

N° 5867⁵

CHAMBRE DES DEPUTES

Session ordinaire 2011-2012

PROJET DE LOI

relatif à la responsabilité parentale

* * *

AVIS DE LA CHAMBRE DES SALARIES

(15.12.2011)

Eu égard à l'importance du projet de loi sous rubrique et de ses implications sur d'autres branches de droit, la Chambre des salariés a décidé de rendre un avis y relatif.

La CSL regrette d'ailleurs vivement que le législateur n'ait pas jugé utile de la saisir pour avis.

1. Le projet a pour objet de réformer l'autorité parentale relativement à la personne et aux biens de l'enfant.

1. Situation actuelle et objet du projet de loi

2. L'autorité parentale constitue l'ensemble des droits et obligations conférés aux père et mère sur la personne et sur les biens de leur enfant mineur pour le protéger dans sa sécurité, sa santé et sa moralité. Elle est le corollaire du droit et du devoir de garde, de surveillance et d'éducation.

Pendant le mariage, les père et mère exercent en commun l'autorité parentale. Si les père et mère sont divorcés ou séparés de corps, l'autorité parentale est en principe exercée par celui d'entre eux auquel le tribunal a confié la garde de l'enfant suite à un divorce ou à une séparation de corps, sauf le droit de visite et de surveillance de l'autre.

Quant à l'enfant naturel né hors du mariage de ses parents, la garde est accordée à la mère de l'enfant, sauf si père et mère optent pour la garde conjointe via une déclaration commune.

3. Selon les auteurs du projet de loi, il importe de réformer la législation relative à l'autorité parentale pour plusieurs raisons:

- le mariage est entré en concurrence avec d'autres formes d'unions. Or, le droit de l'autorité parentale a été organisé autour du mariage. Ce contexte se trouve donc aujourd'hui entièrement modifié. En outre, le fait que l'Europe ne comporte plus les frontières intérieures de jadis, que les familles mêlent parfois les nationalités et cela d'autant plus facilement que les carrières professionnelles sont volontiers entreprises à l'étranger, que les mères travaillent comme les pères, qu'évolue à la hausse le nombre des séparations parentales suivies ou non de reconstitution familiale emportant la fondation d'une nouvelle famille en mariage ou hors mariage avec un conjoint ou un partenaire qui est de même nationalité ou non, que les grands-parents vivent jusqu'à un âge plus reculé et soient prêts à être associés à l'éducation voire à la prise en charge matérielle de leurs petits-enfants et notamment à l'occasion d'une séparation entre père et mère, qu'on constate une maturité plus développée chez les jeunes gens, voilà quelques facteurs qui contribuent à modifier plus ou moins substantiellement le contexte de la réflexion sur la responsabilité parentale de nos jours;
- les principes d'égalité entre homme et femme, entre le père et la mère, entre les enfants nés en mariage ou hors mariage, ou le droit pour chacun à une vie privée et familiale, ou encore le droit pour l'enfant d'entretenir des relations personnelles avec chacun de ses père et mère constituent des raisons d'ordre juridique pour réformer la législation relative à l'autorité parentale;
- c'est dans les textes internationaux assurant la promotion des valeurs démocratiques et la protection des droits de l'homme que s'est trouvé originairement affirmé le principe juridique de la responsa-

bilité éducative commune des deux parents. Le 8 juillet 1986, le Parlement européen a voté une résolution dans laquelle il fait appel aux tribunaux des pays membres, de veiller avant tout au bien-être des enfants principalement lors de l'attribution de la garde de ceux-ci et d'assurer la coresponsabilité des parents dans l'éducation des enfants même après la séparation des parents en recourant le plus possible à la garde conjointe. Depuis la proclamation de la Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant signée à New York le 20 novembre 1989, un droit commun de l'enfance a été fondé incluant l'écoute de l'enfant. Cette convention a été approuvée par la loi du 20 décembre 1993 au Luxembourg.

2. Le projet de loi

4. En considération de ce qui précède, le Gouvernement entend prendre en considération autant le père que la mère, sans omettre l'enfant, chacun pour lui-même et tous ensemble pour la famille qu'ils forment. Il s'agira donc de préserver les liens et les relations entre l'enfant et chacun de ses père et mère, y compris après la rupture quand ceux-ci avaient eu une vie commune en mariage ou en concubinage.

Il s'agit par conséquent de consacrer l'exercice en commun de la responsabilité parentale par les père et mère, que la famille soit fondée sur le mariage ou non et par-delà la rupture du couple le cas échéant. Les père et mère sont et demeurent parents autant l'un que l'autre et peu importe qu'ils soient ou aient été mariés ou non. Ils partagent l'autorité et la responsabilité liées à la paternité et à la maternité.

Il s'agit de rechercher autant que possible un équilibre dans la participation de chacun des père et mère à l'exercice de la responsabilité parentale et ceci en vertu du principe de l'égalité parentale et du principe de non-discrimination.

5. Le projet de loi introduit aussi le concept de résidence alternée.

6. Le Titre IX „De l'autorité parentale“ du Livre I du Code civil sera dénommé „Titre IX. – De la responsabilité parentale“. Les nouveaux articles 371 et suivants remplaceront les actuels.

Le Gouvernement entend en effet aligner les termes de la législation luxembourgeoise sur ceux de la législation européenne qui utilise l'expression „responsabilité parentale“. L'expression „responsabilité parentale“, qui s'inspire de la Convention relative aux droits de l'enfant, est ainsi substituée à celle „d'autorité parentale“. Cette notion a également déjà été utilisée par la Convention de La Haye de 1996 sur la protection des enfants.

Le Gouvernement s'est inspiré dans le présent projet dans une large mesure de la législation française en vigueur en matière de responsabilité parentale, aussi bien quant à la structure que quant au contenu, tout en maintenant certaines dispositions spécifiques au droit luxembourgeois.

7. La responsabilité parentale est définie comme étant l'ensemble des droits et devoirs, ayant pour finalité l'intérêt de l'enfant, conférés à une personne physique ou une personne morale sur la base d'une décision judiciaire, d'une attribution de plein droit ou d'un accord en vigueur, à l'égard de la personne ou des biens d'un enfant. Il comprend notamment le droit de garde et de visite. Les parents associent l'enfant à la prise de décision le concernant en fonction de son âge et de son degré de maturité.

Les auteurs du projet proposent de donner une nouvelle définition de la responsabilité parentale. Le but est de rappeler à chacun des parents ses droits et ses devoirs découlant de la responsabilité parentale et leur finalité, qui réside dans l'intérêt de l'enfant.

La nouvelle définition permet de mettre en application l'article 18 de la Convention internationale des droits de l'enfant qui dispose que: „La responsabilité d'élever l'enfant et d'assurer son développement incombe au premier chef aux parents ou, le cas échéant, à ses représentants légaux. Ceux-ci doivent être guidés avant tout par l'intérêt supérieur de l'enfant“.

La responsabilité parentale est ainsi définie comme un ensemble de droits et de devoirs attribués aux parents pour protéger ce dernier. Cette notion de responsabilité parentale englobe non seulement les droits qu'ont les parents vis-à-vis de leurs enfants, mais également les obligations qu'ils ont à leur égard.

Le droit de garde peut être défini comme les droits et obligations portant sur les soins de la personne d'un enfant, et en particulier le droit de décider de son lieu de résidence. Il s'agit en l'occurrence de la prise en charge de l'enfant, d'assurer ses soins, mais aussi et surtout de vivre auprès de l'enfant et d'entretenir avec lui une relation d'attachement.

Cette fonction implique que le parent qui exerce la responsabilité parentale prenne, dans la vie quotidienne de l'enfant, les décisions éducatives qui sont liées à la présence de l'enfant chez lui ou auprès de lui.

Le devoir de protection de la sécurité de l'enfant permet aux parents de déterminer le lieu où il vivra. L'enfant est, en principe, domicilié à la résidence de ses père et mère.

Parmi les droits et obligations des parents figure le devoir d'éducation qui consiste à prendre les décisions importantes relatives à l'entretien, l'éducation et la formation de l'enfant, c'est-à-dire les décisions qui ne sont pas liées à la vie quotidienne de l'enfant et qui ne se rattachent dès lors pas à l'exercice de la garde de l'enfant.

Le droit de visite est défini au niveau européen comme le droit d'emmener l'enfant pour une période déterminée dans un lieu autre que celui de sa résidence habituelle.

En ce qui concerne le principe demandant aux parents d'associer l'enfant aux décisions le concernant en fonction de son âge et de sa maturité, cette disposition s'inspire directement de l'article 12 de la Convention internationale des droits de l'enfant, qui oblige les Etats parties à garantir „à l'enfant qui est capable de discernement, le droit d'exprimer librement son opinion sur toute question l'intéressant, les opinions de l'enfant étant dûment prises en considération eu égard à son âge et à son degré de maturité“. Elle est à rapprocher de l'article 388-1 du code civil, qui prévoit que le mineur capable de discernement peut être entendu par le juge dans toute procédure le concernant.

Les auteurs du texte affirment ainsi l'exigence d'une mise en oeuvre, au sein de la famille, d'une „démocratie parentale“: les décisions qui concernent l'enfant capable de discernement doivent, dans la mesure du possible, recueillir son adhésion.

8. Chacun des parents contribue à l'entretien et à l'éducation des enfants à proportion de ses ressources, de celles de l'autre parent, ainsi que des besoins de l'enfant. Cette obligation ne cesse pas de plein droit lorsque l'enfant est majeur.

L'obligation pour les parents de contribuer financièrement à l'entretien et à l'éducation des enfants est ainsi expressément prévue par le nouveau texte.

A l'heure actuelle, l'obligation des parents de contribuer à l'entretien et à l'éducation des enfants n'est prévue de manière explicite que dans le cadre de la famille „légitime“ issue des liens du mariage. Elle figure à l'article 203 du code civil selon lequel: „les époux contractent ensemble, par le fait seul du mariage, l'obligation de nourrir, entretenir et élever leurs enfants“. L'article 213 du code civil prévoit, en outre, que les époux concourent „à élever les enfants et à préparer leur établissement“. En application de l'article 214, les époux doivent contribuer à cette charge à proportion de leurs facultés respectives, sauf disposition contraire d'une convention matrimoniale. La jurisprudence a élargi cette obligation aux parents d'enfants nés hors mariage, étant donné qu'ils sont sur un pied d'égalité avec les enfants nés dans le mariage dans leur rapport avec les père et mère.

Dans le cadre du divorce, les articles 303, respectivement 303-1 du code civil prévoient déjà que les père et mère sont tenus de contribuer à l'entretien et à l'éducation des enfants à proportion de leurs ressources, même si les enfants sont majeurs, en cas d'études en cours ou en cas d'infirmité.

Le Gouvernement a ici entendu généraliser l'obligation de contribuer à l'entretien et à l'éducation à tous les père et mère, quel que soit leur statut, qu'ils soient mariés ou non, séparés ou non.

Cette obligation de contribuer à l'entretien et à l'éducation n'est pas liée à l'exercice de la responsabilité parentale, mais au fait d'être parent. La jurisprudence assigne aux parents le devoir de continuer à poursuivre le financement des études de leurs enfants, à proportion de leurs moyens. Les juridictions vérifient cependant le caractère sérieux des études poursuivies et les possibilités réelles qu'elles offrent de procurer effectivement une profession à l'enfant.

9. L'enfant ne peut quitter la maison familiale sans la permission de ses père et mère et il ne peut en être retiré que dans les cas de nécessité que détermine la loi.

Cette disposition reprend partiellement la philosophie de l'actuel article 373, sauf que les termes „maison paternelle“ sont remplacés par les termes „maison familiale“. En effet, la loi du 6 février 1975

ayant aboli la puissance paternelle et ayant consacré l'autorité parentale commune pendant le mariage, ce changement de terminologie s'impose.

Il a en outre été jugé nécessaire de préciser que l'enfant ne peut être retiré de la maison familiale que dans les cas déterminés par la loi.

10. L'enfant a le droit d'entretenir des relations personnelles avec ses ascendants. Seul l'intérêt de l'enfant peut faire obstacle à ce droit. A défaut d'accord des parents et si l'intérêt de l'enfant l'exige, le juge des tutelles fixe les modalités des relations entre l'enfant et un tiers, parent ou non.

Le droit d'entretenir des relations avec les grands-parents existe déjà sous la législation actuelle, mais l'accent est mis actuellement sur l'interdiction faite aux parents de l'enfant de faire obstacle à de telles relations, sauf à invoquer l'intérêt de l'enfant.

Suivant le commentaire des articles du projet, il est indéniable qu'il est bénéfique pour l'enfant de fréquenter ses ascendants dans la mesure où ceux-ci représentent un élément de stabilité important lors de la séparation des parents et ont un rôle actif à jouer dans l'éducation de l'enfant. Eu égard aux tendances actuelles aux familles recomposées, le Gouvernement estime que des conjoints non parents accomplissent de fait des actes quotidiens relatifs à l'éducation de l'enfant.

De ce fait le juge pourra fixer les modalités des relations avec un tiers, parent ou non en fonction de l'intérêt de l'enfant. Le juge restera, en tout état de cause, maître de la constatation de cet intérêt.

11. Le projet de loi fixe le principe que les père et mère exercent en commun la responsabilité parentale.

Toutefois, lorsque la filiation est établie à l'égard de l'un des parents plus d'un an après la naissance de l'enfant dont la filiation est déjà établie à l'égard de l'autre parent, celui-ci reste seul investi de l'exercice de la responsabilité parentale. Il en est de même lorsque la filiation est judiciairement déclarée à l'égard du second parent de l'enfant. La responsabilité parentale pourra néanmoins être exercée en commun en cas de déclaration conjointe des père et mère devant le juge des tutelles.

Actuellement les règles d'attribution de la responsabilité parentale varient selon la situation matrimoniale des parents, c'est-à-dire selon que la filiation établie est légitime ou naturelle.

Dans ce dernier cas, même si le père et la mère ont reconnu l'un et l'autre l'enfant, la mère a le monopole de la responsabilité parentale et le père nécessite le consentement de la mère qui se traduit par une déclaration conjointe devant le juge des tutelles pour pouvoir exercer la responsabilité parentale sur son enfant. D'où une inégalité entre parents que la Cour Constitutionnelle avait condamnée dans un arrêt du 29 mars 1999 comme non conforme au principe d'égalité inscrit à l'article 11(2) de la Constitution.

Dorénavant la loi posera donc le principe que la responsabilité parentale soit exercée en commun par les père et mère, quelque soit leur condition juridique.

Les deux exceptions se justifient par le désintérêt pour l'enfant que semble montrer une reconnaissance tardive ou une déclaration judiciaire de la filiation en l'absence de reconnaissance volontaire.

12. Le projet précise ensuite qu'à l'égard des tiers de bonne foi, chacun des parents est réputé agir avec l'accord de l'autre, quand il fait seul un acte usuel de la responsabilité parentale relativement à la personne de l'enfant.

Ces dispositions reprennent celles de l'actuel article 375-2 du code civil. Sauf que les termes „chacun des époux“ sont remplacés par les termes „chacun des parents“. Ainsi même en l'absence de vie commune, cette présomption de droit d'agir s'applique à tous les parents, qu'ils soient mariés ou non, divorcés ou séparés, exerçant la responsabilité parentale commune.

En principe, les décisions relatives à la responsabilité parentale doivent être prises en commun.

Les auteurs du projet précisent dans le commentaire des articles que, dans l'exercice quotidien de la responsabilité parentale, lorsque les père et mère vivent ensemble, chacun est présumé agir avec l'accord de l'autre quand il accomplit seul un „acte usuel“ relatif à la personne de l'enfant. Il s'agit d'actes de faible gravité relatifs à la vie quotidienne du mineur (vie scolaire, loisirs, soins médicaux et interventions chirurgicales bénignes, ...). Le devoir d'information envers l'autre parent subsiste néanmoins. Ainsi, même si l'n'est pas nécessaire d'informer ce parent sur tous les détails des actes de la vie courante, il n'en demeure pas moins qu'il devra être tenu au courant de la plupart des actes concernant la vie quotidienne de l'enfant.

En ce qui concerne les actes non usuels soumis au consentement des deux parents, il s'agit des actes qui engagent l'avenir de l'enfant et en ce sens doivent être pris d'un commun accord. Ceci surtout parce que dorénavant, même en cas de séparation des parents, la responsabilité parentale est exercée en commun et qu'il y aurait une certaine contradiction à laisser un parent décider seul d'actes importants relatifs à l'avenir de l'enfant.

13. Le texte précise qu'est privé de l'exercice de la responsabilité parentale le père ou la mère qui est hors d'état de manifester sa volonté, en raison de son incapacité, de son absence ou de toute autre cause.

Le Gouvernement s'est ici inspiré des dispositions françaises en la matière en rendant le libellé de l'actuel article 376 plus simple. Le Gouvernement estime que certains motifs justifient la perte de l'exercice de la responsabilité parentale, mais une énumération limitative lui semble inadaptée de nos jours.

La notion d'éloignement est éliminée comme cas justifiant la perte de l'exercice de la responsabilité parentale. Compte tenu en effet des moyens modernes de communication, cette situation ne devait pas entraîner une perte automatique de l'exercice de l'autorité parentale.

14. Si l'un des père et mère décède ou se trouve privé de l'exercice de la responsabilité parentale, l'autre l'exerce seul.

Cette disposition reprend l'esprit de l'actuel article 377 alinéa 1, tout en modifiant l'expression „l'exercice de l'autorité parentale est dévolue en entier à l'autre“ par une terminologie plus moderne.

15. La séparation des parents est sans incidence sur les règles de dévolution de l'exercice de la responsabilité parentale. Chacun des père et mère doit maintenir des relations personnelles avec l'enfant et respecter les liens de celui-ci avec l'autre parent.

Les auteurs du projet posent ici le principe que la séparation des parents est sans incidence sur les règles de dévolution de la responsabilité parentale, non seulement lorsqu'il s'agit d'un divorce, mais aussi lorsqu'il s'agit d'une séparation entre parents non mariés, partenaires ou concubins. Ainsi, tous les parents sont concernés par ce principe, qu'ils aient été mariés ou non.

Le Gouvernement a donc prévu un droit commun de la séparation parentale, à savoir un régime uniforme qui règle la question de l'exercice de la responsabilité parentale sur l'enfant de parents séparés, que ceux-ci aient été mariés ou non.

Selon les auteurs du projet il s'agit d'une avancée importante en ce qui concerne l'égalité des familles. Après la séparation des parents, en écho avec la Convention internationale des droits de l'enfant (*article 9-3*), est affirmé le droit de l'enfant au maintien des liens avec ses deux parents, ceux-ci ayant la responsabilité de favoriser ce maintien.

Le projet de loi part du principe selon lequel l'exercice en commun de la responsabilité parentale est, en général, conforme à l'intérêt de l'enfant.

Au-delà de l'exercice de la responsabilité parentale, le maintien des liens de l'enfant avec ses deux parents séparés doit être favorisé par les père et mère, chacun devant respecter les liens de l'enfant avec l'autre parent. Cette règle s'impose non seulement au parent avec lequel réside l'enfant, mais aussi au parent qui ne vit pas avec l'enfant ou qui n'exerce pas la responsabilité parentale.

Ainsi, le changement de résidence de l'un des parents, dès lors qu'il est susceptible de modifier l'exercice de la responsabilité parentale, s'il n'est pas subordonné à l'accord de l'autre parent, doit néanmoins être communiqué en temps utile à l'autre parent.

16. Si l'intérêt de l'enfant le commande, le juge compétent peut confier l'exercice de la responsabilité parentale à l'un des deux parents.

L'exercice du droit de visite et d'hébergement ne peut être refusé à l'autre parent que pour des motifs graves. Ce parent, privé de l'exercice de la responsabilité parentale, conserve le droit et le devoir de surveiller l'entretien et l'éducation de l'enfant. Il doit être informé des choix importants relatifs à la vie de ce dernier. Il doit respecter l'obligation de contribuer à l'entretien et l'éducation de l'enfant à proportion de ses ressources, de celles de l'autre parent ainsi que des besoins de l'enfant.

Ce qui est à ce jour le principe en cas de séparation des parents, à savoir l'exercice exclusif de la responsabilité parentale par un seul parent et le droit de visite et de surveillance accordé à l'autre, devient dorénavant l'exception.

Ce n'est que si l'intérêt de l'enfant le commande que le juge compétent attribue l'exercice de la responsabilité parentale à un seul des parents.

Suivant le commentaire des articles les situations familiales suivantes justifiant l'exercice de la responsabilité parentale par un seul parent sont envisageables:

- un des parents éprouve des difficultés sérieuses (état dépressif, fragilité psychologique, maladie mentale) ou montre des carences graves (maltraitance, désintéressement de l'enfant) dans l'exercice de ses responsabilités parentales;
- il peut y avoir un état provisoirement irréductible de conflit entre les parents, de sorte que les parents se trouvent systématiquement en désaccord à propos de leurs enfants empêchant ainsi l'un ou l'autre parent de prendre les décisions qui s'imposent à propos de la personne ou des biens de l'enfant. Il appartiendra au juge de confier l'exercice des prérogatives de la responsabilité parentale à celui des deux parents qui paraîtra le moins déraisonnable dans la gestion du conflit;
- il faudra protéger, dans l'intérêt de l'enfant, les mères qui seraient confrontées à des pères qui, davantage soucieux d'imposer leur autorité que de prendre réellement en charge l'éducation de leurs enfants, pourraient revendiquer l'exercice conjoint de la responsabilité parentale comme un moyen de retrouver, à l'égard de leur ex-épouse ou ex-compagne, un pouvoir qu'ils ne supporteraient toujours pas d'avoir perdu;
- enfin, il y a des cas de défaillance ou de démission d'un des parents qui laissera spontanément la pleine responsabilité à l'autre des parents.

Dans ces cas d'exercice exclusif de la responsabilité parentale, le parent titulaire exclusif de la responsabilité parentale prend seul les décisions concernant la personne de l'enfant et le parent, qui n'exerce pas la responsabilité parentale, continue d'exercer certaines prérogatives de la responsabilité parentale. Il est titulaire d'un droit de visite et d'hébergement qui ne peut lui être refusé que pour des motifs graves. Ce droit de visite et d'hébergement implique pour le parent n'exerçant pas la responsabilité parentale un droit d'hébergement de l'enfant, mais aussi un droit de continuer à communiquer avec son enfant, pendant les périodes où il séjourne chez l'autre parent. Ce droit de communiquer signifie à la fois un droit de correspondre avec l'enfant, par écrit ou par téléphone, et un droit de rencontrer l'enfant. Le juge peut ainsi aménager une ou plusieurs possibilités pour ce parent de communiquer avec son enfant en dehors des périodes dites d'hébergement de l'enfant. Pour priver un parent de ses droits parentaux, il faut que la mesure prise par le juge réponde à une exigence primordiale touchant à l'intérêt supérieur de l'enfant.

Le droit de surveiller l'entretien et l'éducation de l'enfant appartient au parent n'exerçant pas la responsabilité parentale et n'a pas à être demandé au juge. Suivant le commentaire des articles des tiers, sous réserve du respect des règles du secret professionnel, ne peuvent s'abstenir de transmettre à ce parent titulaire du droit de surveillance qui les contacte ou les interroge les informations dont ils disposent eux-mêmes. Tel par exemple au directeur de l'école ou au professeur de l'enfant qui ne pourront pas refuser de lui communiquer par écrit les renseignements utiles à la scolarité de l'enfant (calendrier, options agenda et horaire des activités, bulletins et appréciation des professeurs) ou de le rencontrer pour répondre à ses questions.

17. 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 une convention entre parents homologuée par le juge compétent ou, à défaut, par le juge compétent.

Lorsque les parents vivent ensemble avec l'enfant, l'obligation parentale d'entretien est, en principe, exécutée en nature. Par contre, elle est exécutée en valeur et prend la forme d'une pension alimentaire en cas de séparation des parents ou en cas de départ de l'enfant du foyer.

A la suite de la séparation des parents, la pension alimentaire est à la charge du parent qui n'exécute plus en nature son obligation d'entretien. Elle est versée au parent qui assume la charge de l'enfant.

Lorsque l'enfant a été confié à un tiers, c'est à celui-ci que sera versée la pension alimentaire.

Le versement d'une pension alimentaire n'est pas exclu dans le cadre d'une résidence de l'enfant fixée en alternance au domicile de chacun des parents, même en cas d'alternance paritaire.

18. 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.

Le parent qui assume la charge de l'enfant majeur à titre principal a la faculté de demander à l'autre parent de contribuer financièrement à l'entretien et à l'éducation de l'enfant. En cas de séparation des parents ou en cas d'exercice unilatéral de la responsabilité parentale, il est du devoir de chacun des parents de subvenir aux besoins de l'enfant, même majeur. L'entretien et l'éducation de l'enfant majeur continue donc d'être une obligation pour le parent, même s'il n'assume pas à titre principal la charge de l'enfant. En outre, il est permis aux parents ou au juge de décider que tout ou partie de cette contribution soit versée entre les mains de l'enfant majeur.

19. En cas d'accord des parents sur le choix de la résidence de l'enfant, celle-ci peut être fixée dans la convention soumise à homologation en alternance au domicile de chacun des parents ou au domicile de l'un d'eux.

Toutefois, en cas de désaccord entre les parents sur le choix de la résidence de l'enfant, le juge fixe la résidence habituelle de l'enfant au domicile de l'un d'eux en tenant compte de l'intérêt de l'enfant.

Les parents ont donc la possibilité de choisir la résidence en alternance au domicile de chacun des parents ou bien de fixer la résidence au domicile de l'un d'eux.

La rédaction de cet article permet d'inscrire le principe de la résidence alternée dans la loi, ce qui n'est en fait qu'une application concrète du principe de coparentalité.

La résidence alternée ne sera donc possible que de l'accord des deux parents. Les auteurs du projet expliquent que pendant longtemps la résidence alternée était considérée avec réticence. Cette approche était principalement fondée sur le fait que l'autorité parentale, notion d'ordre public, ne pouvait „changer de tête“, en fonction de la personne ayant la responsabilité de la garde. La généralisation de l'exercice en commun de la responsabilité parentale et la distinction entre garde et la responsabilité parentale fait tomber cet argument.

La résidence alternée n'impose pas un partage strictement égal du temps de résidence de l'enfant au domicile de chacun des parents, mais permet également des formules souples correspondant aux actuels „droits de visite“ élargis. Le système peut donc fonctionner en alternance non paritaire.

Selon le commentaire des articles le Gouvernement est conscient des avantages et des inconvénients que comporte le choix de la résidence alternée pour un enfant. Afin de garantir que le mode de résidence alternée puisse être vécu de manière optimale par l'enfant et par ses parents, il convient de préciser dans la convention les conditions exactes de cette résidence alternée.

Le juge vérifiera que les conditions nécessaires à la fixation d'une résidence alternée sont remplies: il faut que cette résidence alternée corresponde à l'intérêt de l'enfant et qu'il y ait proximité des résidences des deux parents et une bonne entente entre eux.

En effet, l'enfant doit rester en mesure de rejoindre facilement son école, la résidence alternée ne pouvant en aucun cas impliquer la fréquentation de deux écoles.

De plus, un mode de résidence alternée irrégulier ou changeant tous les jours de la semaine serait difficilement concevable et d'ailleurs douteux du point de vue de l'intérêt de l'enfant. Par contre, un mode permettant à l'enfant de vivre avec l'un des parents pendant les jours de classe et avec l'autre en dehors des jours de classe ou le week-end pourrait être envisageable.

En ce qui concerne le cas de parents dont l'un, à la suite d'une séparation, déménage à l'étranger, il convient de se poser la question si une résidence alternée d'une année sur deux auprès de l'un des parents peut être une solution acceptable pour l'enfant. La doctrine et la jurisprudence étrangères sont partagées sur ces questions.

En cas de désaccord entre les parents quant au choix de cette résidence de l'enfant, le juge aura à fixer la résidence habituelle de l'enfant. Il fixera la résidence, au vu de l'intérêt de l'enfant, au domicile de l'un d'eux.

20. A l'effet de faciliter la recherche par les parents d'un exercice consensuel de la responsabilité parentale, le juge peut leur proposer une mesure de médiation et, après avoir recueilli leur accord, désigner un médiateur familial pour y procéder. Il peut leur enjoindre de rencontrer un médiateur familial qui les informera sur l'objet et le déroulement de cette mesure.

L'usage de la médiation familiale pour résoudre les conflits entre parents restera un acte volontaire, mais l'information sur l'objet et le déroulement de la mesure de médiation par le médiateur peut être obligatoire.

21. Lorsqu'il se prononce sur les modalités d'exercice de la responsabilité parentale, le juge prend en considération:

- la pratique que les parents avaient précédemment suivie ou les accords qu'ils avaient pu antérieurement conclure;
- les sentiments exprimés par l'enfant mineur;
- l'aptitude de chacun des parents à assumer ses devoirs et respecter les droits de l'autre;
- le résultat des expertises éventuellement effectuées, tenant compte notamment de l'âge de l'enfant;
- les renseignements qui ont été recueillis dans les éventuelles enquêtes et contre-enquêtes sociales prévues.

Suivant le commentaire des articles du projet la liste précitée n'est pas limitative.

Avant toute décision fixant les modalités d'exercice de la responsabilité parentale et du droit de visite ou confiant les enfants à un tiers, le juge peut, comme à ce jour, donner mission à toute personne qualifiée d'effectuer une enquête sociale. Celle-ci a pour but de recueillir des renseignements sur la situation de la famille et les conditions dans lesquelles vivent et sont élevés les enfants.

Si l'un des parents conteste les conclusions de l'enquête sociale, une contre-enquête peut à sa demande être ordonnée. L'enquête sociale ne peut d'ailleurs être utilisée dans le débat sur la cause du divorce.

3. Les interrogations que suscite le projet de loi

22. Le projet de loi prévoit la possibilité de la résidence alternée des enfants au domicile de chacun des parents. Cette hypothèse pose plusieurs questions:

➤ *La question du domicile de l'enfant*

23. Qu'en sera-t-il alors de la domiciliation de l'enfant? Pourra-t-il être déclaré aux deux adresses? Le projet de loi n'est pas très clair à ce sujet. En ce qui concerne le domicile de l'enfant, l'article 108 du Code civil est modifié pour préciser dorénavant que le mineur non émancipé est domicilié chez ses père et mère. Si les père et mère ont des domiciles distincts, il est domicilié chez celui des parents avec lequel il réside. Faut-il en conclure que s'il réside chez les deux, en cas de responsabilité parentale partagée des parents séparés, il pourra être domicilié chez les deux? Le commentaire des articles du projet quant à lui n'est pas clair. Il y est précisé: „En cas de domiciles distincts des parents, le domicile de l'enfant mineur sera fixé au domicile du parent chez lequel il réside. Ceci peut être le cas par exemple s'il y a séparation des parents exerçant la responsabilité parentale conjointe et si le domicile de l'enfant a été fixé en alternance chez l'un ou l'autre des parents.“ La dernière phrase n'est pas compréhensible: en cas de résidence alternée, l'enfant réside par définition à deux endroits différents. La question de savoir si dans ce cas il est domicilié auprès des deux parents n'est pas tranchée par le projet de loi. La CSL demande au législateur de légiférer clairement sur ce point.

➤ *L'effet sur les allocations familiales*

24. L'article 273 du Code de la Sécurité sociale dispose que les allocations familiales sont versées à celui des parents qui a la garde effective de l'enfant.

On peut lire sur le site internet de la Caisse Nationale des Prestations Familiales (www.cnpf.lu) que aussi longtemps que l'enfant est mineur, les allocations familiales sont, d'une manière générale, versées au gardien, c'est-à-dire lorsque:

- l'enfant est élevé dans le ménage commun des parents: au choix des parents, à celui d'entre eux qui est désigné sur la demande. Au cas où les parents n'ont rien spécifié, elle est versée au père;

- les parents vivent séparés ou sont divorcés: à celui qui a la garde effective de l'enfant;
- l'enfant est placé dans une institution ou auprès de particuliers: à l'institution ou à la personne qui a recueilli l'enfant.

Dans l'hypothèse où dans l'optique du projet de loi, on ne parlera plus de garde de l'enfant, mais de responsabilité parentale qui sera en principe exercée par les deux parents en commun, même en cas de séparation des parents, l'article 208 susmentionné devra être adapté.

La CNPF devra en effet savoir à qui attribuer les prestations familiales.

Se pose en outre la question de la détermination du groupe familial afin de pouvoir déterminer le montant des allocations familiales.

Suivant la CNPF le groupe familial est déterminé en premier lieu par le lien de filiation.

Les enfants suivants appartiennent de plein droit au groupe familial d'une personne:

- ses enfants légitimes et légitimés;
- ses enfants adoptifs en vertu d'une adoption plénière; (ces deux catégories d'enfants sont seules à garder leurs droits au titre du groupe familial d'origine lorsqu'ils sont séparés)
- ses enfants naturels reconnus et qui vivent dans son ménage;
- ses enfants adoptifs en vertu d'une adoption simple qui vivent dans son ménage;
- les enfants du conjoint ou du partenaire au sens de l'article 2 de la loi du 9 juillet 2004 relative aux effets légaux de certains partenariats qui vivent dans son ménage;
- ses petits-enfants qui vivent dans son ménage, lorsqu'ils sont orphelins ou que les parents ou celui d'entre eux qui en a la garde effective sont incapables au sens de la loi.

Les enfants suivants peuvent être admis par la CNPF comme appartenant au groupe familial d'une personne:

- les enfants dont le demandeur/la demanderesse est tuteur/tutrice et qui vivent dans son ménage;
- les enfants dont la garde a été confiée au demandeur/à la demanderesse d'une façon durable par décision judiciaire ou administrative pour une durée d'au moins une année et qui vivent dans son ménage.

Les enfants suivants n'appartiennent pas au groupe familial d'une personne:

- ses enfants naturels qui ne vivent pas dans son ménage même s'ils sont reconnus par elle;
- les enfants du conjoint qui ne vivent pas dans le ménage du demandeur/de la demanderesse;
- les enfants dont le demandeur/la demanderesse est le tuteur/la tutrice et qui ne vivent pas dans son ménage;
- les enfants dont la garde n'a été confiée au demandeur/à la demanderesse qu'à titre provisoire pour une durée inférieure à une année, même s'ils vivent dans son ménage;
- les enfants du concubin/de la concubine qui ne sont pas les enfants du demandeur/de la demanderesse, même s'ils vivent dans son ménage.

Ainsi un enfant qui réside sur base de la future responsabilité parentale partagée de ses parents de manière alternée chez ses deux parents, est-ce que les deux parents pourront revendiquer cet enfant comme faisant partie de leur groupe familial?

Les difficultés relatives au groupe familial se trouvent encore amplifiées par le boni pour enfant (voir par la question de la modération d'impôt) ou encore les chèques services accueil. Ces derniers dépendent directement du groupe familial d'une famille.

Le cas échéant l'article 270 du Code de la Sécurité sociale traitant du groupe familial devra aussi être adapté.

En tout état de cause il appartient au législateur de régler ces problèmes dans la future loi tout en prenant soin d'éviter que les citoyens subissent une perte pécuniaire du fait des nouvelles dispositions, perte qui pourrait par exemple résulter du fait que l'enfant change de groupe familial: prenons l'exemple de deux enfants qui dans le cadre de la séparation de leurs parents sont séparés et se retrouvent l'un tout seul avec un parent et l'autre dans un nouveau groupe familial de trois enfants avec l'autre parent, ce parent vivant dorénavant avec un autre adulte qui a aussi deux enfants. Dans ce cas le premier enfant qui vit seul avec un des parents touchera des pres-

tations familiales moins élevées que le second qui vit dorénavant dans un groupe familial de trois enfants. De même si deux enfants d'un couple résident après la séparation de leurs parents chacun avec un des parents, ils se retrouvent tous les deux dans un groupe familial composé d'un seul enfant alors qu'avant ils appartenaient à un groupe familial de deux enfants, ce qui entraîne une perte au niveau du montant des allocations familiales.

Se posera en outre la question de savoir si un partage des allocations familiales devra être organisé par la loi? Signalons à ce titre que la France, qui prévoit aussi la résidence alternée de l'enfant en cas de séparation des parents, permet un partage des allocations.

On peut lire sur le site internet de la Caisse des allocations familiales française:

„Parents séparés ou divorcés, si vous avez un ou plusieurs enfants en résidence alternée, vous pouvez opter pour le partage des allocations familiales.

D'un commun accord, vous pouvez donc

- soit désigner celui des deux parents qui sera le bénéficiaire pour toutes les prestations,
- soit choisir le partage des allocations familiales et désigner un bénéficiaire pour les autres prestations.

Le choix est fait pour un an minimum.

A défaut d'accord entre les deux parents: Une part des allocations familiales est versée à chaque parent. Les autres prestations sont maintenues au parent qui les reçoit déjà.“

➤ *L'effet sur d'autres réglementations*

La résidence alternée peut encore affecter d'autres domaines et notamment tous dans lesquels la notion de ménage commun joue un rôle important dans l'attribution d'un droit, tel par exemple en matière de revenu minimum garanti.

25. Au-delà des remarques formulées ci-avant, la CSL approuve le projet de loi.

Luxembourg, le 15 décembre 2011

Pour la Chambre des salariés,

La Direction,
René PIZZAFERRI
Norbert TREMUTH

Le Président,
Jean-Claude REDING

