

Projet de loi

instituant le juge aux affaires familiales, portant réforme du divorce et de l'autorité parentale et portant modification :

- 1. du Nouveau Code de procédure civile ;**
- 2. du Code civil ;**
- 3. du Code pénal ;**
- 4. du Code de la Sécurité sociale ;**
- 5. du Code du travail ;**
- 6. de la loi modifiée du 11 novembre 1970 sur les cessions et saisies des rémunérations de travail ainsi que des pensions et rentes ;**
- 7. de la loi modifiée du 7 mars 1980 sur l'organisation judiciaire ;**
- 8. de la loi modifiée du 10 août 1992 relative à la protection de la jeunesse ;**
- 9. de la loi modifiée du 27 juillet 1997 sur le contrat d'assurance ;**
- 10. de la loi modifiée du 9 juillet 2004 relative aux effets légaux de certains partenariats ;**
- 11. de la loi du 27 juin 2017 arrêtant un programme pluriannuel de recrutement dans la magistrature et portant modification de la loi modifiée du 7 mars 1980 sur l'organisation judiciaire**

Avis complémentaire du Conseil d'État

(30 janvier 2018)

Par dépêche du 22 septembre 2017 du Premier ministre, ministre d'État, le Conseil d'État a été saisi d'une série d'amendements au projet de loi sous rubrique qui ont été élaborés par le ministre de la Justice.

L'avis de l'Ordre des avocats du Barreau de Luxembourg a été communiqué au Conseil d'État par dépêche du 22 décembre 2017.

Au texte desdits amendements étaient joints un commentaire pour chacun des amendements, une fiche financière ainsi qu'un texte coordonné du projet de loi sous avis tenant compte des amendements gouvernementaux.

Considérations générales

Les auteurs des amendements expliquent, en premier lieu, les raisons pour lesquelles ils n'ont pas suivi la proposition du Conseil d'État de retenir une structure différente pour le futur dispositif légal en insistant sur la lisibilité et le regroupement des compétences du juge aux affaires familiales ainsi que sur le travail énorme de réadaptation et de coordination des textes, impliquant un risque non négligeable d'erreurs.

Ils exposent, ensuite, que l'adoption de la loi du 27 juin 2017 arrêtant un programme pluriannuel de recrutement dans la magistrature et portant modification de la loi modifiée du 7 mars 1980 sur l'organisation judiciaire entraîne une adaptation de la loi en projet quant à la création de nouveaux postes de magistrat.

Les auteurs des amendements présentent, dans un troisième temps, une série de considérations sur des critiques plus fondamentales formulées par le Conseil d'État dans son avis du 6 décembre 2016.

Ils s'interrogent, en particulier, sur l'opposition formelle émise par le Conseil d'État à l'égard des dispositions du projet de loi qui omettent des références cohérentes au tribunal ou au juge aux affaires familiales, au motif que tous les jugements seraient rendus au nom du tribunal dont relèverait le juge aux affaires familiales. Le Conseil d'État précise qu'il ne s'est pas mépris sur l'appartenance du juge aux affaires familiales au tribunal d'arrondissement ; il considère toutefois qu'il y a lieu d'assurer une cohérence dans les dispositions de la loi en projet en ce qui concerne la compétence, dès lors que le législateur crée au sein du tribunal une nouvelle fonction de juge qui se voit doté de compétences spécifiques. Le Conseil d'État ajoute que, dans la logique de l'explication donnée par les auteurs du projet de loi, la loi pourrait également omettre de préciser la compétence du juge des tutelles ou du juge de la jeunesse qui font eux aussi partie du tribunal. À suivre le raisonnement des auteurs des amendements, on ne comprend d'ailleurs pas la différenciation qui est opérée entre les compétences du juge aux affaires familiales et celles du tribunal. Les auteurs des amendements expliquent que le terme de juge aux affaires familiales est retenu pour les simples mesures d'administration judiciaire qui ne donnent pas lieu à un jugement et que les jugements sont rendus au nom du tribunal dont relèvent les juges aux affaires familiales et non pas au nom de ces derniers. Le Conseil d'État a des difficultés à suivre ce raisonnement. Il comprend que le tribunal, auquel il est fait référence, siègera en matière civile et sera composé de trois juges. Le juge aux affaires familiales qui est déjà intervenu dans la procédure fera-t-il partie de cette composition? Le Conseil d'État renvoie encore au futur article 1007-1 du Nouveau Code de procédure civile aux termes duquel le juge aux affaires familiales connaît, entre autres, du divorce. Or, cette compétence est exercée par la voie de jugements et non par des actes d'administration judiciaire, comme indiqué par les auteurs des amendements. Dans son avis du 22 décembre 2017, l'Ordre des avocats du Barreau de Luxembourg propose d'attribuer l'ensemble des compétences relevant du droit de la famille au juge aux affaires familiales. Le Conseil d'État préconise un système qui attribue l'ensemble des compétences en la matière au juge aux affaires familiales siégeant tantôt comme juge unique, tantôt en composition collégiale ou au

tribunal d'arrondissement, siégeant en matière d'affaires familiales, tantôt en composition collégiale, tantôt comme juge unique.

Les auteurs des amendements prennent encore position sur la réserve de dispense du second vote constitutionnel formulée par le Conseil d'État dans son avis du 6 décembre 2016 en relation avec les conséquences attachées à la faute grave commise par un conjoint. Ils expliquent qu'ils entendent supprimer la possibilité d'allouer des dommages et intérêts au conjoint en réparation du préjudice matériel ou moral que la dissolution du mariage lui fait subir. Ils maintiennent, par contre, le principe de la perte des avantages matrimoniaux et du droit à une pension alimentaire à charge du conjoint qui a commis une des infractions expressément prévues au projet de loi. Cet effet de nature patrimoniale n'est réservé qu'aux condamnations pénales définitives pendant le mariage à l'exclusion des plaintes. Le Conseil d'État, tout en marquant son accord avec les modifications qui répondent à ses critiques d'ordre technique, reviendra sur la question fondamentale du maintien du concept de faute dans un régime de divorce qui fait abstraction de cette notion à l'endroit des amendements portant sur les dispositions pertinentes.

Le Conseil d'État reviendra également sur les critiques émises à l'endroit des dispositions relatives aux droits de pension dans le cadre de l'examen des amendements portant sur les dispositions pertinentes.

Dans un quatrième point, les auteurs des amendements prennent position sur les critiques formulées par le Conseil d'État dans son avis du 6 décembre 2016 portant sur certains points de la réforme de l'autorité parentale. Ils exposent notamment les raisons pour lesquelles ils n'ont pas suivi le Conseil d'État dans sa proposition de supprimer certaines dispositions de nature procédurale que le Conseil d'État a considérées comme étant redondantes, de maintenir l'obligation de chacun des parents de contribuer à l'entretien et à l'éducation des enfants au-delà de la majorité, de consacrer le mécanisme du mandat d'éducation quotidienne de même que le recours à une médiation familiale en cas de non-respect réitéré par les parents des décisions judiciaires relatives aux droits de visite et d'hébergement et de maintenir la procédure actuelle portant sur le retrait de l'autorité parentale. Le Conseil d'État prend acte du choix opéré par les auteurs des amendements tout en maintenant ses critiques portant sur la clarté et la cohérence du dispositif légal en projet.

Amendement 1

Le Conseil d'État n'a pas d'observation sur les modifications de l'intitulé du projet de loi.

Amendement 2

Le Conseil d'État marque son accord avec la reformulation et la simplification de la présentation des compétences du juge aux affaires familiales déterminées au nouvel article 1007-1 du Nouveau Code de procédure civile.

Amendement 3

Le Conseil d'État marque également son accord avec les précisions apportées au nouvel article 1007-2 du Nouveau Code de procédure civile en ce qui concerne les compétences du tribunal d'arrondissement et du juge aux affaires familiales.

Amendement 4

Les modifications apportées au futur article 1007-3 du Nouveau Code de procédure civile répondent aux observations émises par le Conseil d'État et par les autorités judiciaires.

Amendement 5

Le Conseil d'État marque son accord avec l'ajout, au nouvel article 1007-4 du Nouveau Code de procédure civile, d'une disposition permettant aux parties de se faire représenter devant le juge aux affaires familiales.

Amendement 6

L'amendement 6 ajoute au nouvel article 1007-6 du Nouveau Code de procédure civile le dispositif de l'article 183, alinéa 2, du Nouveau Code de procédure civile relatif à la communication des causes au procureur d'État. Le Conseil d'État, tout en marquant son accord avec l'application de cette procédure, s'interroge sur la nécessité de cet ajout, compte tenu de la portée générale de l'article 183 précité.

Le Conseil d'État constate encore que les auteurs de l'amendement ne l'ont pas suivi dans sa critique que l'exception du huis-clos est érigée en règle dans toute procédure devant le juge aux affaires familiales en méconnaissance du principe fondamental de la publicité de la justice.

En ce qui concerne la formulation, le Conseil État rappelle que le procureur d'État présente des conclusions, mais ne les fait pas connaître.

Amendements 7 et 8

Les modifications apportées aux futurs articles 1007-7 et 1007-8 du Nouveau Code de procédure civile répondent à des observations faites par le Conseil d'État.

Amendement 9

Les amendements du nouvel article 1007-9 du Nouveau Code de procédure civile tiennent compte des observations du Conseil d'État et des autorités judiciaires.

Amendement 10

Les modifications apportées au nouvel article 1007-10 du Nouveau Code de procédure civile répondent à des observations faites par le Conseil d'État.

Amendement 11

Les modifications apportées au futur article 1007-11 du Nouveau Code de procédure civile maintiennent le référé exceptionnel sur l'application duquel le Conseil d'État s'était interrogé dans son avis du 6 décembre 2016.

Amendement 12

Les amendements du nouvel article 1007-12 du Nouveau Code de procédure civile tiennent compte des observations du Conseil d'État et des autorités judiciaires. Certaines dispositions dont le Conseil d'État avait préconisé la suppression sont toutefois maintenues.

Amendement 13

Les amendements apportés au nouvel article 1007-13 du Nouveau Code de procédure civile tiennent compte des observations du Conseil d'État.

Amendement 14

Les amendements du futur article 1007-14 du Nouveau Code de procédure civile tiennent compte des observations du Conseil d'État et des autorités judiciaires.

Amendement 15

Le Conseil d'État approuve les modifications apportées au nouvel article 1007-15 du Nouveau Code de procédure civile dans la mesure où elles suppriment certaines redondances et assurent une meilleure lisibilité du dispositif. Le Conseil d'État marque, en particulier, son accord avec l'ajout d'une disposition permettant aux parties de se faire représenter devant le juge aux affaires familiales. Le Conseil d'État ne saisit pas la portée de l'incidente « s'il y a lieu », dès lors que l'assistance et la représentation par un avocat sont de droit.

Amendement 16

Sans observation.

Amendement 17

Le nouvel article 1007-16 du Nouveau Code de procédure civile investit le juge aux affaires familiales du droit d'examiner la convention de divorce et de la refuser dans certaines conditions. Le texte omet de préciser par quel acte procédural est effectué ce refus ou est formulée la demande du juge de supprimer ou de modifier certaines clauses. De même, le texte omet d'indiquer par quel acte est constatée la caducité dans l'hypothèse où aucune nouvelle convention n'est présentée. Dans le dernier alinéa, la compétence passe du juge aux affaires familiales à une composition collégiale au sens du nouvel article 1007-7 du Nouveau Code de procédure civile. Le dispositif

précise encore que, lorsque la composition collégiale refuse la nouvelle convention, le divorce n'est pas prononcé par le tribunal. Le Conseil d'État est d'avis que l'articulation des compétences entre le juge aux affaires familiales, la composition collégiale composée d'au moins un juge aux affaires familiales et le tribunal n'est pas des plus claires. Il en va de même pour la détermination des actes adoptés par le juge. Le Conseil d'État renvoie à ses considérations générales dans lesquelles il a préconisé un système plus cohérent consistant dans la création d'un tribunal siégeant en matière d'affaires familiales, tantôt comme juge unique, tantôt en composition collégiale.

Le Conseil d'État note que les auteurs de l'amendement ont maintenu le droit pour le juge de refuser une convention qui porte atteinte aux intérêts de l'un des conjoints. Ils justifient ce choix par des considérations d'ordre pratique. Pour répondre aux critiques émises par le Conseil d'État dans son avis du 6 décembre 2016, les auteurs des amendements retiennent le critère d'une atteinte manifestement disproportionnée aux intérêts de l'un des conjoints et transfèrent la compétence pour refuser une convention modifiée à une composition collégiale. Le Conseil d'État voudrait faire deux observations. Le critère d'une atteinte manifestement disproportionnée ne change rien à la critique plus fondamentale d'une ingérence du juge dans un accord librement contracté par des personnes investies d'une pleine capacité juridique. Où le juge tracera-t-il la frontière entre une atteinte admissible et une atteinte manifestement disproportionnée ? Le terme de proportionnalité est encore mal choisi, étant donné qu'il se réfère à l'examen, au regard du principe d'égalité, de situations traitées différemment par la loi ou à une atteinte par la loi à des libertés fondamentales. Le Conseil d'État constate encore que, dans le texte tel qu'amendé, est omis le concept d'homologation de la convention qui constitue pourtant le préalable logique au refus de prononcer le divorce.

Amendement 18

Sans observation.

Amendement 19

Le Conseil d'État marque son accord avec la suppression du paragraphe 1^{er} de l'article 1007-19 du Nouveau Code de procédure civile qui devient, dans la nouvelle numérotation, l'article 1007-17.

Pour l'appréciation des aspects patrimoniaux de la convention, il reste interdit au juge de se référer à des éléments autres que ceux fournis par les parties. Le Conseil d'État se demande si la combinaison des futurs articles 1007-16 et 1007-17 du Nouveau Code de procédure civile permet la conclusion que l'atteinte aux intérêts de l'un des conjoints se résume à l'appréciation des aspects patrimoniaux.

Amendements 20 et 21

Sans observation.

Amendement 22

Les modifications apportées aux paragraphes 1^{er} à 4 de l'article 1007-21 du Nouveau Code de procédure civile dans sa version initiale du projet de loi, qui devient le nouvel article 1007-20 du projet de loi dans sa version amendée, répondent à des observations faites par le Conseil d'État. Il en va de même de la suppression du terme « civile » aux paragraphes 7 et 8. Pour des considérations pratiques, les auteurs n'ont pas suivi la proposition du Conseil d'État de supprimer les paragraphes 6 et 7.

Le Conseil d'État marque son accord avec l'ajout d'une référence à la procédure de légalisation, qui s'impose selon l'État d'origine des actes versés. Le Conseil d'État aurait une nette préférence pour les termes de légalisation des documents ou des actes et documents et propose d'omettre le terme moins juridique de « pièce ».

Amendements 23 et 24

Sans observation.

Amendements 25

Le Conseil d'État marque son accord avec l'insertion d'un nouvel article 1007-23 dans le Nouveau Code de procédure civile.

Amendement 26

Les modifications apportées à l'article 1007-23 dans sa version initiale, qui devient le nouvel article 1007-24 du Nouveau Code de procédure civile, sont le corollaire de celles apportées à l'article 1007-20.

Le Conseil d'État s'interroge sur le paragraphe 3, point 7^o, qui prévoit le dépôt d'une copie de la décision de condamnation pénale d'un conjoint. Se pose la question de savoir comment le conjoint a connaissance d'un tel jugement et en obtient communication. S'il s'est constitué partie civile, il dispose de la décision. Dans les autres cas, il doit en demander copie au parquet en tant que victime ou partie intéressée. Si les auteurs du projet de loi entendent maintenir ce système, le Conseil d'État se demande s'il ne serait pas indiqué de prévoir une communication du dossier pénal par le parquet sur demande du conjoint qui entend en faire état.

Pour le surplus, le Conseil d'État renvoie aux observations relatives aux nouveaux articles 250 et 251 du Code civil.

Amendement 27

Sans observation.

Amendement 28

L'amendement sous examen modifie l'article 1007-25 du Nouveau Code de procédure civile du projet de loi dans sa version initiale qui devient le nouvel article 1007-26.

L'amendement modifie la logique de la procédure d'audition des conjoints ; alors que dans le texte initial ils étaient entendus séparément par le juge avant d'être réunis, le texte nouveau prévoit qu'ils sont entendus ensemble et seulement séparément si le juge a des doutes quant à la volonté réelle ou au consentement libre et éclairé d'un des conjoints. Le Conseil d'État s'interroge sur le contrôle, par le juge, de la volonté réelle et du consentement libre et éclairé d'un conjoint. Si la demande de divorce émane d'un des deux conjoints, il est évident que celui-ci a la volonté de divorcer ; la question d'un consentement ne se pose pas dans ce cas de figure. La formulation donne sens dans l'hypothèse d'une requête conjointe. Le Conseil d'État conçoit le renvoi aux termes « consentement libre et éclairé » qui constituent des concepts classiques dans le droit des contrats ; le Conseil d'État s'interroge toutefois, dans ce cas également, sur la portée propre du concept de « volonté réelle » de divorcer et propose de l'omettre.

Le Conseil d'État marque son accord avec l'insertion d'une disposition relative au droit des conjoints de se faire représenter par un avocat.

Amendement 29

L'amendement 29 introduit un nouvel article 1007-27 dans le Nouveau Code de procédure civile qui reprend le dispositif des alinéas 3 et 4 de l'ancien article 1007-25 proposé dans le projet de loi initial.

Le Conseil d'État maintient ses interrogations, formulées dans l'avis du 6 décembre 2016, quant à la consécration expresse du mécanisme de la médiation familiale.

Amendement 30

Le Conseil d'État renvoie à ses commentaires relatifs à l'amendement 17.

Amendement 31

Dans son avis du 6 décembre 2016, le Conseil d'État s'était interrogé sur la possibilité de prononcer le divorce pour rupture irrémédiable des relations conjugales sur demande d'un seul conjoint, au moyen d'une demande réitérée après les délais visés à l'article 1007-27 de la version initiale du projet de loi, au motif que ce système pourrait conduire à un mécanisme de répudiation. Le nouvel article 1007-29, qu'il est prévu d'insérer dans le Nouveau Code de procédure civile, maintient ce mécanisme, sauf à remplacer la surséance à la procédure par un délai accordé aux conjoints afin de leur donner l'occasion de se réconcilier. Le Conseil d'État prend acte du choix des auteurs du projet de loi.

Amendement 32

L'amendement introduit dans le Nouveau Code de procédure civile un nouvel article 1007-30 qui reprend, sous une forme légèrement amendée, l'article 1007-29 de la version initiale du projet de loi. Le Conseil d'État

marque son accord avec le régime rendant l'audition de l'avocat de l'enfant obligatoire en cas de demande.

Amendement 33

L'amendement sous examen introduit dans le Nouveau Code de procédure civile un article 1007-31 qui prévoit la procédure pour calculer le montant de référence pour le rachat de périodes d'assurance au profit du conjoint qui a abandonné ou réduit son activité au cours du mariage.

Le dispositif sous examen prévoit que le tribunal demande, par voie d'ordonnance, à l'Inspection générale de la sécurité sociale de procéder au calcul du montant de référence sur la base de données chiffrées figurant dans l'ordonnance, à savoir la période du mariage pendant laquelle il y a eu abandon ou réduction de l'activité professionnelle d'un conjoint et les montants des revenus devant servir de base au calcul. Les contestations relatives à ces données chiffrées sont portées devant la Cour d'appel avec le jugement de divorce. Le calcul effectué par l'Inspection générale de la sécurité sociale est également soumis à débat devant le tribunal et les contestations sont tranchées en première instance par le jugement de divorce.

Le Conseil d'État, tout en reconnaissant que les auteurs de l'amendement ont apporté certaines précisions en vue de répondre aux critiques du Conseil d'État, à l'origine d'une réserve de dispense du second vote constitutionnel, se doit de formuler certaines questions à l'égard du texte sous examen. Il est contradictoire d'indiquer, à l'alinéa 1^{er}, que l'ordonnance, qui comprend la période du mariage visée et les montants des revenus devant servir de base au calcul du montant de référence, n'est pas susceptible de recours, tout en admettant, à l'alinéa 3 que ces données font partie du jugement de divorce et que les contestations y relatives peuvent être portées devant la Cour d'appel. Se pose encore la question du lien entre l'ordonnance de transmission des données à l'Inspection générale de la sécurité sociale et le jugement de divorce. Cette ordonnance constitue un acte juridictionnel. L'appel va-t-il porter explicitement sur l'ordonnance ou sur le jugement de divorce dont l'ordonnance est censée faire partie ? Que signifie, à cet égard, la formule « comme les contestations portant sur le jugement de divorce » ? Un appel pourrait-il être limité à l'ordonnance quitte à ce qu'il puisse uniquement être introduit après l'intervention du jugement de divorce ou ce jugement doit-il nécessairement être également entrepris ? Le calcul opéré par l'Inspection générale de la sécurité sociale ayant nécessairement influé sur le dispositif du jugement de divorce, il faudra, en toute logique, introduire un recours contre ce dernier. En cas de réformation, il y aurait lieu à nouvelle saisine de l'Inspection générale de la sécurité sociale sur base de nouvelles données; or, cette procédure n'est pas davantage prévue dans le dispositif sous examen. Le Conseil d'État s'interroge encore sur les contestations relatives au calcul effectué par l'Inspection générale de la sécurité sociale; de telles contestations sont uniquement envisageables dans l'hypothèse où une des parties reprocherait à l'Inspection générale de la sécurité sociale d'avoir mal opéré le calcul.

Le Conseil d'État doit s'opposer formellement au texte sous examen pour imprécision et incohérence des règles procédurales, source d'insécurité

juridique. Il pourrait admettre un dispositif selon lequel « le tribunal peut, par voie d'ordonnance non susceptible de recours immédiat, demander [...] » et d'après lequel « les contestations relatives à la période ou aux montants fixés dans l'ordonnance sont portées devant la Cour d'appel avec les contestations portant sur le jugement de divorce ».

Amendement 34

L'amendement 34 insère dans le Nouveau Code de procédure civile un nouvel article 1007-32 qui reprend, sous une forme amendée, l'article 1007-33 du Nouveau Code de procédure civile dans la version initiale du projet de loi.

Le dispositif prévu distingue entre l'hypothèse où la condamnation pénale a acquis force de chose jugée avant le prononcé du divorce et celle où la décision pénale suit la décision de divorce. Dans ce dernier cas, une nouvelle procédure est introduite par voie de requête.

Le système prévu constitue un des aspects du problème plus fondamental relatif à l'importance de la faute dans le cadre d'une procédure de divorce sans faute et du lien entre les conséquences patrimoniales du divorce et la logique d'une condamnation au civil pour faute. Le Conseil d'État reviendra sur ces questions lors de l'examen des nouveaux articles 250 et 251 du Code civil.

Amendements 35 à 37

Sans observation.

Amendement 38

L'amendement 38 insère dans le Nouveau Code de procédure civile un nouvel article 1007-33 qui reprend, pour l'essentiel, l'article 1007-28 du Nouveau Code de procédure civile dans la version initiale du projet de loi.

Amendement 39

L'amendement 39 introduit dans le Nouveau Code de procédure civile un nouvel article 1007-34 qui reprend, sous une forme amendée, l'article 1007-31 du Nouveau Code de procédure civile dans la version initiale du projet de loi. Le Conseil d'État n'a pas d'observation à formuler.

Amendements 40 et 41

Sans observation.

Amendements 42 et 43

Les amendements sous examen insèrent dans le Nouveau Code de procédure civile deux nouveaux articles 1007-36 et 1007-37 qui reprennent, sous une forme amendée, l'article 1007-34 du Nouveau Code de procédure civile et l'article 242 du Code civil dans la version initiale du projet de loi.

Amendement 44

L'amendement sous examen introduit dans le Nouveau Code de procédure civile un nouvel article 1007-38 qui prévoit que le tribunal peut réserver la fixation de la créance visée à l'article 252 du Code civil dans le jugement de divorce. Sont visées les situations où, même si l'actif n'est pas encore exactement déterminable au moment du jugement de divorce, il est néanmoins certain qu'il dépassera la créance. Cette créance sera fixée par un jugement ultérieur. En vertu du paragraphe 4, toutes les décisions fixant ou modifiant la créance visée au nouvel article 252 du Code civil sont notifiées à la Caisse nationale d'assurance pension par le greffe.

Le Conseil d'État, tout en comprenant les difficultés auxquelles se trouve confronté le juge, relève la complexité du système et le risque d'une prolongation des procédures. La réserve d'une décision sur la créance permet certes d'éviter de bloquer le prononcé du divorce. Toutefois, le problème de la détermination du montant de cette créance restera identique en cas de nouvelle convocation des parties devant le juge.

Amendement 45

Sans observation.

Amendement 46

L'amendement 46 insère dans le Nouveau Code de procédure civile un nouvel article 1007-39 qui reprend, pour l'essentiel, l'article 1007-36 du Nouveau Code de procédure civile dans la version initiale du projet de loi.

Revenant sur le choix d'un régime général de notification, le paragraphe 1^{er}, tel qu'amendé, retient la procédure d'une signification du jugement. Le paragraphe 2 maintient le système de l'actuel article 261-1 du Code civil, en vertu duquel la publication du jugement par extrait dans des journaux est ordonnée par le président. Le Conseil d'État n'a pas de commentaire à formuler.

Amendements 47 à 49

Sans observation.

Amendement 50

L'amendement 50 insère dans le Nouveau Code de procédure civile un nouvel article 1007-43 qui reprend, pour l'essentiel, l'article 1007-40 du Nouveau Code de procédure civile dans la version initiale du projet de loi.

Les modifications apportées aux paragraphes 1^{er} et 3, de même que la suppression de la référence à la chambre civile de la Cour d'appel font suite aux observations du Conseil d'État et n'appellent pas de commentaire. Le Conseil d'État relève toutefois que l'article 1007-43 précise que la Cour d'appel siège en matière civile et il renvoie aux interrogations relatives au « tribunal » appelé à décider en première instance.

La procédure de notification de la requête est remplacée par celle de la signification. Le Conseil d'État s'interroge sur la combinaison d'un mécanisme de requête avec une procédure de signification. Autant il peut saisir la nécessité de recourir à la signification pour le jugement ou l'arrêt, autant il considère qu'il y a lieu de maintenir, pour l'introduction de l'instance par voie de requête, le mécanisme de la notification.

Formellement, l'appel est formé par le dépôt de la requête qui doit toutefois également être signifiée. Se pose la question de savoir si le dépôt doit porter sur la requête déjà signifiée ou si la signification suit le dépôt ? Le délai dans lequel la signification doit être opérée n'est pas précisé. Le dispositif proposé vise la nullité de la signification, ce qui pose la question du sort de l'appel. Devient-il caduc ou est-il irrecevable ? Le Conseil d'État doit s'opposer formellement au texte sous examen, source d'insécurité juridique. Dans la logique de la procédure applicable en matière administrative, il propose d'ajouter au paragraphe 4 l'alinéa suivant :

« La signification de la requête doit être opérée dans le mois du dépôt au greffe sous peine de caducité de l'appel ».

Le paragraphe 10 consacre le principe de l'irrecevabilité des conclusions tardives. Le Conseil d'État propose encore, dans la logique de l'omission du concept de chambre civile de la Cour d'appel, de viser la Cour et non pas la chambre. Cette observation vaut également pour le paragraphe 9.

Le paragraphe 11 reprend, pour la signification de l'arrêt de la Cour d'appel, le dispositif prévu au nouvel article 1007-39 pour le jugement.

Amendements 51 à 53

Sans observation.

Amendement 54

L'amendement 54 insère dans le Nouveau Code de procédure civile un nouvel article 1007-45 qui reprend, pour l'essentiel, l'article 1007-44 du Nouveau Code de procédure civile dans la version initiale du projet de loi.

Le Conseil d'État marque son accord avec l'ajout, au paragraphe 1^{er}, d'un alinéa 2, qui reprend la deuxième phrase de l'article 236 du Code civil telle que proposée dans la version initiale du projet de loi sous examen. Il en va de même pour la suppression des paragraphes 2, 3 et 4 de l'article 1007-44 dans la version initiale.

Amendement 55

L'amendement 55 insère dans le Nouveau Code de procédure civile un nouvel article 1007-46 qui reprend les dispositions de l'article 237 du Code civil tel que proposé par la version initiale du projet de loi. Le Conseil d'État marque son accord avec cet amendement qui répond à une suggestion qu'il avait émise.

Amendement 56

Le Conseil d'État propose d'omettre, au paragraphe 2 de l'article 1007-47 du Nouveau Code de procédure civile, les termes « par analogie ».

Amendement 57

Sans observation.

Amendement 58

L'amendement maintient le mécanisme que le projet de loi, dans sa version initiale, introduit à l'article 1007-50 du Nouveau Code de procédure civile et qui permet au mineur de s'adresser au juge aux affaires familiales pour demander une modification de l'autorité parentale ou du droit de visite et d'hébergement le concernant.

Certaines modifications sont apportées par l'amendement pour répondre à des critiques d'ordre technique formulées par le Conseil d'État, les autorités judiciaires, l'Ordre des avocats du Barreau de Luxembourg et l'Ombuds-Comité fir d'Rechter vum Kand (ORK). Ainsi, il est précisé que le mineur doit être capable de discernement et que la nomination de l'avocat doit intervenir dans les quinze jours. En ce qui concerne le remplacement de la compétence du juge aux affaires familiales par celle du tribunal, le Conseil d'État renvoie à ses considérations antérieures.

Il maintient toutefois ses interrogations sur le rôle de l'avocat tant par rapport au mineur pour lequel il est censé agir que par rapport aux parents dont les droits sont en cause. En ce qui concerne le mineur, l'avocat ne se voit plus investi, expressément, du droit de juger de l'opportunité d'agir, ce qui permet, *a contrario*, de conclure qu'il doit introduire la requête. Reste la question du contenu et de la portée de la consultation qu'il doit mener avec le mineur. Le Conseil d'État reste d'avis que l'avocat ne saurait assumer les fonctions d'un service d'assistance sociale et ne constitue pas davantage un délégué du juge, un médiateur familial ou un tuteur *ad hoc*. Certes, la consultation de l'avocat avec les parents, que le Conseil d'État avait critiquée dans son avis du 6 décembre 2016, se trouve supprimée. Dans le nouveau dispositif, la requête de l'avocat est notifiée aux parents, ce qui signifie que les parents sont parties à la procédure et peuvent faire valoir leurs droits.

Pour régler cette question, les auteurs de l'amendement ajoutent un dernier alinéa qui prévoit deux mécanismes ; le tribunal propose aux parents une procédure de médiation et peut leur (il faudrait dire *les*) enjoindre de rencontrer le médiateur. Le Conseil d'État s'interroge sur cette procédure de médiation ; s'agit-il d'une médiation familiale au sens de l'article 1251-1 et suivants du Nouveau Code de procédure civile, comme cela est précisé dans d'autres dispositions du projet de loi sous examen ou d'une procédure de médiation *ad hoc* particulière ? Le dispositif prévu est incohérent en ce qu'il propose au mineur et aux parents une mesure de médiation tout en procédant, malgré un refus éventuel, à la nomination d'un médiateur que les parties sont tenues de rencontrer. Le Conseil d'État considère que le régime

prévu mériterait d'être clarifié en ce qui concerne la question essentielle des droits des parents.

Le Conseil d'État attire encore l'attention des auteurs sur deux problèmes en relation avec l'application du dispositif. Quelle suite faut-il réserver à une inaction éventuelle des avocats ? Le juge qui a nommé l'avocat va-t-il surveiller les actes de ce dernier ? La question se résout-elle en problème de responsabilité professionnelle de l'avocat ? Ensuite, si la prise en charge des frais d'avocats peut être assurée au titre du régime de l'assistance judiciaire, se pose la question de la prise en charge des frais de la médiation ; cette question renvoie à celle du type de médiation.

Amendement 59

Sans observation.

Amendements 60 et 61

Les deux amendements sous examen remplacent, aux futurs articles 1007-53 et 1007-54 du Nouveau Code de procédure civile, la référence au juge aux affaires familiales par une référence au tribunal au motif que c'est le tribunal qui est saisi et non pas le juge. Le Conseil d'État renvoie aux interrogations quant à la distinction entre les compétences du tribunal et celles du juge aux affaires familiales.

Amendement 62

Sans observation.

Amendement 63

En vue de répondre aux interrogations du Conseil d'État et des autorités judiciaires sur l'application pratique du régime de l'interdiction de sortie du territoire, l'amendement sous examen ajoute, au nouvel article 1007-55 du Nouveau Code de procédure civile, un alinéa prévoyant la délivrance d'un nouveau passeport portant inscription de l'interdiction de sortie du territoire prononcée par le tribunal. Le Conseil d'État n'est pas convaincu que cet ajout résolve les problèmes qu'il a soulevés. Il note, d'abord, une incohérence dans le dispositif, étant donné que l'alinéa 1^{er} vise l'inscription de l'interdiction de sortie du territoire dans le passeport de l'enfant, alors que l'alinéa qui est ajouté prévoit la délivrance d'un nouveau passeport. Le Conseil d'État ne peut que supposer que cette demande doit être formulée par le parent qui est à l'origine de la demande d'interdiction de sortie du territoire. En d'autres termes, l'ordonnance portant interdiction de sortie du territoire sera exécutée sur demande de la personne intéressée. Le Conseil d'État relève encore que cette mention va uniquement figurer sur le passeport qui, du moins entre les États membres de l'Union européenne, ne constitue plus un titre de voyage obligatoire. Le Conseil d'État note encore une divergence entre le commentaire de l'amendement qui parle d'une détermination géographique de l'interdiction de sortie, précision essentielle qui fait défaut dans le texte de l'article 1007-55 qui se limite à imposer une interdiction de sortie du territoire pure et simple. Dans une logique juridique stricte, le mineur ne pourra plus quitter le territoire, fût-ce

pour un court déplacement dans un pays voisin, à défaut d'autorisation des deux parents. Reste, finalement, la question de l'appréciation, par la police des frontières, de l'autorisation de sortie du territoire par les deux parents qui met en échec l'interdiction prononcée par le tribunal et reprise sur le passeport.

Le Conseil d'État relève encore que la problématique à laquelle est censé répondre le dispositif sous examen existe également pour les parents non mariés qui se séparent ou sont en litige pour ce qui est de l'exercice de l'autorité parentale.

Le Conseil d'État profite de l'occasion pour attirer l'attention sur la nécessité d'assurer la conformité du règlement grand-ducal du 12 février 2015¹ portant exécution de la loi modifiée du 14 avril 1934, fixant les modalités pour l'obtention d'un passeport biométrique, titre de voyage biométrique pour étrangers, apatrides et réfugiés et établissant un droit de chancellerie pour légalisations d'actes, notamment les dispositions de l'article 4, paragraphe 8, avec les dispositions de la loi en projet.

Amendement 64

L'amendement sous rubrique modifie le nouvel article 1007-56 du Nouveau Code de procédure civile en ajoutant une référence au procureur d'État dans le cadre de l'information du tribunal portant sur des procédures de protection qui sont en cours à l'égard du ou des mineurs. Le Conseil d'État, tout en marquant son accord avec cet ajout, propose d'ajouter également une référence au procureur d'État dans la deuxième phrase qui prévoit que le tribunal peut demander au tribunal de la jeunesse de transmettre le dossier.

La troisième phrase, ajoutée au nouvel article 1007-56, établit un régime particulier, différent de la transmission de dossiers, en vertu duquel le tribunal de la jeunesse et le procureur d'État transmettent au tribunal une liste des affaires avec les coordonnées des mineurs à l'égard desquels il est appelé à statuer. Le Conseil d'État s'interroge sur la portée de cette disposition et sur son rapport avec la transmission de dossiers individuels. Si la transmission de la liste des affaires porte sur un ou plusieurs mineurs en cause dans une procédure devant le tribunal, la troisième phrase devrait précéder la deuxième, dès lors qu'il appartient au tribunal, sur base de la liste transmise, de demander la communication de dossiers précis. Si la liste à transmettre porte sur toutes les affaires concernant des mineurs, le dispositif devra faire l'objet d'un alinéa à part et la formule introductive « À ces fins » pourrait utilement être omise.

D'une façon plus générale, le Conseil d'État s'interroge sur la nécessité d'ajouter une disposition procédurale organisant la communication d'informations entre instances judiciaires, étant donné que le parquet est représenté auprès du tribunal dans les procédures relatives à l'exercice de l'autorité parentale.

¹ Règlement grand-ducal adopté selon la procédure d'urgence prévue à l'article 2, paragraphe 1^{er}, de la loi modifiée du 12 juillet 1996 portant réforme du Conseil d'État.

Amendement 65

D'après le commentaire de l'amendement, le nouvel article 1007-57 du Nouveau Code de procédure civile est destiné à préciser la procédure relative à la décision du tribunal en cas de décision préexistante ou ultérieure prise par le tribunal de la jeunesse ou le juge des tutelles.

Le Conseil d'État a du mal à comprendre le dispositif de l'alinéa 1^{er}. Comment la décision du tribunal peut-elle valoir « qu'aussi longtemps que la décision » d'un autre juge « n'aura pas apporté de solution contraire » ? La formule du futur antérieur par rapport à une décision déjà intervenue est incompréhensible. Que signifie le concept de « points toisés » ? À partir de quel point une solution est-elle contraire à une décision antérieure ? Le terme de solution est d'ailleurs erroné en droit, étant donné qu'un jugement statue et n'apporte pas de solutions. Si le souci des auteurs de l'amendement est d'éviter des contradictions entre des décisions émanant de juges différents, il faut articuler clairement les compétences. Si une nouvelle décision du tribunal intervient, pour l'adoption de laquelle ce dernier était compétent, elle est exécutée et on ne saurait préserver, par un dispositif tel que prévu dans l'amendement, une décision antérieure d'un autre juge ayant une teneur différente. Soit il est interdit au tribunal d'interférer dans ce qui a déjà fait l'objet d'une décision d'un autre juge, soit il y a lieu de respecter la dernière décision intervenue. Certes, le Conseil d'État peut concevoir, pour des considérations de principe, que les décisions du juge de la jeunesse adoptées dans une logique de protection de la jeunesse doivent rester à l'abri d'une décision nouvelle différente du tribunal. D'un autre côté, pourquoi le tribunal, adoptant une décision dans le cadre d'une procédure de divorce, ne pourrait-il pas avoir une appréciation nouvelle au regard de la situation qui se présente ? Il ne faut pas perdre de vue que chaque juge, à quelque stade de la procédure qu'il soit saisi, doit décider en fonction de l'intérêt supérieur de l'enfant à ce moment. D'après le nouvel article 1007-1 du Nouveau Code de procédure civile, le juge aux affaires familiales est compétent pour les décisions relatives à la tutelle des mineurs. Dans cette logique, pourquoi préserver une décision de ce juge par rapport à une décision du tribunal dans le cadre de la procédure de divorce ?

De même, le Conseil d'État ne comprend pas le dispositif de l'alinéa 2 qui suspend, en quelque sorte, la décision du tribunal en attendant qu'une mesure contraire en matière de protection de la jeunesse ou « en matière de tutelles majeurs » cesse ses effets dans le temps ou soit rabattue. Que signifie la formule « a vocation à disparaître dans le temps » ? Un jugement ne disparaît pas, mais peut tout au plus cesser ses effets. Si le juge de la jeunesse prend une décision à une date postérieure à celle du tribunal, sa décision s'impose pour la durée prévue. Il est évident, sans qu'il faille le dire expressément, que la décision prise dans le cadre du divorce reprend effet si la décision du juge de la jeunesse cesse. Si sont concernés des enfants majeurs des conjoints qui divorcent qui sont placés sous leur tutelle, le tribunal n'est pas appelé, dans le cadre du jugement de divorce, à adopter des décisions les concernant. Le Conseil d'État renvoie à ses considérations antérieures relatives aux règles à respecter pour éviter des décisions contradictoires. Dans la pratique, quelle autorité sera compétente pour statuer sur l'existence d'une éventuelle contradiction ou pour décider qu'une

décision du tribunal sera désormais exécutoire au motif qu'une décision d'un autre juge aura cessé d'avoir des effets ou aura été rabattue ?

Le système envisagé, même s'il vise, d'après les auteurs, à apporter une réponse à des problèmes pratiques dans l'organisation du travail des juridictions, est incohérent dans la logique d'une succession de décisions de justice portant sur un même problème ; il est fondé sur une approche de concurrence entre les juridictions qu'il faudrait régler par des critères de prééminence, conception que le Conseil d'État a du mal à admettre. Au regard des problèmes liés à l'incohérence du dispositif et du caractère imprécis des règles régissant son application, sources d'insécurité juridique, le Conseil d'État doit s'y opposer formellement.

Amendement 66

Le Conseil d'État renvoie aux interrogations relatives à la répartition des compétences entre le tribunal et le juge aux affaires familiales.

Amendement 67

Sans observation.

Amendement 68

La suppression de l'alinéa 1^{er} du nouvel article 230 du Code civil répond à une suggestion du Conseil d'État.

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

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

Amendement 69

La référence à la sauvegarde de l'intérêt supérieur des enfants, dans le nouvel article 231 du Code civil, répond à une suggestion émise par le Conseil d'État dans son avis du 6 décembre 2016.

La référence à une atteinte aux intérêts de l'un des conjoints, qui doit désormais être manifestement disproportionnée, est maintenue. Le Conseil d'État renvoie aux critiques qu'il a émises par rapport au rôle assigné au juge quant à l'évaluation de conventions librement conclues par les parties.

Amendements 70 et 71

Sans observation.

Amendement 72

Au nouvel article 234 du Code civil, les auteurs de l'amendement maintiennent une référence expresse aux mesures provisoires, référence qui, de l'avis du Conseil d'État, est superflue. Par ailleurs, le Conseil d'État marque son accord avec la suppression des références à une série d'articles du Nouveau Code de procédure civile.

Amendements 73 à 80

Sans observation.

Amendement 81

L'amendement 81 porte sur l'article 2 du projet de loi dans sa version initiale relatif au chapitre II portant sur les conséquences du divorce et regroupant les articles 243 à 260 du Code civil, dispositions qui deviennent, dans la version amendée, les futurs articles 238 à 253 du Code civil. Le Conseil d'État examine successivement les différents articles du Code civil qui se trouvent modifiés.

Article 238 nouveau du Code civil

La suppression des alinéas 2 et 3 de l'article 243, dans sa version initiale du projet de loi, fait suite aux observations du Conseil d'État.

Article 239 nouveau du Code civil

L'article est renuméroté, le contenu restant inchangé.

Article 240 nouveau du Code civil

Le Conseil d'État marque son accord avec la consécration de la procédure de notification des décisions et avec la référence à l'article 687 du Nouveau Code de procédure civile, modifications qui font suite à son avis du 6 décembre 2016.

Les auteurs des amendements maintiennent la possibilité d'une cassation, au motif que le pourvoi peut également porter sur des questions de droit, notamment en matière de droit international privé.

Articles 241 à 243 nouveaux du Code civil

Sans observation.

Articles 244 et 245 nouveaux du Code civil

Tout en admettant que les articles sous examen ne sont pas strictement nécessaires, les auteurs de l'amendement exposent vouloir les maintenir pour éviter des incertitudes lors de l'application de la loi en projet.

Article 246 nouveau du Code civil

Le Conseil État marque son accord avec la suppression de l'alinéa 1^{er} et de la première phrase de l'alinéa 2 de l'ancien article 250 devenu le nouvel article 246 du Code civil.

Les modifications apportées à l'alinéa 2 de l'article 246 sont destinées à clarifier le régime de la fixation de la pension alimentaire versée en capital. Le Conseil d'État a des difficultés majeures avec le régime prévu. Le principe est celui d'une fixation de la pension alimentaire selon les besoins du conjoint créancier et les facultés contributives du conjoint débiteur. Ce principe de base doit présider à la fixation de la pension alimentaire qu'elle soit versée mensuellement ou en capital. Dans le dispositif qui est ajouté à l'article 246, les auteurs visent, d'abord, l'accord des conjoints sans préciser si cet accord se limite au principe même de la fixation d'un capital ou également au montant de celui-ci. Si l'accord porte sur le principe et sur le montant, le régime se rapproche de celui d'un divorce par consentement mutuel et le Conseil d'État s'interroge, dans ce cas, sur le rôle du tribunal qui ne peut qu'entériner cet accord sauf à considérer qu'il porte une atteinte démesurée aux droits d'une des parties. Si l'accord porte uniquement sur le principe, il appartient au tribunal de déterminer le montant du capital à verser. Pour la détermination de ce montant s'applique la règle générale des besoins du créancier et des facultés du débiteur. Dans cette logique, le Conseil d'État ne comprend pas le mécanisme forfaitaire en vertu duquel le montant du capital est déterminé en multipliant le niveau d'une pension alimentaire mensuelle par la durée, en mois, du mariage. Le régime signifie que, à besoins et facultés constants des deux conjoints, le capital variera selon la durée du mariage. Dans cette hypothèse, le conjoint créancier aura uniquement intérêt à opter pour le versement de la pension en capital, si le divorce intervient après une longue période de mariage. Par contre, si le mariage n'a été que de courte durée, le conjoint créancier aura tout intérêt à opter pour le versement d'une pension alimentaire mensuelle. Le Conseil d'État s'interroge sur les raisons qui ont inspiré le choix des auteurs de l'amendement. Il note que le mécanisme prévu n'est pas sans rappeler le régime français de la prestation compensatoire que les auteurs du projet de loi ont toutefois délibérément évité de reprendre.

Articles 247 à 249 nouveaux du Code civil

Sans observation.

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

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

La décision pénale, qui peut d'ailleurs statuer sur une demande civile, sert de fondement à une décision de nature patrimoniale dans le cadre d'une procédure de divorce. La prise en considération de la décision pénale sera d'ailleurs automatique et absolue et elle ne laissera au juge aucun pouvoir d'appréciation quant à la gravité des faits, l'importance de la peine, la date des faits, l'existence d'une récidive etc. Qu'en est-il en cas de réhabilitation légale ou judiciaire du conjoint condamné pénalement ? Le Conseil d'État pourrait concevoir un système dans lequel la décision du juge pénal porte sur la perte des avantages matrimoniaux, soit en tant que peine accessoire, soit en tant que condamnation au civil. La condamnation à une privation du droit à une pension alimentaire est plus difficile à mettre en œuvre, en tant que condamnation au civil, dès lors qu'une telle condamnation ne serait

effective que lors d'un divorce ultérieur. Elle pourrait toutefois être prononcée au titre de peine accessoire « privative de droits ». Un tel mécanisme aurait l'avantage de rattacher les effets patrimoniaux en cause au jugement pénal plutôt que de réintroduire la faute pénale dans la procédure de divorce. Il permettrait de « sanctionner » le conjoint, auteur des infractions, même dans le cas de figure où le jugement pénal intervient postérieurement au divorce sans devoir passer par une nouvelle procédure du type de celle visée au futur article 1007-32 du Nouveau Code de procédure civile.

Le Conseil d'État voudrait ajouter quelques considérations d'ordre technique par rapport au dispositif prévu dans les dispositions amendées. La référence particulière à la tentative, avec énumération des dispositions du Code pénal qui incriminent la tentative, est, de l'avis du Conseil d'État, superflue. Dans l'hypothèse où une des dispositions prévues n'incrimine pas précisément la tentative, il est évident qu'il n'y aura pas de décision de condamnation. Dans les hypothèses où la disposition du Code pénal incrimine, à la fois, l'infraction accomplie et la tentative, la référence à une décision de condamnation pour violation de cette disposition du Code pénal couvre les deux hypothèses.

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

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

Article 252 nouveau du Code civil

Au nouvel article 252 du Code civil, les auteurs des amendements maintiennent le dispositif de l'assurance rétroactive d'un conjoint dans le cadre de la procédure de divorce prévu dans le projet de loi initial à l'article 257.

Répondant aux critiques du Conseil d'État formulées dans son avis du 6 décembre 2016, le nouveau dispositif est limité au divorce pour rupture irrémédiable des relations conjugales à l'exclusion du divorce par consentement mutuel. De même, la référence aux raisons familiales est supprimée, le mariage constituant en lui-même une raison familiale au sens du règlement grand-ducal modifié du 5 mai 1999 concernant l'assurance continuée, l'assurance complémentaire, l'assurance facultative, l'achat rétroactif de périodes d'assurance et la restitution de cotisations remboursées dans le régime général d'assurance pension. Toujours pour répondre aux interrogations du Conseil d'État sur la procédure à suivre, le paragraphe 1^{er}

est complété par un alinéa 2 contenant des dispositions procédurales. Sur ce point, le Conseil d'État se demande pour quelles raisons les auteurs des amendements n'ont pas intégré cet alinéa dans le nouvel article 1007-31 du Nouveau Code de procédure civile, objet de l'amendement 33.

Dans son avis du 6 décembre 2016, le Conseil d'État avait réservé sa position quant à la dispense du second vote constitutionnel en relation avec le respect du principe d'égalité devant la loi que soulève la détermination d'une période minimale de réduction ou de cessation de l'activité professionnelle pour donner droit à une assurance rétroactive. Les auteurs des amendements remplacent la période minimale de cinq années, ayant figuré dans l'article 257 du Code civil, dans la version initiale du projet de loi, par une période de deux ans et demi. Par ailleurs, le cumul de plusieurs périodes non consécutives est possible. Ils expliquent vouloir tenir compte des interrogations du Conseil d'État. Le critère d'une période de deux ans et demi se justifierait en relation avec la situation de référence d'un abandon complet d'une tâche à temps plein.

Le Conseil d'État a du mal à suivre la justification avancée par les auteurs des amendements, qui, outre des considérations pratiques d'ordre administratif, se résume à un calcul des possibilités de rachat au prorata de la période d'activité abandonnée, temps plein ou partiel, mais qui n'explique nullement la raison d'être de cette période. Dans ces conditions, le Conseil d'État doit maintenir sa réserve de dispense du second vote constitutionnel.

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

Les modifications apportées aux paragraphes 4 à 6 n'appellent pas d'observation.

Concernant la référence, au paragraphe 7, à un règlement grand-ducal qui doit préciser la méthodologie de calcul du montant de référence, le Conseil d'État relève qu'il a été saisi d'un tel projet de règlement grand-ducal par dépêche du 25 septembre 2017².

Article 253 nouveau du Code civil

Au nouvel article 253 du Code civil, article 258 dans la version initiale du projet de loi, les auteurs de l'amendement maintiennent le mécanisme de

² Projet de règlement grand-ducal relatif au calcul du montant de référence et aux modalités de versement et de restitution des montants visés à l'article 252 du Code civil.

l'attribution de la jouissance du logement familial au conjoint exerçant seul ou en commun l'autorité parentale et auprès duquel le ou les enfants ont leur résidence principale. La condition que le ou les enfants soient âgés de moins de douze ans révolus à la date du prononcé du divorce est maintenue. Le mécanisme retenu dans les amendements est modifié en ce sens que l'attribution de la jouissance du logement est justifiée par l'intérêt supérieur des enfants, mais pourra aller jusqu'à deux ans au-delà de la date du prononcé du divorce. Le Conseil d'État, tout en marquant son accord avec ces modifications, renvoie aux considérations émises dans son avis du 6 décembre 2016.

Amendement 82

L'amendement sous examen reprend dans un nouvel article 254 du Code civil le dispositif de l'actuel article 305, qui avait été supprimé dans le projet de loi initial, et qui détermine la loi applicable au divorce et à la séparation de corps. Les auteurs de l'amendement expliquent ce choix par la nécessité de régler des cas de figure qui échappent à la réglementation européenne, à savoir les règlements (UE) n^{os} 4/2009, 1259/2010 et 1103/2016.

Amendement 83

Sans observation.

Amendement 84

Le Conseil d'État marque son accord avec la suppression, à l'article 372-1 du Code civil, de la définition de l'acte non usuel de l'autorité parentale.

Amendement 85

Sans observation.

Amendement 86

À la suite des critiques relatives à une discrimination entre les père et mère, émises par les autorités judiciaires, les auteurs de l'amendement renoncent, au nouvel article 375 du Code civil, à reprendre le dispositif de l'article 372 du code civil français. L'autorité parentale sera désormais exercée en commun, sauf dans le cas de figure où le parent en cause était défendeur à une action en établissement de la filiation. Le Conseil d'État peut marquer son accord avec cet amendement, même s'il ne partage pas les craintes émises par les autorités judiciaires, étant donné que le principe d'égalité de traitement a la même portée en droit français et en droit luxembourgeois. Le Conseil d'État comprend encore que ce mécanisme légal ne saurait s'appliquer que sous réserve d'une décision différente prise par le juge en considération de l'intérêt supérieur de l'enfant. Il se demande s'il ne serait pas indiqué d'ajouter cette réserve au texte sous examen.

Amendement 87

Sans observation.

Amendement 88

Les modifications apportées aux nouveaux articles 377 et 378 du Code civil n'appellent pas d'observation.

Le Conseil d'État marque son accord avec la modification du nouvel article 378-1 du Code civil relatif au régime de la résidence en alternance et qui est inspirée du dispositif de l'article 373-2-9 du code civil français.

Amendements 89 à 98

Sans observation.

Amendement 99

L'amendement 99 modifie l'article 174 du Code de la sécurité sociale. La modification du Code de la sécurité sociale doit être lue en relation avec le nouvel article 252 du Code civil relatif à l'assurance rétroactive d'un conjoint en cas de divorce. Le dispositif se trouve simplifié par rapport au texte prévu dans le projet de loi dans sa version initiale.

La prise en charge par l'État répond aux règles du droit commun en la matière.

Amendements 100 à 114

Sans observation.

Amendement 115

Le Conseil d'État marque son accord avec l'ajout qui fait suite à une observation du tribunal d'arrondissement de Luxembourg. Par souci de cohérence avec le libellé de l'article 241 du Code civil, modifié par l'amendement 81, le Conseil d'État propose de dire « avant que la cause ne soit prise en délibéré ».

Amendements 116 à 118

Sans observation.

Amendement 119

L'amendement 119 modifie l'article 8 du projet de loi dans sa version initiale (article 9 de la version modifiée par les amendements) qui porte sur les changements à apporter à la loi modifiée du 7 mars 1980 sur l'organisation judiciaire.

La suppression de deux postes de juges de paix, prévue dans la version initiale du projet de loi, est abandonnée.

Les articles 11 et 12 de la loi précitée du 7 mars 1980 sont modifiés pour tenir compte du renforcement du nombre des magistrats, juges et substituts, qu'implique l'adoption du projet de loi sous examen. Le dispositif initialement prévu est encore modifié pour tenir compte de la loi du 27 juin 2017 arrêtant un programme pluriannuel de recrutement dans la magistrature et portant modification de la loi modifiée du 7 mars 1980 sur l'organisation judiciaire. L'amendement doit être lu en relation avec l'amendement 126 qui modifie la loi précitée du 27 juin 2017.

Le Conseil d'État s'interroge sur l'alinéa 2 ajouté au paragraphe 3 de l'article 15 de la loi précitée du 7 mars 1980 qui prévoit que les substituts nommés pour assurer les fonctions du ministère public auprès du tribunal de la jeunesse et des tutelles vont également intervenir dans le cadre des procédures de divorce ou de séparation de corps chaque fois que le tribunal d'arrondissement est appelé à statuer sur des mesures provisoires relatives à la personne, aux aliments et aux biens d'enfants mineurs non émancipés. Le Conseil d'État propose d'omettre les mots « non émancipés », étant donné que par l'émancipation, le mineur perd son statut d'incapacité. Quelles sont les raisons de ce régime spécifique par opposition au rôle général du parquet dans les affaires portant sur le droit de la famille ? Pourquoi exclure la tutelle pour majeurs ? Pourquoi ce régime serait-il limité aux mesures provisoires ? Le Conseil d'État ne comprend pas la nécessité de recourir à la loi pour organiser la répartition des tâches et le service d'audience au sein du parquet, ceci d'autant plus que le parquet constitue un corps hiérarchisé.

Amendements 120 et 121

Sans observation.

Amendement 122

L'amendement 122 modifie l'article 108 de la loi modifiée du 27 juillet 1997 sur le contrat d'assurance en ajoutant comme cause du non-maintien du bénéficiaire d'un contrat d'assurance au profit du conjoint l'hypothèse de la perte des avantages matrimoniaux en application de l'article 251 nouveau du Code civil.

Cet ajout s'inscrit dans la logique de l'article 251 nouveau et le Conseil d'État renvoie aux observations qu'il a formulées à l'endroit de cette disposition.

Amendements 123 à 125

Sans observation.

Amendements 126

L'amendement sous examen modifie la loi précitée du 27 juin 2017. Les nouvelles dispositions prévoient notamment un renforcement des effectifs des tribunaux d'arrondissement de Luxembourg et de Diekirch et des parquets auprès de ces tribunaux par rapport à ceux programmés dans la loi précitée du 27 juin 2017. Le Conseil d'État attire l'attention des auteurs

de l'amendement sur une erreur matérielle concernant le nombre de substituts du parquet de Diekirch qui est déjà de deux à l'heure actuelle.

Le Conseil d'État note que la réforme envisagée devait conduire à des procédures simplifiées et plus rapides n'impliquant pas nécessairement un accroissement des effectifs des juridictions. Même si la réforme envisagée implique de nouvelles charges de travail, le Conseil d'État rappelle les mises en garde, formulées dans l'avis du 7 avril 2017 sur le projet de loi n° 7108 arrêtant un programme pluriannuel de recrutement dans la magistrature et portant modification de la loi modifiée du 7 mars 1980 sur l'organisation judiciaire, contre un accroissement continu et important des effectifs des juridictions qui, d'un côté, n'est pas, à lui seul, de nature à assurer un délai raisonnable dans les procédures et qui, d'un autre côté, trouve ses limites dans le nombre restreint de candidats remplissant les qualifications requises pour accéder à la magistrature.

Amendements 127 et 128

Sans observation.

Observations d'ordre légistique

Observations générales

À travers le dispositif, il convient d'écrire « procureur d'État » avec une lettre initiale « p » minuscule, « Code de la sécurité sociale » avec une lettre initiale « s » minuscule pour le mot « sécurité » et « Inspection générale de la sécurité sociale » avec une lettre « s » minuscule pour le mot « sécurité ».

Amendements 22 et 50

Aux articles 1007-20 et 1007-43, tel qu'il est proposé de les insérer dans le Nouveau Code de procédure civile, le Conseil d'État propose de remplacer les termes « s'il y a lieu » par l'expression « le cas échéant » et de faire abstraction du mot « dûment » en ce qu'il est superflu.

Amendement 38

Il convient de remplacer le terme « respectivement » par « et » à l'article 1007-33, alinéa 5, tel qu'il est proposé de l'insérer dans le Nouveau Code de procédure civile.

Ainsi délibéré en séance plénière et adopté à l'unanimité des 20 votants, le 30 janvier 2018.

Le Secrétaire général,

s. Marc Besch

Le Président,

s. Georges Wivenes