taxes dues en matière d'armes. Ce règlement a également été avisé par le Conseil d'Etat en date du 8 avril 2011.

Il est proposé, afin de permettre cette adaptation des taxes par rapport au maximum actuellement prévu à l'article 23, alinéa 2 de la loi modifiée du 15 mars 1983, de prévoir une certaine marge de manœuvre en cas d'adaptation future éventuelle des taxes sans devoir modifier à nouveau la loi modifiée du 15 mars 1983.

[amendement]

Point 17ter) nouveau – article 25

Il est proposé d'ajouter à l'article 1^{er} du projet de loi un point 17ter) nouveau, libellé comme suit :

«17ter) A l'article 25 de la même loi, le montant de 120 euros est remplacé par celui de 150 euros.»

L'amendement proposé repose sur les mêmes considérations que l'amendement ci-avant, au commentaire duquel il est renvoyé.

[amendement]

Point 18 – article 27-1 nouveau

La commission unanime accueille favorablement la proposition de M. le Rapporteur d'ajouter à l'alinéa 2, première phrase in fine les termes «*et les commerçants d'armes*».

Dans un souci de sécurité juridique, il est de sorte précisé que tant l'armurier agréé que le commerçant d'armes peuvent effectuer à titre accessoire des opérations de courtage en relation avec des armes relevant de la catégorie II.

[amendement]

Point 19 – article 28

M. le Rapporteur, eu égard aux observations du Conseil d'Etat, propose d'amender l'article 28 de la manière suivante:

«Art. 28. Les infractions aux dispositions de la présente loi et des règlements grand-ducaux pris en son exécution sont punies d'un emprisonnement de huit jours à six mois et d'une amende de 251 euros à 5.000 euros.

*Par dérogation à l'alinéa précédent, les maxima de la peine d'emprisonnement et de l'amende sont fixés respectivement à cinq ans et à 250.000 euros pour les infractions **et les tentatives d'infractions à l'article 3, alinéa 6, et aux articles 4, 7 et 27-1.***

Sont punis des peines prévues à l'alinéa 2 tous ceux qui procèdent ou qui tentent de procéder à la fabrication illicite ou au trafic illicite d'armes à feu ou de munitions.»

Cette proposition d'amendement recueille l'accord unanime de la commission.

[amendement]

Point 20 – article 28-1 nouveau

L'amendement proposé sous le point 19) entraîne la suppression du point 20.

Article 2

Cet article relatif à l'entrée en vigueur ne donne pas lieu à observation.

Le projet de lettre d'amendement sera transmis aux membres de la commission pour avis et à l'expiration d'un délai de deux jours, continué au Conseil d'Etat.

2. 6046 Projet de loi

portant:

1. approbation

a) de la Convention du Conseil de l'Europe pour la protection des enfants contre l'exploitation et les abus sexuels ouverte à la signature à Lanzarote les 25-26 octobre 2007

b) du Protocole facultatif à la Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant, concernant la vente d'enfants, la prostitution des enfants et la pornographie mettant en scène des enfants

2. modification de certains articles du Code pénal et du Code d'instruction

criminelle

M. le Rapporteur rappelle que la commission avait décidé d'abandonner la réserve et de supprimer partant l'article V entraînant de sorte l'obligation pour le Luxembourg d'incriminer la tentative de l'infraction de détenir ou de consulter des écrits, imprimés, images, photographies, films ou autres objets à caractère pornographique impliquant ou présentant des mineurs et la tentative de sollicitation d'enfants à des fins sexuelles.

Le Conseil d'Etat, dans son 2^{ème} avis complémentaire du 17 mai 2011, estime que la formulation d'une réserve à une convention internationale autant que l'abandon de celle-ci relève d'un choix de nature politique.

En ce qui concerne l'incrimination de la tentative précitée, il fait observer que «*la tentative est punie des mêmes peines que l'infraction consommée. [...] Le Conseil d'Etat s'interroge sérieusement sur les raisons qui amènent les auteurs de l'amendement à assimiler la tentative et l'infraction consommée.*»

L'orateur explique que le maintien des deux amendements parlementaires du 1^{er} avril 2011 (doc. parl. 6046⁶) nécessite, eu égard aux observations précitées du Conseil d'Etat, l'adoption de nouveaux amendements parlementaires. La procédure législative s'en trouve de nouveau allongée, alors que le projet de loi a été déposé le 25 mai 2009. L'adoption du projet de loi étant devenu entretemps urgente, compte tenu des engagements internationaux souscrits par le Luxembourg, il propose d'abandonner les deux amendements parlementaires précités du 1^{er} avril 2011. Cette vue est partagée par le Ministère de la Justice.

Le représentant du groupe politique DP prône pour le maintien des amendements du 1^{er} avril 2011 et insiste à prévoir l'incrimination de la tentative des deux infractions visées de manière à être conforme à la suggestion du Conseil d'Etat.

Le représentant du groupe politique déi gréng partage le même point de vue.

Soumise au vote, la proposition de M. le Rapporteur d'abandonner les deux amendements du 1^{er} avril 2011 recueille une majorité de 7 voix contre 3 voix (groupes politiques DP et déi gréng) et une abstention (Mme Lydie Err).

[pour le calcul du résultat du vote, il échet de noter qu'un membre de la commission a été excusé et n'a été pas représenté]

3. 5155 Projet de loi portant réforme du divorce

Mme le Rapporteur propose de revenir à l'article 240 du Code civil.

Article 240 - article 239 nouveau

Mme le Rapporteur propose de modifier le point 6 de l'article 240 de la manière suivante:

«6° une proposition de règlement des intérêts pécuniaires et patrimoniaux des époux qui contient un descriptif sommaire de leur patrimoine et précise les intentions du demandeur quant à la liquidation de la communauté ou de l'indivision, et, le cas échéant quant à la répartition des biens.»

L'oratrice explique que ce texte, inspiré de la législation française, oblige l'époux demandeur, dès l'introduction de la demande en divorce, à formuler une proposition quant à la liquidation et au partage des biens communs et indivis.

Ainsi, les époux sont incités, dès le dépôt de l'assignation en divorce, à entamer des pourparlers prospectifs aux fins de formuler un accord quant aux modalités de liquidation et de partage des biens communs ou indivis. Cette visée s'inscrit dans l'objectif principal du projet de loi qui vise à pacifier les relations entre les époux notamment pendant la durée de la procédure de divorce. De plus, la durée de la procédure de divorce pourrait se voir écourter et une plus grande place est accordée à la volonté des parties (cf. Dalloz Action, Droit de la famille, Assignation en divorce, n°132.154 et suivants)

La représentante du groupe politique LSAP fait observer que cette proposition de texte comporte l'avantage de faire débiter les discussions au sujet de la liquidation et du partage du patrimoine commun des époux dès l'introduction de la demande en divorce. Actuellement, ces discussions ne commencent en principe que dans une deuxième phase, après le prononcé du jugement de divorce.

Mme le Rapporteur précise que le point 6° proposé doit être lu en relation avec l'article 265, alinéa 3, nouveau dernier tiret (cf. ci-après) qui impose la déclaration de sincérité à chacun des époux.

Ledit point n°6 repose sur trois points saillants, à savoir (i) un descriptif sommaire du patrimoine des époux, (ii) les intentions du demandeur quant à la liquidation de la communauté et de l'indivision et (iii) la répartition des biens de la communauté et de l'indivision.

Le terme «*patrimoine*» vise tant le patrimoine propre des deux époux que leur patrimoine commun. L'inclusion du patrimoine propre des époux parmi les éléments du descriptif sommaire permet précisément à l'époux demandeur en divorce de pouvoir faire, en connaissance de cause, une proposition de règlement réelle.

L'oratrice, sur suggestion de certains membres de la commission, déclare vouloir faire les recherches nécessaires au sujet de l'application du texte français correspondant.

Articles 259 et 260 – articles 257 et 258 nouveaux

Ces articles ne donnent pas lieu à observation.

Section III.- Des effets du divorce quant aux époux

Le Conseil d'Etat propose, en ce qui concerne l'intitulé de la section, de remplacer les termes «*quant aux époux*» par ceux de «*pour les époux*».

La commission approuve cette proposition de texte.

Article 261 – article 259 nouveau

Ledit article n'appelle pas d'observation.

Article 262 – article 260 nouveau

Mme le Rapporteur propose d'amender l'article 262 – article 260 nouveau comme suit:

«**Art. 2620** . Le divorce est sans incidence sur les avantages matrimoniaux consentis par l'un des époux au profit de l'autre par contrat de mariage, à moins que ce dernier n'en dispose autrement.»

L'avantage matrimonial est le «*profit particulier qui résulte du fonctionnement du régime matrimonial pour un époux (désigné en personne ou comme survivant); traitement préférentiel qui, favorisant son bénéficiaire comme copartageant, n'est pas regardé par la loi commune une donation. [...] Ex. préciput, attribution de plus de la moitié de la communauté, communauté universelle, prélèvement moyennant indemnité sont des avantages matrimoniaux.*» (Vocabulaire juridique, page 507, Association Henri Capitant, PUF, 1987).

L'avantage matrimonial répond à un besoin d'équité en ce qu'il confère une certaine assise matérielle, notamment au profit du conjoint survivant.

L'article 262 actuel, dont le libellé résulte de la loi du 5 décembre 1978 (doc. parl. 1848), érige la perte des avantages matrimoniaux dans le chef de l'époux fautif en tant que conséquence de cette faute reconnue par le juge comme cause justifiant le divorce.

Le libellé proposé maintient la logique de l'article 262 tel qu'amendé par la Commission juridique, à savoir que le divorce est sans incidence sur les avantages matrimoniaux consentis par contrat de mariage, à moins que le contrat de mariage n'en dispose autrement. Ainsi, la volonté des parties est respectée.

En effet, rien n'empêche les époux à prévoir, par une clause spécifique dans leur contrat de mariage, que les avantages matrimoniaux consentis ne sont plus dus en cas de divorce.

Le représentant du groupe politique LSAP s'interroge s'il n'y a pas lieu de prévoir des dispositions transitoires, notamment en raison des modifications législatives importantes proposées.

La commission y reviendra ultérieurement.

Article 263 – article 261 nouveau

Mme le Rapporteur explique que l'article sous rubrique vise notamment les contrats d'assurances (assurance-vie) qui ne font pas partie de la masse des biens soumis aux opérations de liquidation et de partage.

L'article n'appelle pas d'observation.

Article 264 – article 262 nouveau

Ledit article ne donne pas lieu à observation.

Article 265 – article 263 nouveau

Le Conseil d'Etat fait observer que «*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.».

Mme le Rapporteur concède que l'application et la mise en œuvre des modalités préalables des sanctions pénales telles que prévues par la législation française ne sont pas sans soulever de nombreuses difficultés.

En ce qui concerne le régime de la sanction civile, il est renvoyé à l'article 60 du Nouveau code de procédure civile libellé comme suit:

«Art. 60. Les parties sont tenues d'apporter leur concours aux mesures d'instruction sauf au juge à tirer toute conséquence d'une abstention ou d'un refus.

Si une partie détient un élément de preuve, le juge peut, à la requête de l'autre partie, lui enjoindre de le produire, au besoin à peine d'astreinte. Il peut, à la requête de l'une des parties, demander ou ordonner, au besoin sous la même peine, la production de tous documents détenus par des tiers s'il n'existe pas d'empêchement légitime.»

Les sanctions pénales applicables sont principalement le faux et l'usage de faux (articles 193 à 226 du Code pénal).

Or, quelles que soient les peines susceptibles d'être encourues, la difficulté majeure réside dans l'obligation de rapporter la preuve positive. De plus, si on ignore tout simplement l'existence, dans le chef de l'autre époux, de ressources ou de revenus non renseignés, comment concevoir l'idée d'un régime des sanctions ?

La commission retient le principe d'un amendement en vue de prévoir le régime de la forme et du contenu de la déclaration de sincérité dans le Nouveau code de procédure civile.

Article 266- article 264 nouveau

Le Conseil d'Etat fait observer qu'«*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.

Enfin, 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.»

Mme le Rapporteur propose d'amender l'article 264 de la manière suivante à l'instar de la loi française:

«Art. 264.- L'un des époux peut être tenu de verser à l'autre une prestation destinée à compenser autant qu'il est possible, la disparité que la rupture du mariage crée dans leur situation respective en matière de pensions de retraite.

A cet effet, le juge prend en considération les conséquences des choix professionnels, faits par l'un des époux pendant la vie commune pour l'éducation des enfants et du temps qu'il faudra encore y consacrer ou pour favoriser la carrière de son conjoint au détriment de la sienne.»

L'oratrice explique que le nouveau libellé proposé, comme le texte amendé et avisé, part de l'hypothèse que le choix professionnel respectif des époux a fait l'objet d'un commun accord des époux..

Certains membres de la commission estiment que le texte initialement proposé était moins restrictif. De même, ils soulèvent la difficulté de rapporter la preuve du choix commun.

Le cas de figure où l'époux qui travaille à temps partiel afin de s'occuper des enfants communs et qui gagne un salaire supérieur à celui de l'autre époux qui travaille à plein temps est susceptible d'être couvert par la compensation de la «disparité que la rupture du mariage crée dans leur situation respective». Or, est-ce justifié et dans la lignée de l'intention de la Commission juridique; la question demeure entière.

La proposition de la Commission juridique, en ce qui concerne les droits en matière d'assurance pension, obéit au raisonnement que la somme de la cotisation sociale due à titre d'assurance pension est perçue sur le salaire de l'époux qui constitue un revenu pour la communauté alors qu'il s'agit d'une prestation d'ordre financier individuelle au seul bénéfice de cet époux.

Mme le Rapporteur lance l'idée de prévoir, au niveau du régime primaire, le paiement des cotisations pension vieilles du conjoint qui abandonne son travail pour se consacrer au ménage et à l'éducation des enfants.

Elle rappelle le courrier que la Commission juridique avait envoyé le 18 décembre 2010 à Monsieur le Premier Ministre demandant de connaître la prise de position du Gouvernement au sujet des deux options proposées par le Conseil d'Etat dans sons avis complémentaire du 16 juillet 2010 sur le rachat rétroactif des droits à pension, ainsi que de la proposition de la Commission juridique.

De source officieuse, il semblerait que la réponse du Gouvernement est en cours de finalisation. Il apparaît encore que le Gouvernement propose la mise en place d'un groupe de travail afférent.

Le Secrétaire,

Le Président,

Laurent Besch

Christine Doerner