

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. de la loi modifiée du 7 mars 1980 sur l'organisation judiciaire ;**
- 6. de la loi modifiée du 26 mai 1954 réglant les pensions des fonctionnaires de l'État ;**
- 7. de la loi modifiée du 11 novembre 1970 sur les cessions et saisies des rémunérations de travail ainsi que les pensions et rentes ;**
- 8. de la loi modifiée du 10 août 1992 relative à la protection de la jeunesse ;**
- 9. de la loi modifiée du 3 août 1998 instituant des régimes de pension spéciaux pour les fonctionnaires de l'État et des communes ainsi que pour les agents de la Société nationale des chemins de fer luxembourgeois ;**
- 10. de la loi modifiée du 9 juillet 2004 relative aux effets légaux de certains partenariats ;**
- 11. de la loi du 25 mars 2015 instituant un régime de pension spécial transitoire pour les fonctionnaires de l'État et des communes ainsi que pour les agents de la Société nationale des Chemins de Fer luxembourgeois**

Avis du Conseil d'État

(6 décembre 2016)

Par dépêche du 26 mai 2016, du Premier ministre, ministre d'État, le Conseil d'État a été saisi du projet de loi sous rubrique qui a été élaboré par le ministre de la Justice.

Le projet de loi était accompagné d'un exposé des motifs, d'un commentaire des articles, d'une fiche d'évaluation d'impact, d'une fiche financière ainsi que d'un texte coordonné juxtaposant les dispositions actuelles et celles issues de la loi en projet.

Par dépêche du 7 juillet 2016, l'avis de la Chambre de commerce a été communiqué au Conseil d'État.

Les avis de la Caisse nationale d'assurance pension et des autorités judiciaires ont été communiqués au Conseil d'État par dépêches respectives des 3 et 24 novembre 2016.

Considérations générales

Le projet de loi sous examen vise à réaliser une réforme majeure du droit de la famille appelé de ses vœux tant par les personnes concernées que par les professionnels. Il doit être vu en relation avec le projet de loi n° 5155 portant réforme du divorce, introduit en 2003, et sur lequel le Conseil d'État a rendu un premier avis le 16 mars 2004¹ et un avis complémentaire le 16 juillet 2010². Plutôt que de présenter de nouveaux amendements à la suite de ce dernier avis, le Gouvernement a opté, en 2016, pour l'introduction d'un nouveau projet de loi plus global. Toute une série d'observations faites par le Conseil d'État en 2004 et en 2010 restent pourtant valables et le Conseil d'État aura l'occasion de s'y référer.

Le projet de loi sous examen poursuit trois objectifs principaux, la création d'un juge aux affaires familiales, une réforme du divorce et une réforme de l'autorité parentale.

La création de la fonction du juge aux affaires familiales répond à une demande de longue date de nombreux organismes actifs dans le secteur. Les auteurs se sont inspirés d'un dispositif déjà en vigueur en France. Le juge aux affaires familiales regroupera entre ses mains une série de compétences relevant actuellement de juridictions différentes, le tribunal d'arrondissement compétent pour le divorce, le juge des référés, le juge de la jeunesse, le juge des tutelles ou encore le juge de paix ; le juge aux affaires familiales siégera comme juge unique ; la procédure sera simplifiée, il n'y aura pas d'obligation de constituer avocat dans toutes les procédures et les délais seront raccourcis.

Le deuxième objectif, qui est la réforme du divorce, porte sur les points suivants :

D'abord, le divorce pour faute sera aboli, les seules formes étant le divorce par consentement mutuel et le divorce pour rupture irrémédiable des relations conjugales. La commission d'infractions par un conjoint ne sera pas prise en compte pour le divorce en tant que tel, mais au niveau de ses conséquences financières.

Ensuite, en cas de divorce, l'autorité parentale conjointe sera la règle.

Le projet de loi vise encore à assurer un traitement équitable des conséquences économiques du divorce en modifiant les mécanismes de fixation et de révision de la pension alimentaire et en mettant en place un mécanisme de rachat de périodes d'assurance par le conjoint qui cessé ou réduit ses activités pour des raisons familiales.

¹ Doc. parl. n° 5155²

² Doc. parl. n° 5155⁸

Enfin, les règles procédurales sont simplifiées en particulier en cas de divorce pour rupture irrémédiable des relations conjugales.

Le troisième volet de la loi en projet porte sur la réforme de l'autorité parentale. Les dispositions nouvelles sont également inspirées du droit français. Il s'agit de consacrer le principe de la coparentalité et de mettre sur un pied d'égalité les deux parents. L'autorité parentale est définie en relation avec l'intérêt de l'enfant qui sera le seul critère de tout aménagement de cette autorité.

Le Conseil d'État, tout en saluant les objectifs du projet de loi, voudrait formuler quelques observations critiques quant à la rédaction du texte. Il note, d'abord, que le projet de loi, malgré l'objectif affiché d'une simplification, augmente considérablement le nombre des dispositions du Code civil et du Nouveau Code de procédure civile portant sur les matières visées par la réforme. Il regrette les nombreuses incohérences entre les dispositions proposées au niveau de la détermination des juridictions compétentes ainsi que l'articulation souvent défailante entre les dispositions du Code civil et celles du Nouveau Code de procédure civile. Cette critique vaut encore pour les redites ainsi que pour l'insertion ou le maintien dans les codes de dispositions superfétatoires. Le Conseil d'État relève encore que, loin de simplifier les procédures et de garantir une décharge du juge, le projet sous examen impose des obligations lourdes de contrôle au nouveau juge aux affaires familiales, en particulier dans les procédures de divorce, obligations auxquelles il aura du mal, dans la pratique, à répondre. Le Conseil d'État aurait encore apprécié que, dans le commentaire, les auteurs, plutôt que de paraphraser le texte du projet, indiquent plus systématiquement les dispositions des lois étrangères dont ils se sont inspirés et expliquent les raisons pour lesquelles ils ont opté pour des aménagements. Le Conseil d'État estime qu'un avis des Ordres des avocats de Luxembourg et de Diekirch aurait été utile, étant donné que le projet sous examen renforce le rôle des avocats et leurs responsabilités dans certaines procédures.

Examen des articles

Article 1^{er} – Modification du Nouveau Code de procédure civile relative à la création du juge aux affaires familiales

Points 1) à 3)

Sans observation.

Point 4) (articles nouveaux 1007-1 à 1007-11)

Article 1007-1

L'article 1007-1 nouveau du Nouveau Code de procédure civile détermine le champ de compétence d'ordre matériel du juge aux affaires familiales.

Le Conseil d'État considère que le champ de compétence du juge aux affaires familiales qui est proposé par les auteurs tant en fonction des matières, que des procédures, dans lesquelles le nouveau juge est appelé à intervenir, en renvoyant aux titres concernés du Code civil et du Nouveau Code de procédure civile, prête à confusion. Aussi suggère-t-il, à l'image de l'article L213-3³ du code de l'organisation judiciaire français⁴, de formuler le champ de compétence en définissant les différents domaines de compétence du juge aux affaires familiales. Il propose de formuler l'article 1007-1 comme suit :

« Art. 1007-1. Le juge aux affaires familiales connaît :

- 1) des demandes en autorisation de mariage des mineurs, demandes en nullité de mariage, des demandes de mainlevée du sursis à la célébration du mariage, du renouvellement du sursis, de l'opposition au mariage et de mainlevée du sursis ;
- 2) des demandes ayant trait aux contrats de mariage et aux régimes matrimoniaux et des demandes en séparation de biens ;
- 3) des demandes concernant les droits et devoirs respectifs des conjoints et la contribution aux charges du mariage et du partenariat enregistré ;
- 4) du divorce et de la séparation de corps et de leurs conséquences ainsi que des mesures provisoires pendant la procédure de divorce et en cas de cessation du partenariat enregistré ;
- 5) des demandes en matière de pension alimentaire ;
- 6) des demandes relatives à l'exercice du droit de visite, à l'hébergement et à la contribution à l'entretien et à l'éducation des enfants ;
- 7) (des demandes relatives à l'exercice de l'autorité parentale, à l'exclusion de celles relatives au retrait de l'autorité parentale) ;

³ Dans chaque tribunal de grande instance, un ou plusieurs magistrats du siège sont délégués dans les fonctions de juge aux affaires familiales.

Le juge aux affaires familiales connaît :

1° De l'homologation judiciaire du changement de régime matrimonial, des demandes relatives au fonctionnement des régimes matrimoniaux et des indivisions entre personnes liées par un pacte civil de solidarité ou entre concubins, de la séparation de biens judiciaire, sous réserve des compétences du président du tribunal de grande instance et du juge des tutelles des majeurs ;

2° Du divorce, de la séparation de corps et de leurs conséquences, de la liquidation et du partage des intérêts patrimoniaux des époux, des personnes liées par un pacte civil de solidarité et des concubins, sauf en cas de décès ou de déclaration d'absence ;

3° Des actions liées :

a) A la fixation de l'obligation alimentaire, de la contribution aux charges du mariage ou du pacte civil de solidarité et de la contribution à l'entretien et à l'éducation des enfants ;

b) A l'exercice de l'autorité parentale ;

c) A la révision de la prestation compensatoire ou de ses modalités de paiement ;

d) Au changement de prénom ;

e) A la protection à l'encontre du conjoint, du partenaire lié par un pacte civil de solidarité ou du concubin violent ou d'un ancien conjoint, partenaire lié par un pacte civil de solidarité ou concubin violent ;

f) A la protection de la personne majeure menacée de mariage forcé ;

⁴ Voir également l'article 25, alinéas 1^{er} et 2 du Nouveau Code de procédure civile :

« **Art. 25.** (L. 8 juin 1999) Le tribunal du travail est compétent pour connaître des contestations relatives aux contrats de travail, aux contrats d'apprentissage et aux régimes complémentaires de pension qui s'élèvent entre les employeurs, d'une part, et leurs salariés, d'autre part, y compris celles survenant après que l'engagement a pris fin.

(L. 8 juin 1999) Le tribunal du travail est compétent pour connaître des contestations relatives aux prestations de l'assurance insolvabilité prévue au chapitre V de la loi du 8 juin 1999 sur les régimes complémentaires de pension qui s'élèvent entre l'organisme visé à l'article 21 ou une compagnie d'assurance-vie telle que visée à l'article 24 paragraphe (1) de la même loi, d'une part, et les salariés, anciens salariés et ayants droit, d'autre part. »

- 8) des décisions en matière d'administration légale des biens des mineurs et de celles relatives à la tutelle des mineurs ;
- 9) des demandes d'interdiction de retour au domicile des personnes expulsées de leur domicile en vertu de l'article 1^{er}, paragraphe 1^{er}, de la loi modifiée du 8 septembre 2003 sur la violence domestique et de prolongation des interdictions que comporte cette expulsion en vertu de l'article 1^{er}, paragraphe 2, de cette loi ainsi que des recours formés contre ces mesures ;
- 10) des demandes d'entraide judiciaire en matière de droit de garde et de droit de visite des enfants. »

Le Conseil d'État se demande pour quelles raisons l'ensemble du contentieux relatif à l'autorité parentale y compris le retrait total ou partiel de l'autorité parentale n'est pas attribué au juge aux affaires familiales. C'est dans cette optique que les parenthèses au point 7) de l'énumération des compétences du juge aux affaires familiales sont à comprendre.

Article 1007-2

L'article 1007-2 sous examen détermine la compétence territoriale du juge aux affaires familiales. Le texte est repris de l'article 1070 du code de procédure civile français, sauf réserve du recours au terme « demeure » à la place du terme « réside » retenu dans le code français. Le Conseil d'État s'interroge sur la formule introductive « Sauf dispositions particulières », formule qui ne figure pas dans le texte de référence français. Si les auteurs ont entendu sauvegarder l'application du règlement (UE) n°1215/2012 du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2012 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, la réserve est superflue, étant donné que le règlement est d'essence supérieure à la loi et directement applicable. Si les auteurs ont en vue des situations réglées par d'autres dispositions ne revêtant pas les caractéristiques d'effet direct et de primauté, ils devraient les indiquer.

Article 1007-3

L'article 1007-3 organise la procédure de saisine du juge aux affaires familiales. Le Conseil d'État approuve le choix des auteurs de retenir une procédure unique et simplifiée par voie de requête.

Il s'interroge, une nouvelle fois, sur la formule de précaution « Sauf dispositions particulières » et invite les auteurs, soit à omettre ce bout de phrase, soit à préciser leur intention. Le Conseil d'État s'interroge encore sur la nécessité de préciser que la requête se fait sur « papier libre ». Certes, cette formule figure à l'article 144 du Nouveau Code de procédure civile pour les requêtes introduites devant les juridictions du travail et à l'article 20 de la loi modifiée du 21 septembre 2006 sur le bail à usage d'habitation. Le Conseil d'État se demande toutefois si le maintien de telles formules n'est pas désuet, alors que le papier libre s'oppose au papier dit timbré qui n'est plus d'usage dans les recours en justice. La même observation vaut pour toute une série de dispositions qui suivent et dans lesquelles la notion de « papier libre » est reprise.

En ce qui concerne le paragraphe 2, le Conseil d'État propose de reprendre la formulation de l'article 547 du Nouveau Code de procédure civile sur la procédure devant les tribunaux d'arrondissement siégeant en matière commerciale et d'écrire :

« La procédure se fait sans le ministère d'avocat à la Cour ».

En ce qui concerne le paragraphe 4, le Conseil d'État réitère son observation relative au papier timbré.

Pour ce qui est des paragraphes 5 à 7, le Conseil d'État ne saisit pas l'articulation des différents délais. Cela vaut en particulier pour le délai dit de comparution visé au paragraphe 6. La comparution désigne le fait pour une partie ou pour un témoin de répondre à une citation en justice. Quelle est la portée de l'obligation de comparaître dans les huit jours si le ministère d'avocat n'est pas requis et si l'audience a lieu à une date ultérieure ? Le défendeur doit-il se manifester au greffe ? Par quel moyen ? Est-ce que les auteurs entendent obliger la partie défenderesse à se présenter à une première audience où l'affaire sera refixée au mois ? Quelle est l'utilité de cette procédure pour les parties ? Autant convoquer de suite les parties à une audience dans un certain délai dans l'optique que l'affaire sera effectivement retenue et non pas remise à une date ultérieure.

Le paragraphe 5 renvoie aux formes de l'article 170 et aux nullités de l'article 80 du Nouveau Code de procédure civile. Le Conseil d'État est conscient que l'article 147 du Nouveau Code de procédure civile contient également un tel renvoi pour les convocations devant la juridiction du travail. Le Conseil d'État se demande toutefois si ces renvois ne pourraient pas être omis, alors que le respect des articles 80 et 170 s'impose, même sans renvoi spécifique. Le renvoi aux délais de distance est à omettre, à l'instar de l'article 147 du Nouveau Code de procédure civile.

Le paragraphe 7 reprend la réserve « Sauf dispositions particulières » dont le Conseil d'État ne saisit pas la portée.

Article 1007-4

L'article 1007-4 prévoit que le juge aux affaires familiales s'entretient personnellement avec les parties et a une mission générale de conciliation. Il peut proposer le recours à un médiateur familial. L'article est inspiré de l'article 1071 du code de procédure civile français. Le commentaire précise que cette mission n'exclut pas l'application des dispositions qui existent actuellement en matière de médiation et qui sont prévues aux articles 1251-1 et suivants du Nouveau Code de procédure civile. Compte tenu de ce commentaire, le Conseil d'État se demande si le médiateur « familial » constitue, aux yeux des auteurs du texte, un médiateur spécial qui ne relève pas de l'article 1251-1 ? Si cette lecture est correcte se pose la question de l'organisation et du cadre juridique de ce type spécial de médiation. Si les auteurs entendent faire référence aux procédures de médiation de droit commun c'est l'article 1251-1 qui s'applique.

Le Conseil d'État voudrait faire une observation plus fondamentale quant aux renvois répétés dans la loi en projet à la médiation au sens des articles 1251-1 et suivants du Nouveau Code de procédure civile. Ce

dispositif de médiation s'applique en toute matière et notamment, en vertu du paragraphe 2, en matière familiale. La faculté pour le juge de proposer une médiation n'a pas besoin d'être rappelée dans le présent contexte. Il est vrai que l'article 1251-1 n'envisage pas un pouvoir d'injonction dans le chef du juge. Le Conseil d'État s'interroge encore sur la pertinence ou l'efficacité d'une procédure de médiation qui est imposée aux parties.

Article 1007-5

Le juge aux affaires familiales peut exercer les fonctions de juge des référés lorsque cette procédure est prévue. L'article est largement inspiré de l'article 1073 du code de procédure civile français. Le Conseil d'État renvoie aux observations à l'endroit de l'article 1007-11.

Article 1007-6

L'article sous examen prévoit que les audiences du juge aux affaires familiales échappent au principe de la publicité et se déroulent en chambre du conseil. Les auteurs expliquent ce choix par le souci de protéger la vie privée et familiale des parties et notamment celle des enfants concernés. Ils font référence à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme dans l'arrêt B. et P. c. Royaume-Uni du 24 avril 2001 qui a reconnu la nécessité d'assurer un équilibre entre le principe de la publicité des débats, garant d'un procès équitable, et la sauvegarde d'autres valeurs. Ils invoquent encore un avis du Conseil d'État de Belgique⁵ qui a mis en balance d'un côté le principe de droit fondamental de la publicité des audiences, inscrit au Luxembourg à l'article 88 de la Constitution⁶, et, d'autre part, le droit fondamental du respect de la vie privée et familiale. Le principe de la publicité est respecté pour le prononcé de la décision.

Le Conseil d'État a des réserves à voir l'exception du huis-clos être érigée en règle dans toute procédure devant le juge aux affaires familiales au regard du principe fondamental de la publicité de la justice. Autant il comprend la nécessité d'exclure le public dans l'intérêt des enfants, autant il s'interroge sur le huis-clos si le litige a un objet purement patrimonial. Le Conseil d'État relève que l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme du 24 avril 2001 portait sur la publicité d'une procédure judiciaire ayant pour objet la situation des enfants lors d'un divorce des parents. Selon la Cour européenne, il s'agit d'une situation dans laquelle il peut se justifier d'interdire l'accès de la salle d'audience à la presse et au public en vue de protéger la vie privée de l'enfant concerné et des parties et d'éviter de porter atteinte aux intérêts de la justice.⁷⁸ Le Conseil d'État préconise une formule

⁵ Avis du Conseil d'État belge n° 44.203/2 du 2 juin 2008 concernant une proposition de loi « modifiant l'article 757 du code judiciaire, relatif au huis clos en matière familiale », doc. Sénat belge n° 4-295/2

⁶ Art. 88. Les audiences des tribunaux sont publiques, à moins que cette publicité ne soit dangereuse pour l'ordre ou les mœurs, et, dans ce cas, le tribunal le déclare par un jugement.

⁷ Point 38 de l'arrêt B. et P. c. Royaume-Uni du 24 avril 2001 de la Cour européenne des droits de l'homme

⁸ Article 6, paragraphe 1^{er}, de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales : « Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera, soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil, soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle. Le jugement doit être rendu publiquement, mais l'accès de la salle d'audience peut être interdit à la presse et au public pendant la totalité ou une partie du procès dans l'intérêt de la moralité, de l'ordre public ou de la sécurité nationale dans une société démocratique, lorsque les intérêts des mineurs ou la protection de la vie privée

permettant au juge de prononcer le huis clos dans l'intérêt des enfants ou sur demande motivée des parties.

Article 1007-7

L'article 1007-7 pose, à l'alinéa 1^{er}, le principe que le juge aux affaires familiales statue seul.

Le principe du juge unique n'est toutefois pas absolu. L'alinéa 2 prévoit que le juge aux affaires familiales peut, soit d'office soit sur demande d'une des parties, décider de renvoyer le dossier à une formation collégiale du tribunal d'arrondissement composée d'au moins un juge aux affaires familiales en raison de la complexité particulière de l'affaire ou de la nécessité de trancher une question juridique de principe. Une autre exception a trait au contentieux des litiges relatifs aux difficultés de liquidation des communautés qui sont toujours tranchés par une formation collégiale. La décision de renvoyer le litige devant une chambre collégiale constitue une simple mesure d'organisation administrative et n'est pas susceptible d'appel.

Le Conseil d'État marque son accord avec le choix du juge unique d'autant plus qu'un recours est ouvert devant la Cour d'appel siégeant en composition collégiale. Il peut également comprendre la nécessité de prévoir, dès la première instance, à titre exceptionnel, le renvoi devant une composition collégiale compte tenu des questions de principe soulevées par une affaire. Le renvoi à une composition collégiale aurait avantage à être encadré plus strictement. Le Conseil d'État ne voit aucune justification à voir trancher par la composition collégiale toutes les affaires de liquidation des régimes matrimoniaux, d'autant plus que les juges auront fréquemment recours à des experts pour opérer la liquidation. Il voudrait encore souligner le risque que le renvoi devant une composition collégiale ne devienne la règle pour des considérations d'ordre pratique.

Article 1007-8

L'article 1007-8 porte sur la notification des jugements et le délai d'appel. L'alinéa 2 dit correctement que le recours est porté devant la Cour d'appel. Pour le surplus, le texte est superflu et juridiquement discutable. Le droit de recours est fonction de la qualité de partie en première instance. La notification est importante pour le délai de recours, mais ne détermine pas le droit de faire appel. Pour le calcul des délais le droit commun s'applique.

Article 1007-9

L'article sous examen définit la procédure d'appel. Le texte prévoit l'instrument de la requête, mais impose le recours à un avocat à la Cour.

En ce qui concerne le paragraphe 1^{er}, le Conseil d'État ne saisit pas la portée de la réserve « sauf dispositions particulières ». Si les auteurs ont en vue des procédures particulières d'appel où la voie de la requête est exclue, il y a lieu de les préciser.

des parties au procès l'exigent, ou dans la mesure jugée strictement nécessaire par le tribunal, lorsque dans des circonstances spéciales la publicité serait de nature à porter atteinte aux intérêts de la justice. »

Pour ce qui est du contenu de la requête d'appel, le Conseil d'État préconise de viser au point 6°, non pas les prétentions des parties, mais l'objet de la demande et cela dans le respect de la logique de l'article 53 du Nouveau Code de procédure civile. Le Conseil d'État considère encore que l'exigence d'un dépôt de la requête en trois exemplaires est à omettre. La procédure civile est destinée à régler le déroulement du procès, mais non pas à faciliter les problèmes d'organisation interne du greffe. Les pièces peuvent valablement être communiquées par un avocat à l'avocat de la partie adverse. Une notification à la partie intimée peut être omise. Le Conseil d'État renvoie, à cet égard, au projet de loi n° 6563B⁹ ainsi qu'à son avis y relatif du 6 mai 2014.

Le paragraphe 9 donne compétence à la chambre civile de la Cour d'appel pour connaître de l'appel. Le Conseil d'État relève que le concept de chambre civile de la Cour d'appel figure dans une série de dispositions de la loi modifiée du 7 mars 1980 sur l'organisation judiciaire¹⁰ et du Nouveau Code de procédure civile¹¹. La règle de base est que la Cour d'appel est composée de chambres dont certaines siègent en matière civile. L'attribution des appels se fait selon les matières et, à moins d'instituer une chambre spécifique pour le contentieux du droit de la famille, les appels en la matière seront attribués à une chambre siégeant en matière civile. Il est dès lors inutile de préciser la compétence de la chambre civile.

Le texte prévu pose le principe que les conclusions écrites constituent l'exception. Autant le Conseil d'État comprend le souci des auteurs d'assurer une procédure rapide et peu coûteuse, autant il s'interroge sur le risque d'un effet éventuellement contreproductif du mécanisme envisagé. Les conclusions écrites peuvent revêtir une utilité certaine en la matière pour circonscrire clairement la position des parties et garantir une décision répondant à tous les moyens. Le Conseil d'État note que les auteurs ont d'ailleurs estimé utile de prévoir la possibilité pour la Cour de demander des conclusions écrites. Le Conseil d'État préconise un régime de conclusions écrites limité à un échange d'un corps de conclusions et permettant à la Cour d'appel de demander aux parties, si elles sont d'accord, de se contenter de conclusions orales.

Article 1007-10

Le Conseil d'État renvoie à ses observations antérieures quant à la compétence de la chambre civile.

La précision que la chambre siège en composition collégiale est superflue alors que c'est la règle. Il s'impose uniquement de prévoir expressément la possibilité du juge unique.

⁹ Projet de loi portant modification

1) de la loi modifiée du 7 novembre 1996 portant organisation des juridictions de l'ordre administratif ;

2) de la loi modifiée du 21 juin 1999 portant règlement de procédure devant les juridictions administratives

¹⁰ Article 85 sur la rectification des feuilles et procès-verbaux d'audience, article 111 sur la réception et article 128 sur les prestations de serment

¹¹ Article 448 sur la taxe des indemnités, article 997 sur la rectification des jugements et arrêts, article 1007-2 sur la mainlevée du sursis à célébration de mariage, article 1049 en matière de tutelle

Article 1007-11

L'article 1007-11 introduit une procédure particulière de référé en cas d'urgence absolue. La procédure tant en première instance qu'en appel doit respecter des délais stricts.

Le Conseil d'État a quelques difficultés à suivre les auteurs sur la nécessité d'introduire un article créant une procédure de référé urgence absolue.

Selon les auteurs, cette procédure est justifiée par le fait que les requêtes adressées au juge aux affaires familiales sont renfermées dans des délais contraignants et que de ce fait la nécessité d'un référé tel qu'il existe actuellement n'est plus utile.

Pourtant l'article 1007-5, que le présent projet de loi propose d'introduire, prévoit que le juge aux affaires familiales exerce la fonction de juge des référés lorsqu'elle est prévue.

Le Conseil d'État se doit de rappeler que l'article 932 du Nouveau Code de procédure civile prévoit que, dans les cas d'urgence, le président du tribunal d'arrondissement ou le juge qui le remplace, peut ordonner en référé toutes les mesures qui ne se heurtent à aucune contestation sérieuse ou que justifie l'existence d'un différend. Par voie de conséquence, l'intervention d'un juge des référés est prévue en toutes matières à condition que soit justifiée une urgence ou une contestation sérieuse.

L'introduction d'un référé « urgence absolue » par l'article 1007-11 n'est donc pas nécessaire alors que le juge aux affaires familiales a déjà les compétences nécessaires au titre de l'article 1007-5.

L'article sous avis pourrait régler tout au plus la procédure. Le Conseil d'État constate cependant que la procédure telle que proposée n'est pas susceptible de permettre une évacuation rapide des affaires. En effet, les parties sont convoquées par la voie du greffe et dans un délai de quinzaine, l'affaire devant être évacuée en principe à l'audience.

Actuellement cependant, le référé est introduit par voie d'assignation et les délais normaux d'assignation ne sont pas à respecter. En pratique, si une assignation est notifiée le mercredi par exemple, l'affaire de référé pourra paraître à l'audience le lundi prochain. S'il s'agit d'un défaut et que le défendeur a été régulièrement touché, l'affaire pourra être évacuée à l'audience. Si le défendeur se présente en personne, elle sera également normalement prise à l'audience. Ce n'est que si le défendeur choisit un avocat que l'affaire est fixée normalement à quinzaine où elle pourra être évacuée. Si des retards ont lieu actuellement, c'est en raison de reports demandés par les plaideurs ou en raison de l'engorgement des rôles et non pas en raison de la procédure elle-même.

Dès lors, le Conseil d'État ne voit en quoi les dispositions proposées seraient de nature à accélérer la procédure. À cela s'ajoute que le juge doit vérifier si la partie défenderesse a été régulièrement touchée et que la preuve de la notification par voie postale n'est pas nécessairement disponible à

l'audience ce qui imposera une nouvelle convocation. Le Conseil d'État est d'avis qu'il conviendrait de prévoir, le cas échéant, à l'article 1007-5 tel que proposé, une procédure plus rapide de notification et de faire abstraction de l'article sous avis.

Par ailleurs, le Conseil d'État donne à considérer que cette solution a l'avantage de simplifier la procédure. En effet, tels que les textes sont proposés dans le projet de loi, la procédure de référé urgence et la procédure devant le juge aux affaires familiales, qui statue sur les mesures provisoires et finalement sur le fond, pourraient se suivre, ce qui ne contribue certes pas à une simplification procédurale et risque d'engorger les rôles des juges aux affaires matrimoniales.

L'état actuel de la procédure est à cet égard plus simple alors que le juge des référés se prononce sur les mesures provisoires et le juge du fond se prononce sur les mesures après divorce.

Point 5)

Sans observation

Point 6)

Article 1007-12

L'article 1007-12 détermine la compétence territoriale du juge aux affaires familiales en matière de divorce.

Le Conseil d'État note que l'article 1007-12 retient une terminologie différente de celle figurant à l'article 1007-2 en se référant au « juge (...) près du tribunal de l'arrondissement (...) ». Il y a lieu d'harmoniser les concepts. Si la formule se référant au tribunal est maintenue, il faut écrire « dans le ressort duquel les conjoints ont leur domicile ».

Il y a encore lieu de dire, à l'alinéa 2, « La compétence (...) au jour où la requête est introduite ». Quelle serait en effet, la requête « seconde » par rapport à une requête initiale ? Une fois la compétence déterminée par une première saisine, toute demande additionnelle ou action reconventionnelle est portée devant le juge compétent.

À titre d'observation générale, le Conseil d'État attire l'attention des auteurs sur la nécessité d'harmoniser les formules relatives à l'introduction des requêtes. Les textes sous examen visent tantôt le fait de présenter une requête, de la former ou de la déposer.

Article 1007-13

L'article 1007-13 est la première d'une série de dispositions qui règlent la procédure du divorce par consentement mutuel. Les nouvelles dispositions viennent remplacer les articles 275 et suivants du Code civil relatifs au divorce par consentement mutuel.

Le Conseil d'État marque son accord avec la suppression de la deuxième comparution des époux. Il note toutefois que la procédure de divorce par consentement mutuel est quelque peu compliquée par les dispositions sous avis, notamment par une intervention plus active du juge aux affaires familiales dans le contrôle de la convention conclue entre époux. Les auteurs ne se sont pas exprimés sur les raisons de ces changements d'une procédure qui s'est cependant avérée simple et d'ailleurs peu onéreuse pour les parties. Les problèmes, qui ont pu surgir en pratique dans le cadre de divorces par consentement mutuel ne semblent jamais s'être situés au niveau de la procédure elle-même, mais à un stade postérieur au divorce prononcé lors de l'application journalière des conventions entre parties, un risque que la procédure telle qu'amendée ne peut pas éliminer.

Le Conseil d'État approuve la dispense de l'obligation du ministère d'avocat à la Cour prévue au paragraphe 1^{er}. Il fait observer que les parties auront recours à un avocat ou à des avocats pour la convention de divorce et que, dans la pratique, cet avocat ou ces avocats vont également assister les parties devant le juge.

En ce qui concerne le paragraphe 2, le Conseil d'État note une différence de formulation avec l'article 1007-3 du Nouveau code de procédure civile. Quant au concept de « prétention du requérant » figurant au point 5°, le Conseil d'État renvoie à ses observations à l'endroit de l'article 1007-9.

Au paragraphe 3, le Conseil d'État relève que le texte sous examen renvoie au nouvel article 230 du Code civil qui porte sur la convention du divorce. À cet égard, le Conseil d'État ne voit pas la nécessité d'inscrire les dispositions sur la convention dans le Code civil et préconise une reprise des textes correspondants dans le Nouveau Code de procédure civile. Cette observation vaut tant pour la convention en tant que telle que pour la procédure d'homologation. Cette solution a l'avantage de réunir toutes les dispositions sur le divorce par consentement mutuel dans un code unique. Elle permettrait encore une formulation plus simple de l'article sous examen dans la mesure où les renvois pourront être omis. Le Conseil d'État note encore que l'article 230 du Code civil, dans la formulation qu'il doit recevoir dans la loi en projet, ne prévoit pas des actes autres que la convention de divorce ce qui montre que la formulation du paragraphe 3 est inappropriée.

En ce qui concerne le paragraphe 3, point 5), le Conseil d'État rappelle que la loi applicable au divorce est déterminée par l'article 5 du règlement (UE) n° 1259/2010 du 20 décembre 2010 mettant en œuvre une coopération renforcée dans le domaine de la loi applicable au divorce et à la séparation de corps. Le point 5) constitue une disposition d'ordre procédural qui oblige les parties à verser la convention de désignation de la loi applicable au divorce si une telle convention a été signée.

Le point 6) peut être omis, alors que la convention de divorce est visée à l'article 230 du Code civil.

Le renvoi, au point 7), à « toute autre pièce dont les requérants entendent se servir » est dépourvu de signification, dès lors que, dans un

divorce par consentement mutuel, les parties ne se servent pas d'autres pièces. Si les auteurs visent le contrat de mariage que les conjoints ont conclu et qu'il y aurait lieu de verser au juge, il serait indiqué de le dire clairement.

Article 1007-14

En ce qui concerne le paragraphe 1^{er}, le Conseil d'État s'interroge sur la nécessité de prévoir l'inscription du dépôt de la requête et des courriers sur « le registre de papier non timbré ». Le Code du travail utilise la formulation plus simple de dépôt de la requête au greffe sans prévoir des règles spécifiques d'inscription. Ce code ne contient pas non plus de disposition particulière sur le dépôt des courriers ou l'expédition des convocations.

Le renvoi, au paragraphe 2, à l'article 170 est encore superflu, étant donné que cette disposition constitue le droit commun en matière de notification et de convocation par le greffe.

Le paragraphe 3 reprend le concept de comparution à l'égard duquel le Conseil d'État a déjà émis ses réserves. Il ne voit pas davantage la pertinence d'un renvoi aux délais de distance.

Article 1007-15

L'article sous examen règle la première présentation devant le juge et détermine les compétences de ce dernier.

En ce qui concerne l'alinéa 1^{er}, le Conseil d'État propose de faire abstraction des mots « du tribunal d'arrondissement compétent », étant donné que ce bout de phrase énonce une évidence.

Les conjoints doivent se présenter en personne et n'ont pas le droit de se faire représenter. Le Conseil d'État relève que, à la suite d'une adaptation de la loi luxembourgeoise à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en matière pénale, le prévenu a le droit de se faire représenter par un avocat et que le juge doit ordonner, si nécessaire, une comparution personnelle. Il se demande pour quelles raisons impérieuses, le droit de se faire représenter en justice est exclu dans la procédure sous examen.

En ce qui concerne l'assistance d'un avocat, le Conseil d'État rappelle qu'elle est de droit dans toute procédure et qu'il ne s'impose pas de la prévoir expressément. Le nouvel article 1007-13 n'interdit d'ailleurs pas l'assistance de l'avocat. Dans une procédure de divorce par consentement mutuel, l'assistance des deux parties par un avocat commun n'a pas non plus besoin d'être consacrée expressément. Dans la mesure où le ministère d'avocat (à la Cour) n'est pas requis, le Conseil d'État ne voit pas la nécessité de limiter l'assistance au seul avocat à la Cour.

Quant à l'alinéa 2, le Conseil d'État s'interroge sur l'examen par le juge de l'existence d'une volonté réelle des conjoints de divorcer ou d'un consentement libre. Comment cet examen s'articule-t-il avec

l'homologation de la convention par le tribunal ? La disposition sous examen n'est pas sans rappeler la procédure actuelle, pourtant abandonnée, où les époux doivent réitérer devant le juge leur volonté de divorcer.

Le Conseil d'État ne voit pas la nécessité d'une autorisation accordée aux époux de résider séparément, alors que la procédure sera rapide et que la question pourra être abordée dans les mesures provisoires prévues dans la convention de divorce. L'autorisation de résidence séparée a essentiellement des effets de droit fiscal qui ne sont pourtant pas déterminants dans la procédure sous examen.

Le Conseil d'État ne saisit pas la portée de l'exclusion de l'article 1007-11 sur le référé exceptionnel. Il renvoie à ses observations concernant le nouvel article 1007-11.

Article 1007-16

L'article sous examen, qui renvoie encore une fois aux articles 230 et 231 du Code civil dans sa future teneur, constitue une nouvelle illustration du caractère peu judicieux de régler la procédure sur le divorce par consentement mutuel parallèlement dans le Code civil et dans le Nouveau Code de procédure civile.

Le Conseil d'État attire l'attention des auteurs sur des divergences entre les textes du futur Code civil et ceux du Nouveau Code de procédure civile. L'article sous examen dit que le « tribunal homologue la convention ». L'article 1007-17 qui suit prévoit que « le juge peut refuser l'homologation ». Le nouvel article 230 du Code civil parle de l'approbation de la convention par le tribunal. L'article 231 retient que « le tribunal homologue » ou « peut refuser l'homologation ». Le Conseil d'État considère qu'il y a lieu de retenir le seul concept de l'homologation et d'attribuer la compétence au juge aux affaires familiales. La solution de regrouper toutes ces dispositions dans le Nouveau Code de procédure civile permettra d'assurer un système cohérent et lisible. Le Conseil d'État doit émettre une opposition formelle à l'égard des dispositions entachées d'une incohérence au niveau de la détermination des juridictions compétentes, ce qui est source d'insécurité juridique.

En ce qui concerne l'alinéa 2, le Conseil d'État considère que l'ajout que la convention a la même force exécutoire que la décision est superflu, puisque la convention fait partie intégrante de la décision. Le Conseil d'État préconise encore de retenir le terme de jugement de préférence à celui de décision de divorce. Il considère encore que le qualificatif « définitive » est superfétatoire. Il est évident qu'un jugement sous appel n'est pas exécutoire. Le terme de décision ou de jugement définitifs s'oppose encore au jugement ou décision avant dire droit, question différente de celle que les auteurs du texte ont entendu régler.

Article 1007-17

L'article 1007-17 pose, une nouvelle fois, le problème de l'articulation des compétences entre le tribunal qui approuve ou homologue la convention et le juge aux affaires familiales qui opère un contrôle en fonction de

l'intérêt des conjoints ou des enfants et peut refuser l'homologation. Les textes tels que proposés ne sont pas cohérents. Le Conseil d'État renvoie à l'opposition formelle qu'il a formulée à l'endroit de l'article 1007-16 et qu'il rappellera à l'endroit de l'article 230 du Code civil en relation avec les divergences des différents textes du Code civil et du Nouveau Code de procédure civile quant à la compétence et quant aux procédures. Cette opposition formelle s'applique à toutes les dispositions pour lesquelles de telles divergences sont constatées.

En ce qui concerne la portée de l'analyse opérée par le juge, le Conseil d'État a noté que le système prévu est repris des articles 1100 et 1101 du code de procédure civile français, même si le commentaire ne le précise pas.

Le Conseil d'État peut souscrire à la démarche des auteurs de s'inspirer des textes français. Il voudrait toutefois formuler une série d'observations.

À l'instar de l'article 232, alinéa 2¹², du code civil français, l'article 1007-17, paragraphe 1^{er}, prévoit que le juge aux affaires familiales apprécie la convention au regard des intérêts des conjoints qui doivent être suffisamment préservés. À cet égard le Conseil d'État réitère les observations qu'il avait faites dans son avis du 16 mars 2004 concernant le projet de loi n° 5155 portant réforme du divorce qui prévoyait une disposition similaire : « En présence de la volonté réelle de chaque époux de divorcer et de son consentement libre et éclairé dument constate par le tribunal, il est difficile à maintenir qu'un tribunal puisse refuser l'homologation d'une convention au motif qu'elle semble défavoriser l'un des époux. Est-ce que le tribunal sera outillé pour pouvoir apprécier si une partie est vraiment défavorisée ? Sera-t-il en possession de tous les éléments du dossier ?

Le Conseil d'État ignore comment le tribunal effectuera son contrôle, alors que le texte du projet ne lui donne aucun moyen d'investigation. Même si le tribunal devait estimer que le principe ou le montant d'une pension alimentaire seraient contraires aux intérêts d'une partie, il ne lui serait guère possible de vérifier si une justification de cette apparente iniquité ne serait à chercher dans les attributions faites lors de la liquidation et du partage du régime matrimonial, éventuellement réglés de façon définitive par acte notarié de changement du régime matrimonial avant l'introduction de la demande en divorce. »

Le Conseil d'État relève ensuite le caractère des termes de « préservation insuffisante » des intérêts des enfants. S'agit-il d'introduire des nuances dans la préservation de l'intérêt des enfants qui doit nécessairement constituer le premier critère que le juge prendra en considération ?

¹² Article 232 du code civil français : « Le juge homologue la convention et prononce le divorce s'il a acquis la conviction que la volonté de chacun des époux est réelle et que leur consentement est libre et éclairé. Il peut refuser l'homologation et ne pas prononcer le divorce s'il constate que la convention préserve insuffisamment les intérêts des enfants ou de l'un des époux. »

Il est encore peu cohérent d'investir le juge du droit de « faire supprimer ou modifier » des clauses et de faire référence, dans la suite, à l'accord des parties pour une telle modification. La référence à une présence éventuelle des avocats est superflue. Les textes de référence français sont d'ailleurs différents. Le droit du juge de refuser le divorce pour refus des deux parties de modifier ou de supprimer les clauses est non seulement une mesure lourde, notamment si les deux parties maintiennent leur volonté de divorcer dans les termes prévus dans la convention, mais contrevient surtout à l'autonomie des volontés des parties. Un tel refus pourrait tout au plus être envisagé au regard d'impératifs d'ordre public ou encore des intérêts supérieurs des enfants, terme consacré en la matière et qui est à préférer à celui d'une préservation insuffisante des intérêts des enfants.

Le refus de prononcer le divorce conduit à une impasse qui maintient une situation juridique qui n'est plus conforme à la situation personnelle des parties ni à leur volonté. Le délai de six mois paraît long. Se pose encore la question de savoir, si les conjoints, plutôt que de présenter une nouvelle convention, peuvent introduire une nouvelle demande.

Le Conseil d'État relève encore que, d'après l'article 1100 du code de procédure civile français, le refus d'homologation et de prononcer le divorce intervient par voie d'ordonnance susceptible d'appel, en application de l'article 1102. L'ordonnance précise encore les points à adapter dans la nouvelle convention. L'article 1007-17 sous examen ne précise pas la forme du refus, même si la suite du texte permet la conclusion que le juge statue par jugement susceptible d'appel. Le Conseil d'État considère que si les auteurs entendent devoir suivre l'exemple du code français, une reprise plus fidèle des termes est de mise.

Article 1007-18

L'article sous examen vise à préserver la possibilité pour le juge d'homologuer les mesures provisoires de la convention, même en cas de refus des dispositions définitives. L'homologation des mesures provisoires aura les effets d'une décision de référé. Le texte sous examen retient également la réserve de l'intérêt des enfants.

Si la demande devient caduque, les mesures provisoires prennent fin. Cette solution, logique en droit, aura des répercussions pratiques très lourdes pour les conjoints qui, sans s'être réconciliés, continuent de vouloir respecter l'arrangement et sur les enfants, alors même que la fiction d'une vie de famille normale est rétablie.

Le Conseil d'État s'interroge sur la nécessité de cette disposition. Il note que les auteurs n'indiquent pas avoir repris une disposition du code français. Faut-il procéder à une nouvelle saisine du juge aux affaires familiales visant à l'homologation de l'arrangement, cette fois en dehors de toute procédure de divorce ?

Article 1007-19

L'article 1007-19 détermine, au paragraphe 1^{er}, les critères que le juge peut prendre en considération pour apprécier l'intérêt des enfants. Le texte

renvoie aux dispositions sur l'autorité parentale. Le Conseil d'État ne voit pas l'utilité de cette précision. L'appréciation de l'intérêt (supérieur) des enfants est une mission essentielle du juge aux affaires familiales et n'a pas besoin d'être encadrée. S'ajoute à cela que l'appréciation des intérêts des enfants en relation avec les mesures provisoires ne se limite pas à la question de l'autorité parentale, sauf à réserver la question à l'exercice provisoire de cette autorité. La formule que le juge « peut » tenir compte de certains éléments prouve à suffisance l'absence de pertinence de la disposition.

La consécration du droit d'ordonner une enquête sociale est superflue, alors que le juge aux affaires familiales peut toujours ordonner toutes les mesures d'enquête ou d'instruction nécessaires. Le Conseil d'État se permet encore de poser la question de la nécessité de cette mesure dans le cadre d'une procédure de divorce par consentement mutuel, alors que ne peuvent être visées que des situations manifestement contraires à l'intérêt de l'enfant. Conformément à l'article 1007-18, la solution consistera dans le refus d'homologation des mesures provisoires sans qu'il n'y ait besoin de procéder à une enquête sociale.

Le Conseil d'État comprend le paragraphe 2 en ce sens que, pour l'appréciation des aspects patrimoniaux de la convention, il est interdit au juge de se référer à des éléments autres que ceux fournis par les parties. Le Conseil d'État note que les termes de « aspects patrimoniaux » apparaissent, pour la première fois, dans l'article sous examen. L'article 1007-17 vise, de façon plus générale, « les intérêts des enfants ou de l'un des conjoints ». Une précision sur le lien entre les deux concepts est de mise. D'une manière plus générale, le Conseil d'État s'interroge sur l'immixtion du juge dans les rapports patrimoniaux acceptés par les conjoints dans la convention de divorce. Un contrôle judiciaire effectif impliquerait d'ailleurs le droit du juge de ne pas se borner à l'appréciation des éléments fournis par les parties.

Article 1007-20

L'article 1007-20 précise que le jugement de refus est notifié par le greffe et que la notification fait courir le délai d'appel. L'appel, pour être recevable, doit être conjoint.

Article 1007-21

Le texte sous examen précise, au paragraphe 1^{er}, que l'appel est porté devant une chambre civile de la Cour d'appel, composée de trois conseillers. La délégation à un conseiller unique, prévue à l'article 1007-10, n'est pas possible. Le Conseil d'État renvoie à ses commentaires sur le concept de chambre civile. Cette remarque vaut également pour les paragraphes suivants. La formule de chambre collégiale constitue un pléonasme. La Cour d'appel statue par principe en chambre composée de trois juges. L'article 1007-40 ne vise pas non plus la composition collégiale. Si la formule du juge unique doit être expressément prévue, il est inutile de rappeler le droit commun de la composition collégiale, ce qui plus est sous des formules inadaptées. À cet égard, le Conseil d'État ne voit pourquoi l'appel ne pourrait pas être porté, en fonction de la difficulté du dossier, devant un juge unique.

Le Conseil d'État ne saisit pas la nécessité, prévue au paragraphe 2, de la contresignature des conjoints sur l'acte d'appel sauf à admettre qu'un avocat puisse agir sans mandat ou privilégier un des conjoints. L'exigence d'un dépôt de la requête en trois exemplaires sur papier libre est à omettre.

En ce qui concerne le concept de prétention des parties figurant au paragraphe 3, le Conseil d'État renvoie à ses observations à l'endroit de l'article 1007-13. Il en va de même de la référence aux « pièces dont les appelants entendent se servir ».

Le paragraphe 4 prévoit la convocation des parties, qui, aux termes des paragraphes 6 et 7, sont toutefois représentées par leur avocat sauf ordonnance de comparution personnelle. Le Conseil d'État s'interroge sur l'utilité des paragraphes 6 et 7 qui répètent le droit commun.

Le paragraphe 8 prévoit, dans une formulation assez compliquée, que la procédure est orale, mais que des conclusions écrites peuvent être demandées. Le Conseil d'État relève une redite entre le début du paragraphe 8 et le paragraphe 6 qui visent, chaque fois, les conclusions orales. Il suffit de dire que la Cour d'appel peut demander des conclusions écrites. Comme c'est la Cour qui les demande, il est évident qu'il ne peut y avoir que le corps de conclusions demandé. Le Conseil d'État ne peut pas concevoir que les auteurs entendent interdire à la Cour d'appel de demander des conclusions complémentaires. De toute façon, si les auteurs ont en vue le risque que le juge d'appel s'accommode d'une prolongation de la procédure, le texte sous examen s'avère inefficace, dès lors que le juge peut toujours faire état de l'intérêt de l'instruction.

Le Conseil d'État note que le commentaire de l'article en cause ne fournit aucune réponse à ces questions et se borne, comme d'ailleurs la plupart des commentaires des autres articles, à paraphraser le texte du projet de loi.

Article 1007-22

Le Conseil d'État s'interroge sur la nécessité de maintenir un pourvoi en cassation, alors que, sauf dans le cas de figure de vices procéduraux, la contestation de l'arrêt se fait au regard des considérations de pur fait sur l'intérêt des enfants ou des conjoints ou encore sur leur consentement. Or, ces questions relèvent du pouvoir souverain d'appréciation des juges du fond, et échappent à tout contrôle de la Cour de cassation. Dans la pratique, plutôt que de continuer la procédure par un pourvoi en cassation, les parties auront intérêt à déclencher une nouvelle procédure devant le juge aux affaires familiales.

La référence, au commentaire, à la reprise de l'article 291 du Code civil actuel n'est pas pertinente, en particulier au regard du nouveau mécanisme mis en place.

Article 1007-23

L'article 1007-23 est le premier article de la section III relative au divorce pour rupture irrémédiable des relations conjugales.

Le Conseil d'État réitère la remarque d'ordre général qu'il a déjà faite à propos du divorce pour consentement mutuel et qui consiste à s'interroger sur le choix de régler la procédure de divorce dans le Nouveau Code de procédure civile tout en maintenant des articles dans le Code civil qui ne font que renvoyer au Nouveau Code de procédure civile.

L'article sous examen prévoit la procédure de saisine du juge aux affaires familiales pour statuer sur ce type de demande de divorce.

Le Conseil d'État constate que, si les auteurs ont retenu la procédure par voie de requête, le ministère d'avocat à la Cour est requis.

Le Conseil d'État renvoie à ses observations sur les termes de papier libre et de prétentions des parties. Il abordera la question de l'indication du fait visé à l'article 254 du Code civil à l'occasion de l'examen de cette disposition.

Article 1007-24

L'article sous examen règle l'inscription de la requête, la convocation des parties et la fixation à l'audience.

Le Conseil d'État rappelle son observation quant à l'omission des termes « registre de papier non timbré ».

Article 1007-25

L'alinéa 1^{er} prévoit que le juge entend les conjoints personnellement ce qui implique une obligation de présence. Le Conseil d'État renvoie à ses interrogations quant à l'interdiction pour les parties de se faire représenter en justice. Même dans une optique utilitaire ou pragmatique, cette interdiction est difficile à justifier en cas d'accord des parties sur l'existence d'une rupture irrémédiable. Le Conseil d'État s'interroge encore sur la suite à réserver au défaut d'une partie.

L'article 1251-1 du Code civil prévoit expressément que le juge peut proposer aux parties de recourir à la médiation familiale, y compris en matière de divorce. Ainsi qu'il l'a déjà relevé, le Conseil d'État considère qu'il n'est pas indiqué de rappeler cette évidence dans le présent contexte.

Il renvoie encore à ses interrogations quant à l'utilité d'une telle procédure dans le cadre du divorce pour rupture irrémédiable des relations conjugales, en particulier si les deux conjoints entendus par le juge s'accordent sur le constat de cette rupture. La surséance que le juge va ordonner risque de s'avérer inefficace et aura pour seul effet de retarder le prononcé d'un jugement. L'ordonnance de surséance constitue un acte juridictionnel susceptible d'appel. Cette observation vaut également pour les autres dispositions visant la surséance à statuer.

Article 1007-26

L'article 1007-26 vise l'hypothèse où les conjoints s'accordent sur le principe du divorce, mais pas sur (toutes) les conséquences. Le Conseil d'État s'interroge sur le rôle du juge qui doit s'efforcer d'amener les conjoints à régler à l'amiable les conséquences du divorce. En ce qui concerne la possibilité pour le juge de s'écarter d'accords intervenus, le Conseil d'État renvoie à ses observations antérieures. S'il peut concevoir que le juge veille à la sauvegarde de l'intérêt des enfants, il a des difficultés sérieuses à voir intervenir le juge en vue de la sauvegarde des intérêts d'un des conjoints, dès lors qu'ils s'accordent sur les conséquences du divorce. Le Conseil d'État renvoie encore à ses interrogations en relation avec le respect de l'autonomie de la volonté des conjoints formulées dans le commentaire de l'article 1007-17 qui assigne au juge une mission du même type dans le divorce par consentement mutuel. Le Conseil d'État constate encore que le commentaire de l'article sous examen, qui parle de cas de rigueur que le juge devrait prévenir, est plus restrictif que le texte même de la loi en projet.

Article 1007-27

L'article 1007-27 vise l'hypothèse où l'un des conjoints conteste la rupture irrémédiable et s'oppose donc au divorce. Dans ce cas, le juge peut ordonner la surséance aux fins de permettre une réconciliation. Le Conseil d'État note que les auteurs n'ont pas investi le juge d'une mission de tentative de conciliation à l'instar de ce que prévoit l'article 1108 du code de procédure civile français. Il peut toutefois accorder un second délai « en cas de nécessité » sans qu'on ne puisse saisir la portée de l'obligation pour le juge de motiver cette nécessité.

Le Conseil d'État note que l'existence de la rupture irrémédiable résulte soit de l'accord des deux conjoints, soit du maintien de cette affirmation par le demandeur à l'issue de la surséance prononcée par le juge et de l'échec de la conciliation. En d'autres termes, il n'y a pas de constat objectif par le juge de la rupture irrémédiable ; ce dernier se limitera à tirer les conséquences de l'affirmation d'un des conjoints¹³.

Le Conseil d'État réitère les observations qu'il avait faites dans son avis complémentaire du 16 juillet 2010 concernant les amendements parlementaires au projet de loi n° 5155 portant réforme du divorce :

« Désormais, la désunion irrémédiable entre les époux sera la seule cause de divorce à côté du consentement mutuel et le divorce

¹³ Le système est différent de celui des § 1565 et 1566 du *Bürgerliches Gesetzbuch*

§ 1565 : Scheitern der Ehe

(1) *Eine Ehe kann geschieden werden, wenn sie gescheitert ist. Die Ehe ist gescheitert, wenn die Lebensgemeinschaft der Ehegatten nicht mehr besteht und nicht erwartet werden kann, dass die Ehegatten sie wiederherstellen.*

(2) *Leben die Ehegatten noch nicht ein Jahr getrennt, so kann die Ehe nur geschieden werden, wenn die Fortsetzung der Ehe für den Antragsteller aus Gründen, die in der Person des anderen Ehegatten liegen, eine unzumutbare Härte darstellen würde.*

§ 1566 : Vermutung für das Scheitern

(1) *Es wird unwiderlegbar vermutet, dass die Ehe gescheitert ist, wenn die Ehegatten seit einem Jahr getrennt leben und beide Ehegatten die Scheidung beantragen oder der Antragsgegner der Scheidung zustimmt.*

(2) *Es wird unwiderlegbar vermutet, dass die Ehe gescheitert ist, wenn die Ehegatten seit drei Jahren getrennt leben.*

sera le constat objectif d'un échec plutôt que la sanction d'une faute. Si beaucoup de législations européennes ont introduit le divorce pour rupture irrémédiable des relations conjugales dans leur système juridique et considèrent la désunion comme un état de fait objectif, constaté indépendamment de toute considération sur le comportement des conjoints pendant la vie commune, elles prévoient cependant les cas de figure dans lesquels la désunion peut être considérée comme irrémédiable. La plupart du temps, la constatation de la désunion pourra être prouvée par une séparation de fait d'un certain laps de temps¹⁴, qui sera considéré comme preuve irréfragable de la désunion des époux. La séparation de fait des époux peut, dans la plupart des législations, être établie par toutes voies de droit. Le constat de l'existence de la désunion irrémédiable oblige le juge à prononcer la dissolution du mariage, sans avoir à constater la faute et sans avoir à rechercher l'accord de l'autre époux.

Contrairement à la plupart des autres législations européennes, ni le projet de loi initial ni la commission parlementaire n'ont prévu de disposition qui imposerait au demandeur d'établir la réalité de la désunion par une preuve quelconque. Le Conseil d'État avait déduit de certaines dispositions du projet initial que les auteurs avaient eu l'intention d'imposer la charge de la preuve de la réalité de la désunion au demandeur en divorce, même si le texte restait muet à cet égard¹⁵. Le commentaire de la commission parlementaire relatif à l'amendement proposé enlève cependant toute incertitude à cet égard : « Dans la mesure où il s'agit d'une cause de divorce objective, il n'est nul besoin pour le demandeur de rapporter la preuve de la réalité des faits sur lesquels il base sa demande ; la simple demande en divorce est la preuve que le maintien des relations matrimoniales n'est plus possible ». Or, le Conseil d'État se doit de constater que l'appréciation de la réalité de la désunion est totalement subjective alors qu'elle appartient au seul demandeur. En outre, si le commentaire souligne que l'article 239 nouveau contient une présomption simple, le libellé même de l'article érige cette présomption en présomption irréfragable. Le Conseil d'État s'interroge dès lors sur l'intention réelle de la commission parlementaire. Il réitère sa position définie dans son avis du 16 mars 2004 selon laquelle il s'était prononcé en faveur d'une solution qui, à côté de la preuve de la désunion irrémédiable par l'accord de l'époux défendeur sur le principe du divorce, érigerait la séparation de fait continue et effective pendant un certain laps de temps en présomption irréfragable de la désunion irrémédiable. C'est d'ailleurs la voie empruntée par le législateur belge dans la loi du 27 avril 2007 réformant le divorce. Une telle solution permet d'empêcher les demandes intempestives et de calmer les appréhensions de certains qui craignent que cette nouvelle procédure aboutisse en une forme de divorce-répudiation. Par ailleurs, elle serait conforme à la démarche adoptée dans le cadre de la procédure du divorce par consentement mutuel où la deuxième comparution est maintenue pour accorder un délai de réflexion aux parties. »

¹⁴ Délai d'un an prévu à l'article 229, paragraphe 3, du code civil belge, délai de deux ans prévu à l'article 114 du code civil suisse, délai de trois ans prévu à l'article 1566, alinéa 2 BGB.

¹⁵ Avis du Conseil d'État du 16 mars 2004 relatif au projet de loi portant réforme du divorce, p. 14.

Dans son avis du 16 juillet 2010, le Conseil d'État avait formulé une opposition formelle en faisant état de l'incohérence des textes, source d'insécurité juridique. Même s'il accepte que le régime prévu relève d'un choix de société qu'il appartient au législateur d'opérer, le Conseil d'État maintient ses réserves qui trouvent leur fondement dans la crainte de voir le divorce pour rupture irrémédiable devenir un mécanisme de répudiation.

Le Conseil d'État ajoute qu'il ne comprend pas la signification de la réserve d'application de l'article 1007-26 qui vise justement le cas de figure différent où existe un accord des parties sur le principe du divorce.

Article 1007-28

L'article 1007-25 pose le principe que la procédure est orale. Selon l'article sous examen, lorsque des difficultés subsistent à l'issue des audiences, le juge pourra demander aux parties de verser des conclusions écrites dont le nombre est en principe limité à deux.

Article 1007-29

L'article 1007-29 dispose que le ministère public et, le cas échéant, l'avocat de l'enfant, peuvent être entendus en leurs conclusions orales, à leur demande ou à la demande du juge aux affaires familiales. Le Conseil d'État comprend le texte en ce sens que l'audition du ministère public ou de l'avocat de l'enfant n'est pas de droit, même s'ils le demandent. Dans le respect de la mission de l'avocat et du rôle du ministère public en tant que gardien de la loi, le Conseil d'État exprime sa préférence pour un régime d'audition obligatoire en cas de demande. Cela vaut notamment pour l'audition du ministère public qui se ferait soit sur demande du juge soit sur demande du parquet.

Article 1007-30

Le Conseil d'État ne voit pas la nécessité de cette disposition dès lors que les articles visés s'appliquent en toute matière devant le juge aux affaires familiales.

Article 1007-31

Cette disposition reprend celle de l'article 1007-25, alinéa 3, à un autre stade de la procédure. Le Conseil d'État propose d'omettre cette disposition pour les motifs qu'il a exposés dans le commentaire de l'article 1007-25.

Article 1007-32

Le Conseil d'État propose d'omettre le paragraphe 1^{er}. Si le renvoi exprès à la médiation familiale est omis, nul besoin d'écarter les dispositions correspondantes dans l'hypothèse où la rupture irrémédiable des relations conjugales est due à des comportements très graves d'un des deux conjoints. Le juge renoncera encore à une offre de conciliation sans que cela ne doive être précisé dans la loi sous objet.

Selon le paragraphe 2, le juge peut, lorsque des violences graves ont été commises par un conjoint envers l'autre conjoint ou envers un enfant vivant au foyer, décider, à la demande d'une partie, d'entendre les avocats des conjoints au lieu de réunir ceux-ci en personne. La disposition sous examen est à lire en relation avec le nouvel article 254 du Code civil auquel il est fait référence. Le Conseil d'État renvoie aux observations qu'il va formuler à l'endroit de cette disposition. En ce qui concerne la procédure, le Conseil d'État relève que la représentation des parties par un avocat est de droit. Il va de soi que cette solution est exclue si le ministère d'avocat n'est pas imposé. Dans ce cas, le juge pourrait entendre les parties séparément. Le Conseil d'État s'interroge encore sur la nécessité des précisions procédurales de la « mention au dossier » et de l'« avis donné aux avocats ».

Le Conseil d'État comprend que les deux paragraphes renvoient à la plainte au sens de l'article 4-1 du Code d'instruction criminelle.

Article 1007-33

L'article sous examen est inspiré de l'actuel article 235 du Code civil. Dès lors qu'une condamnation pour un des faits visés au nouvel article 254 du Code civil pourra emporter, en vertu des futurs articles 254 à 256 du Code civil, des conséquences financières, le juge aux affaires familiales peut surseoir à statuer sur les conséquences du divorce lorsqu'une plainte a été déposée pour un tel fait.

Le Conseil d'État examinera le régime prévu dans ses observations lors de l'examen des nouveaux articles 254 et suivants du Code civil.

Article 1007-34

L'article sous examen prévoit que le juge aux affaires familiales constate la rupture irrémédiable des relations conjugales, prononce le divorce et statue sur les conséquences. Le Conseil d'État relève que le renvoi aux délais de surséance de l'article 1007-27 ne fait pas de sens.

L'octroi de dommages et intérêts en raison d'une faute grave dans le chef d'un des conjoints, visé aux futurs articles 254 et suivants du Code civil, est expressément réservé. Le Conseil d'État reviendra sur cette question dans ses observations à l'endroit des articles 254 et suivants du Code civil.

Article 1007-35

L'article 1007-35 correspond pour l'essentiel à l'article 258 actuel du Code civil.

Articles 1007-36 et 1007-37

Les articles 1007-36 et 1007-37 reprennent l'actuel article 261-1, alinéas 1^{er}, 2 et 3, du Code civil.

L'article 1007-36 prévoit que la publication de la décision par défaut se fait sur requête, ce qui signifie que le greffe qui a procédé à la notification

a informé le demandeur que la notification n'a pas pu se faire à personne. Les frais de publication seront à avancer par le requérant.

Le Conseil d'État considère que la procédure d'opposition qui n'est pas autrement réglée est celle de droit commun.

Article 1007-38

L'article 1007-38 prévoit l'acquiescement au jugement de divorce. L'acquiescement peut être limité au principe de la rupture irrémédiable des relations conjugales sans porter sur les mesures accessoires au jugement de divorce. Dans son avis du 16 mars 2004, le Conseil d'État avait approuvé l'insertion d'une disposition qui admet l'acquiescement à un jugement de divorce. Le Conseil d'État voudrait toutefois rappeler que l'acquiescement vaut pour toutes les matières et que c'est l'exclusion de l'acquiescement qui doit être expressément prévue comme à l'article 342-4 du Code civil pour les actions relatives à la filiation. L'article sous examen ne fait dès lors que consacrer le droit commun. Si le texte sous examen s'explique par les difficultés d'obtenir un certificat de non-appel, le texte aurait utilement pu être formulé autrement.

En 2004, le Conseil d'État avait marqué ses interrogations par rapport au fait que les intérêts du majeur protégé soient pris en compte lors de l'acquiescement au jugement de divorce, alors que tout au long de la procédure, le majeur protégé n'aura aucun moyen pour se défendre contre une procédure de divorce engagée par son conjoint. La référence au majeur protégé semble avoir été abandonnée dans les amendements de 2009. Elle est réintroduite dans le projet de loi sous examen. S'il s'agit d'écarter l'acquiescement dans le cas d'un majeur protégé, il faut prévoir cette exception. Le Conseil d'État renvoie à l'article 1122 du code de procédure civile français.

Article 1007-39

L'article sous examen règle le délai d'appel. Le Conseil d'État ne saisit pas la portée du concept de « jugement portant sur le fond ». À quoi s'opposerait ce concept ? S'agit-il d'opposer la décision sur le principe du divorce et celle sur les autres chefs de la demande ?

Article 1007-40

L'article 1007-40, qui constitue le pendant de l'article 1007-21, règle la procédure d'appel contre les jugements prononçant le divorce pour rupture irrémédiable des relations conjugales. Le Conseil d'État renvoie à ses observations antérieures sur les concepts de jugement portant sur le fond et de chambre civile, ainsi que sur ses considérations relatives aux prétentions des parties et sur le régime des conclusions écrites.

Article 1007-41

Sans observation.

Article 1007-42

Dans le commentaire relatif à l'article 1007-22, le Conseil d'État s'est interrogé sur la nécessité de maintenir un pourvoi en cassation dans le cadre du divorce par consentement mutuel. Il réitère ces interrogations en relation avec le divorce pour rupture irrémédiable.

Si le pourvoi en cassation est maintenu, il ne faut pas le préciser étant donné que le divorce relève de la matière civile. Le droit commun s'applique ce qui implique que le délai de pourvoi et le pourvoi en tant que tel sont suspensifs. Si des procédures spéciales sont de mise, il faudrait les indiquer. Plutôt que de les inscrire au Nouveau Code de procédure civile, il serait indiqué de les fixer dans la loi modifiée du 18 février 1885 sur les pourvois et la procédure en cassation.

Article 1007-43

L'article 1007-43 correspond à l'actuel article 244, alinéa 2, du Code civil. Le Conseil d'État se demande si le principe de l'extinction pour cause de décès ne devrait pas logiquement être prévu également pour le divorce par consentement mutuel.

Article 1007-44

L'article sous examen prévoit, au paragraphe 1^{er}, que chacune de parties peut demander des mesures provisoires relatives à la personne, aux aliments et aux biens, tant des parties que des enfants. Le Conseil d'État note que l'article réserve l'application de l'article 1007-11 sur le référé exceptionnel et il renvoie à ses observations à l'endroit de cette disposition.

Le Conseil d'État ne saisit pas la nécessité du paragraphe 2, qui ne fait que renvoyer à l'article 388-1 du Code civil qui constitue la disposition de droit commun en la matière. Il propose de faire abstraction de ce paragraphe. Il s'interroge encore sur les termes de « sentiments exprimés par les enfants » et relève que le juge peut en tenir compte ce qui constitue une évidence.

Le paragraphe 3 renvoie au procureur d'État qui a le droit de prendre tous renseignements. Ce texte semble inspiré de l'article 267*bis* actuel du Code civil. La portée du texte par rapport au rôle du parquet n'est pas claire et le Conseil d'État préconise une clarification en ce sens que le ministère public doit pouvoir intervenir dans la procédure. Il rappelle que l'article 1007-29 vise l'audition du ministère public.

Le rappel, au paragraphe 4, de l'application des articles 1007-51 et 1007-54 à 1007-58 du Nouveau Code de procédure civile est superfétatoire.

Articles 1007-45 à 1007-48

Les articles sous rubrique règlent la procédure de notification de l'ordonnance de l'appel et de l'opposition à une décision de défaut.

Article 1007-49

Le Conseil d'État ne saisit pas la nécessité ni la portée d'une juxtaposition du référé « ordinaire » et du référé « exceptionnel ». Il renvoie à ses observations à l'endroit de l'article 1007-11.

Point 7)

Sans observation.

Point 8)

Article 1007-50

La disposition sous examen introduit un mécanisme nouveau 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. Si la demande est formulée directement par le mineur, le juge aux affaires familiales procède par voie d'ordonnance à la nomination d'un avocat à ce mineur qui va introduire une requête. La demande du mineur adressée au juge aux affaires familiales ainsi que l'ordonnance de nomination d'un avocat à l'enfant sont notifiées aux parents dans un but de transparence. Les parents ne pourront toutefois pas contester l'ordonnance de nomination d'un avocat. Les auteurs expliquent que, dans la pratique actuelle, c'est souvent le juge de la jeunesse qui est saisi et que ce juge transmet la demande au parquet qui procède, à son tour, à une saisine formelle du juge de la jeunesse sur la base de l'article 302, alinéa 2, du Code civil. Le nouveau mécanisme est destiné à pallier les insuffisances de cette procédure.

Le Conseil d'État a toutefois des réserves sérieuses par rapport à la solution prévue. Les auteurs expliquent qu'ils veulent répondre à des demandes de réforme formulées par des organisations œuvrant pour la protection des droits des enfants, sans toutefois faire état de prises de position ou de documents précis. De même, ils omettent toute référence à un système similaire dans un autre État européen.

Le Conseil d'État relève que le système envisagé omet toute référence à la capacité de discernement du mineur que l'article 388-1 du Code civil retient toutefois comme condition pour son audition. Le Conseil d'État a encore des doutes sur l'obligation du juge de nommer un avocat si une initiative est prise par le mineur. Il y a, à l'évidence, des cas où la demande du mineur est sérieuse, voire urgente, et que le juge peut, voire doit, statuer sans désigner un avocat appelé à introduire une requête en bonne et due forme. On peut également imaginer des cas de figure où la démarche du mineur est dénuée de tout fondement ou s'avère être le résultat d'une prise d'influence d'un parent ou d'un tiers ; pourquoi désigner, dans ces cas, un avocat qui devra assumer la responsabilité de ne pas introduire de requête ? Le Conseil d'État a encore des doutes sérieux par rapport au rôle assigné à l'avocat, qui non seulement doit consulter le mineur, mais aussi les parents qui probablement auront des vues opposées. 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*. La disposition

sous examen illustre l'utilité d'un avis des Ordres des avocats sur le projet de loi sous examen.

Article 1007-51

L'article 1007-51 investit le juge aux affaires familiales du droit d'ordonner, outre les mesures d'instruction usuelles, une enquête sociale.

Le Conseil d'État considère qu'il s'agit d'une prérogative normale du juge qui n'a pas besoin d'être rappelée expressément. La formule « sans préjudice de » met en évidence, si besoin est, que la disposition sous examen ne fait que rappeler des évidences. De même, l'objet de l'enquête n'a pas besoin d'être déterminé dans la loi, alors qu'il appartient au juge de la fixer dans l'ordonnance. Il est encore inutile de rappeler que l'enquête donne lieu à l'établissement d'un rapport alors qu'il s'agit de la procédure de droit commun.

L'affirmation, dans le commentaire, que « les enquêtes sociales sont réalisées par le Service central d'assistance sociale (SCAS) qui travaille sous l'égide du Parquet Général » ne trouve aucune traduction dans le texte sous examen.

Article 1007-52

L'article 1007-52 prévoit la procédure de convocation et fixe les délais dans lesquels aura lieu l'audience. Le texte renvoie à l'article 1007-3, tout en ne reprenant pas le dispositif textuellement. Le Conseil d'État propose d'omettre l'article, la procédure de droit commun étant applicable, sauf à vouloir introduire des délais plus brefs. Pour le surplus, le Conseil d'État renvoie aux interrogations quant à l'articulation des délais qu'il a formulées dans les observations à l'endroit de l'article 1007-3.

Article 1007-53

L'article sous examen prévoit une procédure particulière qui permet aux parents de faire homologuer par le juge un accord sur les modalités de l'exercice de l'autorité parentale.

Le Conseil d'État comprend la disposition en ce sens qu'elle vise la période suivant tant un divorce par consentement mutuel qu'un divorce pour rupture irrémédiable des relations conjugales.

Le Conseil d'État a encore noté que l'article 1007-52 vise tant la fixation que les modalités d'exercice de l'autorité parentale, alors que l'article sous examen, comme d'ailleurs l'article 1007-54 qui suit, se limitent à viser les modalités d'exercice.

Article 1007-54

L'article sous objet détermine, au paragraphe 1^{er}, les critères que le juge « peut » prendre en considération pour statuer.

Le Conseil d'État s'interroge sur la nécessité et la portée de cette liste qui énonce encore une fois des évidences. Son caractère purement exemplatif prouve qu'elle est dénuée de toute valeur normative.

Le paragraphe 2 prévoit que le ministère public peut être entendu soit à sa propre demande soit à la demande du juge aux affaires familiales. Le Conseil d'État peut admettre que les conclusions qui sont actuellement obligatoires deviennent facultatives, dès lors que le parquet est entendu s'il le souhaite. Encore faudra-t-il assurer une information du parquet sur les affaires en cours.

Article 1007-55

D'après le commentaire, l'enfant dont les parents sont séparés doit continuer à avoir des liens directs avec chacun des parents. Le juge aux affaires familiales doit prendre toutes les mesures qui visent à garantir la continuité et l'effectivité du maintien de ces liens.

Le Conseil d'État conçoit la philosophie à la base de cette disposition qui s'inscrit dans la logique de l'autorité parentale conjointe et qui est inspirée des articles 373-2 et 373-2-1 du code civil français. Il n'appartient toutefois pas au Nouveau Code de procédure civile de consacrer ce que les auteurs qualifient de droit fondamental du mineur. De surcroît, la disposition se résume à une règle de conduite ou à une finalité assignée au juge. Elle est encore primée, ce qui est encore une évidence, par l'intérêt supérieur de l'enfant à ne pas garder le contact avec un parent, ce qui montre le caractère tout relatif de ce droit fondamental.

Sauf à s'inscrire dans une approche d'affirmation de principe voire de pure visibilité, le Conseil d'État ne voit ni la nécessité ni même l'utilité de cette disposition dépourvue de toute portée normative. Quelle sera la traduction pratique des principes de continuité et d'effectivité du maintien des liens avec chacun des parents ? Par quelles mesures le juge pourra-t-il assurer le respect de ces principes par les parents ? Les seules sanctions sont celles prévues au Code pénal. Le Conseil d'État relève encore que toute mesure doit se justifier par le souci de l'intérêt supérieur de l'enfant et qu'il est superflu de répéter cette exigence dans chaque disposition relative aux missions du juge. Le Conseil d'État note que l'article 373-2-1 du code civil français prévoit des instruments que le juge peut appliquer pour maintenir les liens entre l'enfant et le parent.

Article 1007-56

L'article sous examen permet au juge aux affaires familiales d'ordonner l'inscription dans le passeport de l'enfant d'une mention prévoyant que l'enfant n'est pas autorisé à quitter le territoire du Grand-Duché de Luxembourg sans l'autorisation des deux parents. Le Conseil d'État se demande si la disposition sous examen ne vise pas à rencontrer la problématique de l'enlèvement international d'enfants, même si le commentaire évite soigneusement le mot. Le Conseil d'État voudrait attirer l'attention des auteurs sur une série de problèmes d'application. Il faut d'abord une décision du juge, statuant sur demande d'un des parents ; il y aura lieu ensuite de transcrire cette décision sur le passeport ; à noter, au

passage, qu'aucune inscription n'est prévue sur la simple carte d'identité. L'inscription, pour être efficace, devra être reconnue, par les autorités administratives, comme interdiction conditionnelle de quitter le territoire. Cela implique encore l'adoption de procédures d'application ou d'exécution.

Article 1007-57

L'article sous examen est inspiré de l'article 1072-1 du code de procédure civile français. Dans la mesure où il prévoit que le juge vérifie l'existence d'une procédure devant le juge de la jeunesse, l'article est également dépourvu de portée normative, mais indique au juge une méthode de travail qui relève de l'évidence et qui n'a pas besoin d'être ancrée dans un code. La seule disposition de valeur normative est l'obligation pour le juge de la jeunesse de transmettre copie du dossier.

Le Conseil d'État se doit toutefois de relever que la question plus fondamentale du risque de décisions contradictoires n'est pas réglée.

Article 1007-58

L'article sous revue reprend les termes de l'actuel article 112 du Nouveau Code de procédure civile qui traite de la procédure devant le juge de paix compétent en matière de pension alimentaire. Le Conseil d'État n'a pas d'observation à formuler.

Article 1007-59

Cet article énumère les décisions qui sont exécutoires à titre provisoire vu leur degré d'urgence nonobstant appel.

Article 2 – Modification du Code civil relative à la réforme du divorce

Le Conseil d'État reconnaît la nécessité de prévoir, dans le Code civil, le principe de la fin du mariage par le jugement de divorce et de déterminer les cas de divorce et ses conséquences. Il approuve les auteurs du projet de loi dans leur option de régler la procédure de divorce dans le Nouveau Code de procédure civile. Il constate toutefois que les auteurs ont maintenu dans le Code civil des dispositions ayant une portée procédurale et qui auraient pu être intégrées dans le Nouveau Code de procédure civile. Il ne comprend pas pour quelles raisons les auteurs ont réglé les mêmes questions à la fois dans le Code civil et dans le Nouveau Code de procédure civile, en retenant, de surcroît, des mécanismes et des terminologies différents.

Article 229

Le paragraphe 1^{er} ne prévoit désormais plus que deux cas de divorce : le divorce par consentement mutuel, similaire au divorce par consentement mutuel existant actuellement, et un nouveau cas de divorce pour rupture irrémédiable des relations conjugales.

Le paragraphe 2 n'a aucune portée normative propre dans la mesure où il ne fait qu'annoncer le régime instauré au futur article 254 du Code civil.

Le Conseil d'État insiste à voir omettre ce paragraphe et renvoie à l'article 229 du code civil français.

Article 230

L'article sous examen contient deux énoncés. Il pose, d'abord, le principe que le divorce par consentement mutuel est demandé par les deux conjoints ensemble qui n'ont pas à indiquer une cause. Il pose, ensuite, la condition de la convention dont il détermine le contenu et exige l'approbation par le tribunal.

En ce qui concerne le premier point, le texte est mal formulé en ce qu'il présente, par la formule introductive « lorsque », la demande conjointe comme une hypothèse et non pas comme la règle. Le Conseil d'État renvoie à la formulation plus correcte de l'article 230 du Code civil français dont les auteurs auraient très bien pu s'inspirer. Le Conseil d'État s'interroge encore sur la nécessité de la précision que la demande de divorce par consentement mutuel ne requiert pas l'indication d'une cause. En droit, un texte qui prévoit une non-condition est dépourvu de signification. La référence à l'absence de cause a une valeur purement philosophique.

L'article 232 du code civil français fait également référence à l'homologation de la convention, mais omet d'en déterminer le contenu. Le Conseil d'État considère que les dispositions sur le contenu de la convention peuvent trouver leur place dans le Nouveau Code de procédure civile. Le Conseil d'État relève encore des différences de terminologie entre l'article 230 qui vise l'approbation de la convention par le tribunal et l'article 231 qui parle de l'homologation par le tribunal et l'article 1007-16 du Nouveau Code de procédure civile qui vise l'homologation de la convention par le tribunal. L'article 1007-17 du Nouveau Code de procédure civile renvoie, de son côté, au juge aux affaires familiales. Le Conseil d'État rappelle l'opposition formelle par rapport aux textes tant du Nouveau Code de procédure civile que du Code civil qui prévoient des compétences et des procédures différentes pour régler les mêmes questions. Ces incohérences sont source d'insécurité juridique.

Le Conseil d'État a des interrogations sérieuses par rapport au point l'alinéa 1^{er}, point4), relatif à la pension alimentaire. Il relève, d'abord, que ce qui importe est la détermination de la pension alimentaire dans la convention.

Se pose la question de l'unicité ou de la dualité de régime pour une modification de la pension selon la nature du divorce. Le Conseil d'État relève que le régime prévu dans l'article sous examen est différent de celui prévu à l'article 253 du Code civil pour le divorce pour rupture irrémédiable des relations conjugales qui prévoit que la pension peut être révisée sur demande en cas d'amélioration de la situation du créancier. Même si le Conseil d'État conçoit la différence de nature entre une pension alimentaire conventionnelle et celle fixée dans le jugement de divorce pour rupture irrémédiable des relations conjugales, il ne comprend pas la justification d'une différence de régime alors que dans tous les cas, la pension est destinée à subvenir aux besoins d'un des conjoints. Il préconise dès lors d'adapter les deux mécanismes et de régler la matière dans un article unique.

Les références à la communauté de vie et au foyer commun sont reprises de l'actuel article 277 du Code civil.

Le Conseil d'État relève que la convention devra être dressée par un avocat à la Cour ou un notaire, formalité qui n'est pas requise dans les textes actuels et qui aura, à l'évidence, des implications financières. Si l'assistance d'un avocat peut être utile, pourquoi imposer le recours à un avocat à la Cour ? De même, le Conseil d'État ne saisit pas la nécessité de l'intervention obligatoire d'un notaire pour dresser inventaire des biens et pour procéder à une estimation. Les frais du notaire s'ajouteront à celles de l'avocat. Dans son avis du 16 juillet 2010, le Conseil d'État avait recommandé « d'imposer aux époux de régler l'ensemble des problèmes relatifs à leurs patrimoines » et avait renvoyé à l'article 1287 du code judiciaire belge ou à l'article 1091 du code de procédure civile français. Ce dernier texte n'impose l'acte authentique qu'au regard des règles sur la publicité foncière. Le Conseil d'État renvoie, à cet égard, à l'article 241 du Code civil dans le projet sous examen. Le Conseil d'État rappelle que le régime légal actuel n'a pas soulevé des difficultés majeures, dès lors que, dans la pratique, les époux vivent déjà séparés lors de la demande de divorce et procèdent à une séparation de biens avant d'entamer la procédure de divorce. Dans la pratique, le partage des biens meubles est déjà opéré au moment de la signature de la convention qui se borne à en faire mention. Le divorce ne s'oppose pas davantage au maintien d'une indivision « post communautaire » quant à certains biens immeubles, mais aussi meubles.

Article 231

L'article 231 énonce les mêmes règles que celles figurant aux articles 1007-15 et suivants du Nouveau Code de procédure civile. La terminologie utilisée est toutefois différente. Plus important, d'après l'article 231 du Code civil, le juge compétent est le tribunal alors que le Nouveau Code de procédure civile retient la compétence du juge aux affaires familiales. La simple référence, à l'article 1007-16 du Nouveau Code de procédure civile, aux articles 230 et 231 du Code civil, ne suffit pas pour éliminer cette incohérence des textes. Le Conseil d'État renvoie à l'opposition formelle qu'il a formulée en relation avec l'incohérence des dispositions sur la compétence des juridictions.

Article 232

L'article 232 porte sur le divorce pour rupture irrémédiable des relations conjugales qui peut faire l'objet, soit d'une demande d'un seul des conjoints, soit d'une demande conjointe. L'alinéa 1^{er} revêt une portée juridique en ce qu'il pose le principe que la rupture irrémédiable est établie par l'accord des deux conjoints. La rupture est encore établie par la demande d'un seul des conjoints, maintenue à l'issue de la surséance visée à l'article 1007-27 du Nouveau Code de procédure civile, destinée à permettre une réconciliation des conjoints. Le Conseil d'État renvoie, sur ce dernier point, à ses observations relatives à l'article 1007-27 du Nouveau Code de procédure civile.

L'article 232, alinéa 2, est superflu en ce qu'il ne fait que renvoyer aux procédures prévues au Nouveau Code de procédure civile.

Article 233

La portée propre de l'article sous examen et son articulation avec les articles 1007-25 à 1007-27 du Nouveau Code de procédure civile ne sont pas évidentes. Le texte sous examen renvoie encore expressément à l'article 1007-27 du Nouveau Code de procédure civile. Le seul élément pertinent dans le texte sous examen, par rapport aux dispositions correspondantes du Nouveau Code de procédure civile, est l'énoncé que la rupture irrémédiable est établie par l'accord des parties ce qui relève de l'évidence. En ce qui concerne l'articulation avec l'article 1007-27, l'ajout consiste dans l'affirmation du principe que la rupture est établie par le maintien de la demande unilatérale à l'issue d'une tentative de conciliation. Ces éléments pourraient être intégrés, si besoin, dans le Nouveau Code de procédure civile. Le Conseil d'État renvoie encore à ses observations à l'endroit de l'article 1007-27 du Nouveau Code de procédure civile quant à l'importance décisive de la position de l'époux qui affirme l'existence d'une rupture irrémédiable.

Article 234

L'article 234 est le premier de quatre articles qui portent sur les mesures provisoires. Ces articles posent certains principes tout en renvoyant aux règles procédurales prévues dans les dispositions afférentes du Nouveau Code de procédure civile. Le Conseil d'État ne considère pas que le principe des mesures provisoires ou leur domaine d'application doivent être fixés dans le Code civil afin d'appliquer les procédures afférentes. Le projet de loi peut faire abstraction des dispositions en cause.

Ainsi, l'article 234 pose le principe que les parties peuvent demander des mesures provisoires pendant l'instance de divorce. Il renvoie, pour la procédure aux dispositions fixées dans le Nouveau Code de procédure civile. Le Conseil d'État considère que cette disposition est superflue.

Article 235

Certes, l'article 235 reprend l'article 267 actuel du Code civil. Le Conseil d'État s'interroge toutefois sur la nécessité de maintenir ce texte, alors qu'il appartient de toute façon au juge aux affaires familiales de prendre les mesures qui s'imposent dans l'intérêt des enfants. Au regard de l'adoption des règles nouvelles sur l'autorité parentale, le rappel que l'introduction d'une procédure de divorce n'affecte pas les droits et responsabilités des parents vis-à-vis des enfants est superflu.

Article 236

L'article 236 reprend l'article 268 actuel du Code civil. Il appartient au juge aux affaires familiales de régler, dans le cadre des mesures provisoires, la question de la résidence des époux et celle du soutien financier selon les procédures prévues au Nouveau Code de procédure civile. Le Conseil d'État réitère son observation conformément à laquelle il n'est pas requis de scinder la question en deux volets, un volet sur les principes et un volet sur la procédure, alors que les règles procédurales, dans la mesure où elles

déterminent la compétence du juge aux affaires familiales, absorbent les règles que les auteurs croient devoir maintenir dans le Code civil.

Article 237

Il est vrai que l'article sous examen constitue une reprise de l'article 270 actuel du Code civil. Cette disposition constitue toutefois une illustration particulièrement visible de l'incohérence de la démarche des auteurs du projet de loi, dans la mesure où l'article 237 est une disposition de nature procédurale qui, si besoin, pourrait figurer dans le Nouveau Code de procédure civile. Cette solution aurait encore pour avantage de clarifier la question de la compétence juridictionnelle, du tribunal ou du juge aux affaires familiales, qui n'est pas réglée par le texte sous examen.

Article 238

Selon les auteurs du projet de loi, l'article 238 reprend l'article 271 actuel du Code civil et n'appelle pas de commentaire. Le Conseil d'État conçoit la nécessité du maintien de cette disposition identique à celle de l'article 262-2 du code civil français.

Article 239

L'article sous examen est le premier de quatre articles qui portent sur le prononcé du divorce et la liquidation de la communauté. Ces articles renvoient aux dispositions afférentes du Nouveau Code de procédure civile et déterminent les compétences du juge aux affaires familiales qui est expressément cité dans les trois articles. Le Conseil d'État considère, une nouvelle fois, que ces dispositions n'ont pas leur place dans le Code civil. Dans la mesure où elles font double emploi avec les règles du Nouveau Code de procédure civile, elles peuvent être omises. Dans la mesure où elles ont une portée propre, il y a lieu d'examiner la nécessité d'une insertion dans le Nouveau Code de procédure civile.

L'article 239 prévoit que le jugement prononce le divorce et statue sur les conséquences, y compris le sort des mesures provisoires. À noter que, pour le divorce par consentement mutuel, ces principes sont déterminés aux articles 1007-16 et suivants du Nouveau Code de procédure civile. Le Conseil d'État relève que le texte sous examen formule une réserve expresse pour l'application des articles 254 et suivants du Code civil. Il reviendra sur ces questions à l'occasion de l'examen de ces articles.

Article 240

D'après le commentaire, l'article 240 est le pendant du nouvel article 1007-26 du Nouveau Code de procédure civile. Ce commentaire ne fait que conforter le Conseil d'État dans ses critiques quant au choix des auteurs de traiter des mêmes questions dans le Nouveau Code de procédure civile et dans le Code civil. Sur le fond, le Conseil d'État renvoie à ses observations à l'endroit de l'article 1007-26 du Nouveau Code de procédure civile.

Articles 241 et 242

Ces articles traitent des missions du juge aux affaires familiales auquel est réservé le nouveau titre *VIbis* du Nouveau Code de procédure civile. L'article 242 renvoie encore expressément à l'article 1007-7 du Nouveau Code de procédure civile en projet. Le Conseil d'État rappelle sa suggestion de déplacer ces dispositions dans le Nouveau Code de procédure civile. Cette solution se justifie encore au regard des dispositions sur le rôle du notaire liquidateur et les mesures que ce dernier peut prendre.

Article 243

L'article sous examen est le premier d'une série d'articles relatifs aux conséquences du divorce.

L'alinéa 1^{er} de l'article sous examen reprend la disposition de l'article 266, alinéa 1^{er}, actuel du Code civil. Le Conseil d'État ne saisit pas la portée de l'alinéa 2 qui précise que, en cas de divorce par consentement mutuel, la décision qui prononce le divorce acquiert force de chose jugée à la date du prononcé. Il propose d'en faire abstraction. Il en va de même de la précision, à l'alinéa 3, que chacun des conjoints divorcés peut se remarier.

Article 244

L'article sous rubrique traite de l'opposabilité de la décision de divorce aux tiers en ce qui concerne les biens des époux. Il reprend les principes actuellement applicables prévus aux articles 264, 266, 292 et 293 du Code civil. Le Conseil d'État marque son approbation avec la suppression de la possibilité d'infliger des amendes.

Article 245

L'article 245 du Code civil reprend le régime actuellement prévu aux articles 265 et 292 de ce code. Le Conseil d'État marque encore son approbation avec la suppression de la possibilité d'infliger des amendes. Il s'interroge sur le maintien du régime de la signification de la décision à l'officier de l'état civil, procédure qui va à l'encontre de l'objectif d'une simplification de la procédure.

Alors que le texte actuel de l'article 265 du Code civil se réfère, pour les certificats de non-appel ou de non-pourvoi, à l'article 687 du Nouveau Code de procédure civile, le texte proposé intègre le dispositif dans le Code civil. Le Conseil d'État considère que la solution du renvoi est préférable.

En ce qui concerne l'alinéa 4, le Conseil d'État rappelle ses doutes par rapport à la consécration d'un pourvoi en cassation en matière de divorce. Si le pourvoi est maintenu, les obligations du greffe en cas de rejet du pourvoi sont à inscrire dans la loi modifiée du 18 février 1885 sur les pourvois et la procédure en cassation ou dans le Nouveau Code de procédure civile et non pas dans le Code civil.

La disposition de l'alinéa 5 est superflue, alors que toute partie à une décision de justice est en droit d'en assurer l'exécution. Le code n'est pas

destiné à régler toutes les questions particulières rencontrées par les praticiens qui peuvent trouver une réponse satisfaisante par référence aux principes généraux de la procédure.

Article 246

L'article sous examen reprend le dispositif de l'article 266, alinéa 2, actuel du Code civil.

Article 247

L'article 247 reprend le dispositif de l'article 295 actuel du Code civil.

Article 248

L'article 248 pose le principe selon lequel les avantages matrimoniaux consentis par l'un des conjoints au profit de l'autre par contrat de mariage sont maintenus, sauf si le contrat de mariage en dispose autrement. Ce texte est à voir en opposition avec le texte actuel de l'article 299 qui retient, à titre d'exception, la solution inverse en cas de divorce pour faute. Une fois le divorce pour faute supprimé, il n'y a aucune nécessité d'affirmer « positivement » un principe qui va de soi. Le Conseil d'État propose, en conséquence, d'omettre la disposition.

Article 249

L'article sous examen maintient la précision que le divorce est sans incidence sur les relations des époux avec des tiers. Le même principe est énoncé à l'article 265-1 du code civil français.

Article 250

L'article 250 est le premier d'une série de quatre articles qui portent sur les pensions alimentaires. La question fait actuellement l'objet du seul article 300 du Code civil. Le Conseil d'État s'interroge sur la nécessité d'une réglementation plus détaillée et précise.

L'article 250, alinéa 1^{er}, nouveau est superflu étant donné qu'il énonce encore une évidence à moins qu'on considère qu'il s'impose pour justifier le régime des pensions alimentaires.

L'alinéa 2 reprend le principe énoncé aux alinéas 1^{er} et 2 de l'article 300. Une fois omis l'alinéa 1^{er} de l'article tel que proposé, il n'y a plus lieu de commencer la disposition de l'alinéa 2 proposé par le terme « Toutefois ... ». Le Conseil d'État note que le texte sous examen, tel qu'il est formulé, semble s'appliquer aux deux types de divorce. Or, dans le divorce par consentement mutuel, la pension est fixée dans la convention de divorce et elle peut être modifiée selon les règles spécifiques prévues à cet effet. L'article n'est donc pertinent que pour le divorce pour rupture irrémédiable. C'est dans ce divorce qu'une pension est fixée par le juge selon les besoins et facultés contributives des deux conjoints. À cet égard, le Conseil d'État s'interroge sur le versement de la pension en capital. À défaut d'accord entre les parties, d'après quels critères le juge va-t-il déterminer le capital ?

L'article 253 exclut expressément une révision ou une révocation de la pension si elle a été constituée sous forme d'un capital. Cette différence de traitement, même si elle se conçoit dans une optique pratique, est difficile à justifier sur le plan des principes. Dans l'attente d'explications relatives à la justification de cette différence de traitement, le Conseil d'État réserve sa position quant à la dispense du second vote constitutionnel. La constitution d'un capital donne sens dans le système français du versement d'une prestation compensatoire que le législateur luxembourgeois n'a toutefois pas entendu reprendre. On pourrait tout au plus concevoir l'exclusion de la révision si le versement sous forme de capital a été décidé par le juge sur accord des deux parties.

L'alinéa 3 est encore superflu alors que, à l'évidence, la pension alimentaire revêt une nature différente de l'indemnisation pour faute visée à l'article 255.

Article 251

Selon l'article 250, alinéa 2, qui reprend le dispositif de l'article 300, paragraphe 2, actuel du Code civil, la pension alimentaire a pour objectif de subvenir à l'entretien du conjoint qui en bénéficie et elle est fixée selon les besoins et les facultés contributives des conjoints. Les précisions apportées par l'article 251 nouveau, qui n'ont d'ailleurs qu'une fonction indicative pour le juge, sont superflues. Les critères visés sont ceux que le juge considère déjà sur la base des textes actuels. Le Conseil d'État propose d'omettre le texte sous examen. Il est inutile de donner au juge un « code de bons conseils » pour appliquer la loi.

Article 252

Selon le nouvel article 252, la durée d'attribution de la pension alimentaire ne peut, sauf circonstances exceptionnelles, être supérieure à celle du mariage. Les auteurs précisent que cette solution est inspirée de l'article 301, paragraphe 4, du code civil belge. Elle serait considérée comme un corollaire du fait que la pension alimentaire peut être due en l'absence de toute faute et comme un encouragement pour le créancier d'aliments à retrouver de nouvelles sources de revenus.

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

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

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

Article 253

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

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

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

Article 254

Le projet de loi sous examen a pour finalité d'«objectiviser» le régime du divorce en droit luxembourgeois. La notion de faute est supprimée comme cause de divorce. De même, elle n'est pas retenue pour déterminer les droits à une pension alimentaire. Les auteurs du projet de loi entendent toutefois retenir la faute, qualifiée de grave dans l'intitulé, au niveau des conséquences financières du divorce. Il résulte de l'article 254, alinéa 2, que le mécanisme ne peut jouer qu'en cas de divorce pour rupture irrémédiable.

Le Conseil d'État doit émettre ses réserves par rapport à cette solution. Elle encourt la critique d'être incohérente avec l'objectif affiché de la réforme en ce qu'elle réintroduit « par la petite porte » le divorce pour faute. Le mécanisme prévu procède encore d'une confusion entre, la logique d'une indemnisation d'un époux à la suite de la cessation du mariage par le divorce, qu'il intervienne par consentement mutuel ou pour rupture objective irrémédiable, et la logique d'une indemnisation particulière d'un conjoint, à la suite de sévices infligés par l'autre conjoint. Il y a encore confusion entre les conséquences patrimoniales normales du divorce y

compris l'octroi d'une pension alimentaire due « objectivement », et l'octroi d'une indemnité pour préjudice subi en raison d'un comportement fautif d'un des époux, à l'origine de la rupture irrémédiable des relations conjugales. Le texte proposé mélange encore les situations où le conjoint est devenu victime de sévices et celles où les enfants sont les victimes. L'indemnisation du conjoint couvre-t-elle les droits à indemnisation propres des enfants ? Cette confusion entre les procédures se double d'un mélange de genre en ce qui concerne les compétences et le rôle du juge. Cela devient évident à la lecture de la fin de l'article 254, alinéa 1^{er}, qui vise la réparation du préjudice que la dissolution du mariage fait subir au conjoint non fautif. Or, l'indemnisation ne doit pas compenser les effets financiers négatifs de la dissolution du mariage, mais réparer un préjudice subi à la suite d'une faute. Le Conseil d'État relève que la question d'une telle indemnisation se pose également en cours de mariage, voire en cas de cessation du mariage par un divorce par consentement mutuel. Elle se pose encore dans l'hypothèse d'un partenariat ou d'un simple concubinage, notamment en cas de cessation d'un tel rapport juridique. L'existence du mariage et le prononcé du divorce pour rupture irrémédiable justifient-ils cette différence de régime ? Le divorce pour rupture irrémédiable ne saurait être comparé à une action publique sur laquelle se greffe une partie civile.

Le régime envisagé pose d'ailleurs de sérieux problèmes d'application en ce qui concerne la coexistence d'une action civile éventuelle devant le juge pénal et l'octroi d'une indemnité dans le jugement de divorce. Pour éviter l'application de la règle suivant laquelle « le criminel tient le civil en état », l'article 1007-33 du Nouveau Code de procédure civile prévoit que le juge aux affaires familiales peut surseoir à statuer sur toutes les demandes autres que le prononcé du divorce en cas de plainte pour un fait visé à l'article 254 du Code civil. Le Conseil d'État note que ce régime aboutit à reporter le jugement sur les conséquences du divorce ce qui contrevient à l'objectif affiché du projet de loi. Le Conseil d'État ne comprend pas non plus la référence, à la première ligne de l'article sous examen, à la condamnation de l'ex-conjoint, sauf à admettre, quod non, qu'une condamnation au civil peut suivre la décision de divorce. Se pose également la question de savoir si une indemnisation, sur la base de la disposition sous examen, s'oppose à une action civile pour faute que ce soit devant le juge pénal ou devant le juge civil. Cette question renvoie, à nouveau, à celle plus fondamentale de la nature du préjudice qui doit être indemnisé, préjudice du chef des sévices subis ou préjudice du chef de la rupture du mariage à la suite des sévices.

Le Conseil d'État invite le législateur à réfléchir sur la cohérence de ce choix avec l'objectif de la loi en projet, même s'il reconnaît que le maintien de la référence à la faute dans le divorce et l'insertion d'un régime d'indemnisation dans le jugement du divorce relève du pouvoir d'appréciation politique du législateur. Il relève toutefois que l'articulation du mécanisme prévu avec d'autres régimes d'indemnisation soulève des difficultés majeures d'ordre procédural, sources d'insécurité juridique. Dans l'attente d'une clarification de ces questions, il doit réserver sa position quant à la dispense du second vote constitutionnel.

Article 255

L'article 255 reprend, à l'alinéa 1^{er}, le dispositif de l'article 299 actuel qui vise le divorce pour cause d'excès, sévices ou injures graves d'un des conjoints envers l'autre, lorsque ces faits constituent une violation grave ou renouvelée des devoirs et obligations résultant du mariage et rendent intolérable le maintien de la vie conjugale. Il s'agit d'une illustration parfaite de la réintroduction du divorce pour faute.

La notion de faute est encore maintenue dans la détermination des pensions alimentaires, venant ainsi contredire le principe de base que la pension est fixée en fonction des besoins de l'ex-conjoint créancier et des facultés de l'ex-conjoint débiteur.

Article 256

L'article sous examen institue une sorte de prescription extinctive de droits de la victime si les fautes du conjoint ne sont pas récentes. Cette disposition est formulée sous une forme facultative « le juge aux affaires familiales peut », au même titre d'ailleurs que l'article 254. Elle est dès lors dépourvue de toute portée normative et ne constitue qu'une règle de conduite assignée au juge. Elle soulève toutefois des problèmes de cohérence avec les règles de prescription en matière pénale et en matière civile. Le juge serait amené à refuser l'octroi de dommages intérêts en raison de la « date éloignée » des faits, malgré l'intervention d'une condamnation, même récente, au pénal. À rappeler, par ailleurs, que la prescription en matière civile est en principe de trente ans. Se pose la question de savoir si le conjoint qui s'est vu refuser une indemnisation dans le cadre du divorce pourrait agir devant le juge civil ordinaire ?

La référence, à la fin de l'article 256, aux faits qui « ne sont plus pertinents dans le cadre du divorce », constitue encore un exemple du retour au divorce pour faute.

Article 257

L'article sous examen, en combinaison avec les articles 174, paragraphe 2, et l'article 197, alinéa 3, du Code de la sécurité sociale, introduit un mécanisme en vertu duquel, en cas de divorce, le conjoint qui a abandonné ou réduit son activité professionnelle pour des raisons familiales pendant une période dépassant cinq ans au cours du mariage peut s'assurer rétroactivement au régime général d'assurance pension par un rachat de périodes.

Le Conseil d'État note que l'article 257 figure dans le chapitre relatif aux conséquences du divorce et a vocation à s'appliquer également au divorce par consentement mutuel. Ceci pose toutefois le problème de l'articulation du nouveau mécanisme légal créant une créance au profit d'un conjoint par rapport à l'autre avec le divorce par consentement mutuel fondé sur la convention de divorce. Cette question se pose d'autant plus que le mécanisme légal est facultatif et qu'aux termes du paragraphe 4 le conjoint bénéficiaire du régime légal peut y renoncer ou les conjoints peuvent convenir de modalités différentes. Le Conseil d'État considère que

l'articulation entre le régime légal et la convention de divorce est loin d'être claire. L'insertion de dispositions relatives à la question dans la convention de divorce interdit-elle au conjoint concerné de déclencher le régime légal du rachat ? Le « silence » gardé par les conjoints dans la convention de divorce équivaut-il à une renonciation ? L'imprécision du régime mis en place est source d'insécurité juridique. En attendant des précisions quant aux interrogations soulevées, le Conseil d'État réserve sa position quant à la dispense du second vote constitutionnel.

Le paragraphe 1^{er} vise le cas de l'abandon ou de la réduction de l'activité professionnelle par un conjoint pour des raisons familiales. Le concept est repris à l'article 174 du Code de la sécurité sociale. Ce dernier article renvoie, au paragraphe 2, à un règlement grand-ducal, en l'occurrence le 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. Ce règlement mentionne à l'article 10 « la période à couvrir rétroactivement » et vise expressément « les périodes de mariage ». Le Conseil d'État s'interroge sur la signification du concept de « raisons familiales » retenue dans l'article sous examen par rapport à celle donnée dans le règlement grand-ducal précité du 5 mai 1999. Se pose la question de savoir si le conjoint doit établir des raisons familiales particulières ou s'il s'agit en réalité d'un régime qui profite à tout conjoint qui a arrêté ou réduit ses activités à une date quelconque suivant le mariage. Le commentaire renvoie à des exemples, ce qui permet la conclusion que le conjoint devra apporter la preuve des raisons pour lesquelles il a cessé ses activités professionnelles. Au regard de l'absence de procédures tant administratives que judiciaires sur ce point, le Conseil d'État comprend toutefois qu'aucune preuve particulière n'est exigée sauf à résumer les raisons familiales au seul fait du mariage. Cette lecture est encore conforme au mécanisme de l'article 174 du Code de la sécurité sociale et au règlement grand-ducal précité du 5 mai 1999. Dans cette lecture, la référence aux raisons familiales est dès lors dépourvue de toute signification et de toute portée normative propres. Si le législateur entend retenir un système différent, il faudra déterminer quelle autorité administrative ou judiciaire est compétente pour statuer sur des contestations relatives à l'existence de ces raisons, instaurer des procédures particulières et prévoir des recours éventuels contre une décision de refus. Le Conseil d'État comprend qu'est exclue la prise en compte d'une cessation ou d'une réduction des activités intervenue avant le mariage proprement dit mais qui est en relation avec le mariage à intervenir et s'est poursuivie au cours du mariage. L'exemple type est celui d'un arrêt de travail de la femme à la suite d'une grossesse ou d'un accouchement avant le mariage.

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

La période de réduction ou de cessation de l'activité professionnelle doit dépasser cinq années. Se pose d'abord la question du calcul de cette période. Doit-elle être continue ou peut-on cumuler plusieurs périodes de non-affiliation ? Selon le Conseil d'État, il devrait être possible de cumuler les périodes. Sur le plan des principes, cette limite dans le temps n'est pas

sans poser des problèmes sérieux en matière d'égalité devant la loi. Un conjoint ayant réduit ses activités d'un tiers pendant plus des cinq ans aurait droit au rachat, alors que celui qui a cessé totalement ses activités pendant quatre années n'y aurait pas droit. Il est vrai que cette question de délai renvoie à celle du contenu et de la persistance des raisons familiales. En attendant des explications sur les raisons à la base de cette différence de traitement, le Conseil d'État doit réserver sa position quant à la dispense du second vote constitutionnel.

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

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

le Conseil d'État doit réserver sa position quant à la dispense du second vote constitutionnel dans l'attente de clarifications.

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

Les paragraphes 5 et 6 constituent des dispositions techniques sur le versement des sommes à la Caisse nationale d'assurance pension et sur la délivrance par celle-ci d'un certificat. Le Conseil d'État est à se demander si ces dispositions ne trouveraient pas mieux leur place à l'article 174 du Code de la sécurité sociale.

Le paragraphe 7 instaure un mécanisme qui permet au conjoint débiteur de demander la restitution du montant par lui versé, si ce montant n'a pas été transmis à la Caisse nationale d'assurance pension par l'autre conjoint ou encore si l'autre conjoint n'a pas versé le montant qui était à sa charge. Cette disposition est la seule où l'article sous examen prévoit expressément l'intervention du juge aux affaires familiales. L'action s'analyse toutefois en demande de paiement de droit commun. Le Conseil d'État se demande si ce mécanisme de restitution exclut l'application des procédures du droit de la sécurité sociale par lesquelles la Caisse nationale d'assurance pension contraint l'affilié à verser les cotisations dues.

Article 258

L'article sous rubrique autorise le tribunal, dans le jugement de divorce, à attribuer, sous certaines conditions et pour une durée limitée, la

jouissance du logement familial au conjoint auprès duquel vivent un ou plusieurs enfants communs.

Le Conseil d'État renvoie à ses avis précités du 16 mars 2004 et du 16 juillet 2010. Le Conseil d'État a approuvé la consécration d'une règle protégeant l'habitation familiale et s'est prononcé contre le régime du bail forcé. Il s'est toutefois interrogé, dans son avis de 2010, sur les limites quant à l'âge des enfants et la durée d'attribution en renvoyant aux dispositions plus favorables retenues par le législateur français à l'article 285-1 du code civil. Le Conseil d'État réitère ces observations à l'endroit du texte proposé qui réduit la durée d'attribution à un an.

Article 259

Le Conseil d'État s'interroge sur la nécessité de cette disposition qui n'a qu'une portée de clarification ou de répétition.

Article 260

L'article 260 reprend l'article 304 actuel du Code civil et n'appelle, selon les auteurs, pas d'autres commentaires.

Le Conseil d'État s'interroge toutefois sur la nécessité de maintenir cette disposition qui trouve son origine dans la version initiale du code civil de 1804. Elle est certes maintenue également en Belgique, mais se trouve supprimée dans le code civil français qui se borne à renvoyer à l'article 286 relatif aux conséquences du divorce pour les enfants, au droit commun sur l'autorité parentale. La disposition, encore une fois, ne fait qu'énoncer une évidence. Le Conseil d'État propose de profiter de la loi en projet pour supprimer cette disposition.

Article 3— Modification du Code civil relative à la réforme de l'autorité parentale

Point 1)

Sans observation.

Point 2)

Article 372

Le nouvel article 372 définit l'autorité parentale comme l'ensemble des droits et devoirs des parents vis-à-vis de l'enfant mineur et précise que la finalité est l'intérêt de l'enfant. Le texte, qui est repris de l'article 371-1 du code civil français, trouve l'approbation du Conseil d'État.

Point 3)

Articles 372-1 et 372-2

L'article 372-1 nouveau énonce le principe selon lequel l'accord de chacun des parents est nécessaire pour tous les actes qui relèvent de l'autorité parentale lorsqu'ils exercent ensemble l'autorité parentale. Cet

accord est requis tant pour les actes usuels que pour les actes non-usuels à la différence que, pour les actes usuels, l'accord est présumé. Le Conseil d'État s'interroge sur la signification et l'application pratique de cette différence. Les critères de distinction proposés dans l'article sous examen selon que l'acte « rompt avec le passé et engage l'avenir » ou « touche aux droits fondamentaux de l'enfant » sont plus philosophiques que juridiques. Même si le commentaire est muet sur ce point, le Conseil d'État a noté que les auteurs se sont inspirés de la proposition de loi relative à l'autorité parentale et à l'intérêt de l'enfant adoptée en première lecture par l'Assemblée nationale française le 27 juin 2014. Cette proposition de loi n'a toutefois pas encore été adoptée et le Conseil d'État ignore le sort qui lui sera réservé. Autant le Conseil d'État conçoit la logique d'une reprise en droit luxembourgeois de dispositions des lois française ou belge, autant il met en garde contre une mise en vigueur au Luxembourg de dispositions dont l'adoption est loin d'être assurée dans les législations de référence. Il propose d'omettre une définition des concepts d'actes usuels et non usuels. En cas de désaccord des parents sur l'exercice de l'autorité parentale, quelle que soit la portée de l'acte, la seule solution consiste dans la saisine du juge qui, évidemment, tranche en considérant l'intérêt de l'enfant.

Les droits des tiers sont sauvegardés par l'article 375-1 du code qui reprend la disposition de l'article 372-2 du code civil français qui, de son côté, se passe de toute définition du concept d'acte usuel.

L'article 372-2 reprend l'énoncé de l'article 371-2 du code civil français. Le Conseil d'État marque son accord avec la précision que l'obligation d'entretien ne cesse pas, de plein droit, avec la majorité de l'enfant. L'article sous examen est à voir en relation avec l'article 376-3. Se pose la question de la détermination des critères, qui, selon la jurisprudence actuelle, consistent dans la situation personnelle de l'enfant, en particulier la poursuite d'études.

Comme il est prévu que l'obligation ne cesse plus de plein droit lorsque l'enfant est majeur, le débiteur d'aliments dont l'enfant travaille à la majorité devra-t-il introduire une demande pour être déchargé de l'obligation d'entretien au moment de la cessation du besoin ?

Point 4)

Articles 373 et 374

L'article 373 est repris de l'article 371-3 du code civil français.

L'article 374 combine les dispositions des articles 371-4 et 371-5 du code civil français.

Ces dispositions n'appellent pas de commentaire particulier.

Point 5)

Sans observation.

Point 6)

Articles 375, 375-1 et 375-2

L'article 375 est repris de l'article 372 du code civil français.

L'alinéa 1^{er} met fin à l'inégalité de traitement entre les parents d'un enfant né hors mariage qui a subsisté en droit luxembourgeois malgré un arrêt de la Cour constitutionnelle n° 7/98 du 26 mars 1999.

L'alinéa 2 énonce des exceptions au principe de l'exercice commun lorsque la filiation est déjà établie envers un parent qui détient et exerce seul l'autorité parentale et si elle vient à être établie à l'égard du deuxième parent plus d'un an après la naissance de l'enfant et lorsque la filiation est déclarée en justice. Ces dérogations sont également prévues en droit français.

L'article 375, alinéa 3, reprend le régime prévu à l'article 372, alinéa 3, du code civil français.

L'article 375-1 est identique aux principes énoncés à l'article 375-2 actuel et reprend l'article 372-2 du code civil français. Le Conseil d'État renvoie à ses observations à l'endroit de l'article 372-1 sous examen.

L'article 375-2 reprend l'article 373 du code civil français.

Point 7)

Article 375-3

L'article 375-3 reprend l'article 373-1 du code civil français.

Point 8)

Sans observation.

Point 9)

Article 376

L'article sous examen reprend les dispositions de l'article 373-2, alinéas 1^{er} et 2, du code civil français.

Point 10)

Articles 376-1 à 376-5

L'article 376-1 règle la situation où l'intérêt de l'enfant commande de confier l'exercice de l'autorité parentale à un seul des parents. Le dispositif vise à maintenir un équilibre avec les droits et obligations du parent privé de l'exercice de l'autorité parentale. Le texte proposé est inspiré de l'article 373-2-1 du code civil français.

L'article 376-2 porte sur la contribution et l'entretien de l'enfant en cas de séparation des parents. Le texte proposé est repris de l'article 373-2-2 du code civil français.

L'article 376-3 prévoit que le parent, qui assume la charge d'un 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. Le texte est repris de l'article 373-2-5 du code civil français.

L'article 376-4 confère compétence au juge aux affaires familiales pour modifier le régime de la contribution à l'entretien et à l'éducation de l'enfant et renvoie, à cet effet, aux mécanismes du Nouveau Code de procédure civile. Le texte n'appelle pas de commentaire particulier.

L'article 376-5 introduit en droit luxembourgeois le mandat d'éducation quotidienne que chacun des parents peut donner à son conjoint ou à son partenaire au sens de la loi modifiée du 9 juillet 2004. Le texte est encore inspiré de la proposition de loi française citée ci-dessus. Outre le fait que les auteurs se sont inspirés d'un texte qui n'a pas encore été adopté en France plus de deux ans après avoir été proposé, le Conseil d'État s'interroge sur la portée du texte et sur son application pratique. Il comprend que l'objectif est de conférer un statut juridique aux « nouveaux » parents dans des familles recomposées. Les exemples cités dans le commentaire, visites médicales et rapports avec des établissements de garde, d'éducation ou d'enseignement, mettent en évidence que des personnes autres que le nouveau conjoint ou le partenaire légal d'un des parents pourraient avoir besoin d'un tel mandat. S'il s'agit de régler des problèmes pratiques du type de ceux évoqués dans le commentaire, un mandat relevant du droit commun répond aux besoins. Le mandat d'éducation ne saurait aboutir à investir le nouveau conjoint ou partenaire de l'autre parent d'une autorité parentale qui ne lui revient pas d'après la loi. Dans la pratique, l'autre parent de l'enfant risquera d'ailleurs de refuser son accord à l'octroi d'un tel mandat. Le Conseil d'État s'interroge encore sur la cohérence des concepts retenus par les auteurs, qui, tantôt, opposent les actes usuels et les actes non usuels, tantôt visent des actes d'éducation. Pour l'ensemble de ces raisons, le Conseil d'État se prononce contre l'adoption de la disposition sous examen.

Point 11)

Articles 377, 378 et 378-1

L'article 377 prévoit que les parents peuvent conclure une convention portant sur l'exercice de l'autorité parentale qui doit être homologuée par le juge aux affaires familiales. Le texte est repris de l'article 373-2-7 du code civil français.

L'article 378 dispose, à l'alinéa 1^{er}, que le juge aux affaires familiales peut être saisi par un des parents lorsque ceux-ci n'arrivent pas à s'accorder sur les modalités d'exécution de l'autorité parentale. L'alinéa 2 étend le droit de saisine au tiers et au mineur. Le régime est repris de l'article 373-2-8 du code civil français. Trois différences sont à noter : le texte proposé omet la saisine par le ministère public ; il ajoute le droit d'action du mineur et détermine l'intérêt d'agir du tiers. L'initiative de l'enfant s'inscrit dans la

philosophie de la loi sous examen qui permet à l'enfant de saisir le juge aux affaires familiales. Le Conseil d'État comprend que la référence aux tiers vise des personnes avec qui l'enfant a vécu, mais qui ne peuvent pas faire valoir un rapport juridique pour obtenir un droit de visite ou d'hébergement. L'omission de toute référence au ministère public s'inscrit dans la logique du projet de loi sous avis qui réduit le rôle du procureur. Le Conseil d'État renvoie à ses considérations à l'endroit des articles 1007-29 et 1007-44 que l'article 1^{er}, point 6), du projet de loi propose d'insérer dans le Nouveau Code de procédure civile, dans lesquelles il s'est prononcé contre une diminution du rôle du ministère public dans les procédures.

L'article 378-1 porte sur la résidence alternée. Les alinéas 1^{er} et 2 sont repris de l'article 373-2-9 du code civil français.

Point 12)

Article 378-2

Le texte sous examen est à lire en relation avec l'article 377.

Il prévoit, au paragraphe 1^{er}, la possibilité de voir modifier par le juge aux affaires familiales les dispositions de la convention visées à l'article 377, en cas d'élément nouveau.

Le paragraphe 2 autorise le mineur à saisir le juge et renvoie expressément à l'article 1007-50 du Nouveau Code de procédure civile. Compte tenu des termes de cette dernière disposition, le Conseil d'État considère que le paragraphe sous examen est superflu et propose de l'omettre.

Le Conseil d'État a des interrogations sérieuses par rapport au paragraphe 3. Il a déjà exposé qu'une médiation familiale est possible dans toute procédure en vertu du droit commun et qu'il n'y a pas lieu de le répéter à chaque occasion. Le non-respect du droit de visite et d'hébergement constitue un élément nouveau au sens du paragraphe 1^{er} et peut donner lieu à une saisine du juge aux fins de modification. Pourquoi prévoir cette intervention du juge spécifiquement en lui donnant l'aspect d'une sanction vis-à-vis du parent en faute. Le libellé du texte permettrait encore la conclusion que la modification du régime de l'autorité parentale est une conséquence obligatoire du non-respect des décisions judiciaires relatives au droit de visite, alors qu'à l'évidence le juge doit disposer en la matière d'un pouvoir d'appréciation dans l'intérêt des enfants. Le Conseil d'État rappelle encore que le Code pénal prévoit l'infraction de non-représentation d'enfant. La coexistence et la mise en œuvre parallèle des procédures pénale et civile seront difficiles. La pratique a d'ailleurs montré l'efficacité des procédures entamées devant le juge pénal. Les auteurs renvoient encore à l'intérêt supérieur de l'enfant. Or, l'intérêt de l'enfant est le critère déterminant en la matière et il n'y a pas non plus lieu de le rappeler dans chaque disposition.

Point 13)

Sans observation.

Point 14)

Articles 379, 380 et 380-1

L'article 379 reprend le régime prévu à l'article 378-1 actuel du Code civil sous réserve de la compétence du juge aux affaires familiales.

En ce qui concerne l'alinéa 1^{er}, le Conseil d'État constate que les concepts juridiques de divorce et de séparation de corps ont été remplacés par celui de séparation à l'instar de l'article 373-2 du code civil français. Le Conseil d'État ne saisit pas la nécessité du bout de phrase qui commence par « lors même que ». Dès lors que les seules exceptions sont les cas visés à l'article 387-10 du Code civil et à l'article 11 du Code pénal, il n'y a pas lieu de préciser que d'autres exceptions qu'on pourrait concevoir n'ont pas été retenues. Un texte de loi est constitué de dispositions normatives et non pas d'explications.

En ce qui concerne l'alinéa 2, le Conseil d'État rappelle encore ses réserves par rapport au rappel, à tout bout de champ, de l'intérêt de l'enfant, d'autant plus que les auteurs visent tantôt l'intérêt simple, tantôt l'intérêt supérieur.

L'article 380 reprend la disposition de l'article 373-4 du code civil français et l'article 380-1 reproduit l'article 373-5 de ce code. Les deux dispositions distinguent entre le cas où une tutelle peut être ouverte et celui où elle doit l'être. Ces dispositions s'appliqueront sans préjudice des procédures sur la délégation de l'autorité parentale.

Point 15)

Article 380-2

L'article 380-2 reprend la disposition de l'article 374-1 du code civil français.

Point 16)

Article 383

Les modifications apportées à l'article 383 du Code civil s'expliquent par les réformes apportées au dispositif législatif par le projet de loi sous examen. Elles n'appellent pas de commentaire.

Point 17)

Articles 387-2 à 387-4

La terminologie de l'article 387-2 a été adaptée pour tenir compte des changements apportés au régime de l'autorité parentale par la loi sous examen.

Les articles 387-3 et 387-4 sont inspirés des articles 377 et 377-1 du code civil français.

Point 18)

Article 387-7

La modification apportée à l'article 387-7 est d'ordre terminologique.

Point 19)

Sans observation.

Point 20)

Articles 387-9 et 387-9bis

Les deux articles traitent du retrait de l'autorité parentale, terme qui vient se substituer à celui de la déchéance. Ils viennent remplacer l'article actuel 387-9.

L'article 387-9 est repris de l'article 378 du code civil français, référence que le commentaire omet d'indiquer. Il se distingue du texte français sur deux points majeurs qui ne sont pas expliqués. Le texte sous examen donne compétence au tribunal siégeant en matière civile. Le Conseil d'État ne saisit pas les raisons pour refuser la compétence au juge aux affaires familiales, juge de droit commun en la matière. Si le législateur entend confier la compétence à une composition de trois juges, il suffit de faire référence au tribunal ; la précision qu'il statue en matière civile est superflue. Parmi les cas de figure du retrait de l'autorité parentale, le texte sous examen ajoute celui du crime ou délit commis à l'aide de l'enfant.

L'article 387-9bis vise le retrait de l'autorité parentale en dehors des cas de condamnation pénale. Le texte est inspiré de l'article 378-1 du code civil français.

La procédure prévue à l'article 387-9bis, alinéa 2, est également reprise de l'article 378-1 du code civil français.

Point 21)

Articles 387-10 et 387-11

Les adaptations apportées aux articles 387-10 et 387-11 sont d'ordre terminologique.

Point 22)

Articles 387-13 et 387-14

Les adaptations portées aux articles 387-13 et 387-14 du Code civil sont d'ordre terminologique. Le projet de loi reprend encore la condition des circonstances nouvelles qui doivent être justifiées pour une réintégration prévue à l'article 381 du code civil français.

Point 23)

Articles 389 à 389-6

Les articles 389 et 389-1 sont reformulés.

L'article 389-2 est modifié alors que le divorce n'affectera plus l'autorité parentale conjointe.

L'article 389-3 fait l'objet d'adaptations terminologiques.

Les articles 389-4 et 389-5 remplacent l'article 389-5 actuel relatif aux actes que peut poser l'administrateur légal.

L'article 389-4 vise les actes qu'un parent peut poser seul. Il reprend le régime prévu à l'article 372-2 du code civil français. Le texte proposé reprend le concept jusqu'alors inconnu d'administration légale « pure et simple ».

L'article 389-5 vise les actes que, dans une administration légale dite pure et simple, les parents doivent accomplir ensemble.

L'article 389-6 connaît une modification terminologique à l'alinéa 1^{er}. L'alinéa 2 que les auteurs entendent ajouter est juridiquement superflu.

Point 24)

Article 390

Cet article fait encore l'objet d'une adaptation terminologique.

Point 25)

Article 490-4

Sans observation.

Article 4 – Modifications du Code de la sécurité sociale

Point 1)

Article 174

L'article 257 du Code civil renvoie au régime de l'article 174 du Code de la sécurité sociale. À l'article 174 actuel du Code de la sécurité sociale, les alinéas deviennent des paragraphes et un nouveau paragraphe 2 est inséré qui porte sur le mécanisme de rachat prévu à l'article 257 du Code civil.

Le Conseil d'État rappelle que l'article 174 actuel prévoit déjà la possibilité d'un achat rétroactif. Les modalités sont fixées par le 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. Les mesures soi-disant nouvelles prévues dans le cadre du projet de loi sous avis, peuvent déjà être opérées en exécution de l'article 174 précité si toutefois les conjoints se mettent d'accord sur le montant d'un achat rétroactif éventuel. Ceci pose, une nouvelle fois la question de l'application du nouveau régime dans un divorce par consentement mutuel.

Le paragraphe 2, alinéa 1^{er}, prévoit le calcul du montant de référence, sans préciser d'ailleurs que ce calcul est opéré par la Caisse nationale d'assurance pension. Cette dernière est saisie par le conjoint intéressé ou par le juge aux affaires familiales. La référence au juge est surprenante dès lors que l'article 257 du Code civil ne consacre pas cette compétence. Le juge rendra-t-il une décision de justice ou agira-t-il selon la procédure administrative ? Quelle sera sa position vis-à-vis de la Caisse nationale d'assurance pension qui sera amenée à solliciter des compléments d'information ?

Le texte sous examen renvoie à des plafonds fixés par règlement grand-ducal. Le Conseil d'État s'interroge sur la nécessité de ce renvoi au regard de l'actuel alinéa 2, devenant le nouveau paragraphe 3 aux termes duquel « un règlement grand-ducal précise les conditions de l'achat rétroactif, en détermine les modalités et définit les périodes pouvant être couvertes ». Le règlement adopté sur cette base devrait également couvrir le calcul des montants de référence visés au nouveau paragraphe 2.

La disposition sous examen prévoit la saisine de la Caisse nationale d'assurance pension par le conjoint intéressé ou le juge aux affaires familiales et impose aux deux conjoints l'obligation de fournir leurs revenus professionnels et revenus de remplacement à la base du calcul du montant de référence. Se pose la question de la procédure de la fourniture des informations requises et des moyens de contrôle, voire de contrainte, à la disposition de la Caisse, en particulier vis-à-vis du conjoint qui n'est pas le créancier. Le texte prévoit qu'à défaut, le juge aux affaires familiales détermine le revenu à considérer pour le calcul. Le juge sera toutefois placé devant le même problème, même s'il peut appliquer les moyens de contrainte prévus par la procédure civile. Ces questions devraient d'ailleurs être réglées à l'article 257 du Code civil ou dans une disposition particulière du Nouveau code de procédure civile et non pas dans le Code de la sécurité sociale.

L'article 174, paragraphe 2, vise les revenus professionnels. Le Conseil d'État comprend que ce concept se recouvre avec celui de revenus cotisables alors que le régime est axé sur un versement rétroactif de cotisations. Les revenus doivent couvrir des périodes de résidence au Luxembourg, ce qui pose le problème de l'affiliation de Luxembourgeois non-résidents dont le divorce est régi par la loi luxembourgeoise, qu'il soit prononcé par un juge luxembourgeois ou même par un juge de l'État de résidence. En vertu du droit européen, le transfert de droit de pension entre États membres constitue un principe essentiel de la libre circulation. Le Conseil d'État s'interroge sur la combinaison de la clause de résidence avec les règles du droit européen et réserve sa position quant à la dispense du second vote constitutionnel. Il renvoie par ailleurs aux observations qu'il a

faites à cet égard concernant le nouvel article 257, paragraphe 1^{er}, qu'il est proposé d'insérer dans le Code civil.

Point 2)

Article 197, alinéa 3

L'article 197 du Code de la sécurité sociale prévoit l'octroi d'une pension de survie « partielle » au conjoint divorcé ou à l'ancien partenaire suite au décès de l'assuré principal. Le montant de cette pension est calculé sur base de la pension de survie due proportionnellement à la durée du mariage par rapport à la durée de la carrière d'assurance, ainsi si un conjoint ou partenaire a été marié ou lié pendant 20 années au conjoint voire partenaire décédé, et que la carrière d'assurance de celui-ci s'étendait sur 40 années, il a droit à 50 pour cent (20/40) du montant de la pension de survie due, à condition que l'ayant-droit n'a pas contracté un nouveau mariage voire partenariat.

Ainsi que déjà relevé dans le commentaire relatif à l'article 257 du Code civil, le présent projet de loi prévoit la possibilité d'un achat rétroactif de périodes d'assurance lors du divorce.

Selon les auteurs, l'application de l'article 174, paragraphe 2, engendre une plus-value au bénéfice de la personne assurée rétroactivement au régime général par application de l'article 174, paragraphe 2, en fonction des revenus du conjoint divorcé. Aussi, la modification apportée à l'article 197 viserait-elle à éviter que les revenus correspondants entrent en ligne de compte deux fois.

Le système mis en place combine le régime des droits de pension propres, y compris par voie de rachat, avec le régime de droits de pension dits de survie. Les droits propres viennent en réduction des droits de survie et cela avant même l'application des règles anti-cumul du droit commun.

Le Conseil d'État ne comprend pas la logique retenue par les auteurs étant donné que le mécanisme du rachat, opéré par le versement de fonds externes à la caisse, ne peut pas être assimilé à des transferts internes à celle-ci.

La loi opère ainsi une différenciation entre l'hypothèse d'un rachat classique de périodes de cotisation et celle d'un rachat à l'occasion d'un divorce qui se traduit négativement pour l'assuré qui a racheté des droits à l'occasion d'un divorce. Dans l'attente d'explications quant à la justification de cette différence de traitement, le Conseil d'État réserve sa position quant à la dispense du second vote constitutionnel

Point 3)

Article 440

À l'article 440 du Code de la sécurité sociale, les références aux articles du Code civil sont adaptées pour tenir compte des modifications

apportées au Code civil et de la nouvelle numérotation des articles qui s'en suit. Le Conseil d'État n'a pas d'observation.

Article 5 – Modifications du Nouveau Code de procédure civile

L'article 5 regroupe les articles du Nouveau Code de procédure civile qui font l'objet d'ajustements terminologiques suite aux modifications opérées aux articles 1^{er} à 3.

Points 1) à 20)

Les points 1) à 20) n'appellent pas d'observation particulière.

Point 21)

Articles 1110 à 1112

Les actions concernant le retour immédiat relèveront désormais du juge aux affaires familiales et non plus du président du tribunal d'arrondissement. Dans la logique du texte proposé, se pose la question de la procédure, celle du référé ordinaire ou du référé spécial en cas d'urgence absolue? Le Conseil d'État propose encore de préciser aux trois premiers alinéas de l'article 1110 qu'il s'agit du juge aux affaires familiales.

Article 6 – Modifications du Code civil consécutives aux modifications opérées aux articles 1^{er} à 3

L'article 6 sous examen regroupe les articles du Code civil qui font l'objet d'ajustements terminologiques suite aux modifications opérées aux articles 1^{er} à 3.

Points 1) à 44)

Les points 1) à 44) n'appellent pas d'observation particulière.

Article 7 – Modifications du Code pénal

Point 1)

Article 11

Sans observation.

Point 2)

Article 371-1

Sans observation.

Point 3)

Article 391bis

La référence faite par l'article 391bis du Code pénal à l'article 301 du Code civil, relatif aux dommages et intérêts octroyés en cas de divorce pour faute, est remplacée par une référence à l'article 254 du Code civil. Selon le commentaire, le pendant des dispositions de l'actuel article 301 du Code civil se retrouve, de manière modifiée, à l'article 254 du Code civil en projet.

Le Conseil d'État renvoie à ses observations à l'endroit de l'article 254 du Code civil en projet. Si le législateur reconsidère sa position sur cet article, l'article sous examen devra être modifié. Le Conseil d'État relève encore que l'indemnité visée à l'article 254 du Code civil ne saurait être considérée comme une pension et qu'il y aurait en tout cas lieu de remplacer ce concept par celui de dommages-intérêts retenu à l'article 254.

Point 4)

Article 391-ter

Sans observation.

Article 8 – Modification de la loi modifiée du 7 mars 1980 sur l'organisation judiciaire

Points 1) et 2)

Articles 2, 11 et 12 de la loi modifiée du 7 mars 1980 sur l'organisation judiciaire

Les demandes en attribution ou en révision de pensions alimentaires actuellement toisées par le juge de paix sont transférées au juge aux affaires familiales relevant du tribunal d'arrondissement. Le projet de loi propose, en conséquence, une réduction d'une unité des effectifs sur quinze pour la justice de paix de Luxembourg et d'une unité sur huit pour la justice de paix d'Esch-sur-Alzette, sans que cette différence soit d'ailleurs expliquée. Les effectifs du seul tribunal de Luxembourg augmentent de huit unités sans que le commentaire explique en quoi la création du juge aux affaires familiales requiert une telle augmentation. La création du juge aux affaires familiales, siégeant de surcroît comme juge unique, devrait, en effet, entraîner une décharge des chambres du tribunal d'arrondissement siégeant en matière civile en particulier dans les procédures de divorce. Compte tenu de cette augmentation, le Conseil d'État ne comprend pas la réduction du nombre de juges des tutelles à une unité compte tenu en particulier du nombre croissant de cas de tutelle des majeurs. Le Conseil d'État note encore que la création du juge aux affaires familiales n'aura aucun effet sur les effectifs de la Cour d'appel.

En ce qui concerne les justices de paix, le Conseil d'État reconnaît que le principe constitutionnel de l'inamovibilité, consacré à l'article 91 de la Constitution, ne permet pas la mutation d'un juge de paix. Il ne saurait

toutefois admettre la solution pratique proposée dans le commentaire consistant à maintenir le nombre actuel des juges de paix en attendant le départ du juge surnuméraire. Une juridiction ne saurait être composée d'un nombre de juges plus élevé que le cadre prévu dans la loi. Le régime mis en place par la loi en projet aboutit à une impossibilité, fût-elle limitée dans le temps, d'appliquer la loi étant donné que la situation de fait établie par la loi antérieure perdure au titre de textes constitutionnels. Pour éviter une situation de non application de la loi ou de conflit entre la loi et la Constitution, le Conseil d'État exige, sous peine d'opposition formelle, d'insérer dans le texte une disposition transitoire.

Point 3)

Article 15 de la loi modifiée du 7 mars 1980 sur l'organisation judiciaire

Le Conseil d'État n'a pas observation sur les modifications apportées à l'article 15 qui s'expliquent par la création du juge aux affaires familiales. Pour ce qui est de la réduction du nombre de juges des tutelles pour majeurs à une unité, le Conseil d'État renvoie à ses observations antérieures.

Point 4)

Article 15-1 de la loi modifiée du 7 mars 1980 sur l'organisation judiciaire

L'article sous examen prévoit quatorze postes de juge aux affaires familiales au tribunal d'arrondissement de Luxembourg dont deux vice-présidents et trois postes de juge aux affaires familiales dont un vice-président au tribunal d'arrondissement de Diekirch. Le Conseil d'État peut suivre les auteurs dans leur souci « de prévoir un nombre suffisant de postes de juge aux affaires familiales afin de garantir notamment le respect des délais de fixation des affaires aux audiences des juges aux affaires familiales et de donner à ces magistrats la possibilité d'assurer avec le soin nécessaire toutes les missions leur conférées par le présent projet de loi ». Il partage encore les réflexions des auteurs quant à l'ancienneté que doivent remplir les candidats au poste de juge aux affaires familiales. Il constate toutefois que l'institution du juge aux affaires familiales se traduit moins par une réorganisation de l'affectation des postes que par la création de postes nouveaux. Le Conseil d'État voudrait rappeler une réflexion qu'il a déjà faite à l'occasion d'autres projets de loi et consistant dans une mise en garde contre une politique d'augmentation constante des effectifs des juridictions. Il voudrait encore renvoyer aux difficultés bien connues de recrutement de candidats qualifiés et aux conséquences pour le recrutement de juristes dans d'autres secteurs de la fonction publique. La réponse aux retards dans l'évacuation des affaires est également à chercher dans un allègement des procédures, une application plus stricte de règles de la mise en état, de la fixation des affaires et du prononcé des décisions, une réorganisation des méthodes de travail des juridictions, une coopération plus étroite avec le barreau et une responsabilisation accrue des avocats.

Points 5) et 6)

Articles 24 et 39 de la loi modifiée du 7 mars 1980 sur l'organisation judiciaire

Sans observation.

Article 9 – Modification de la loi modifiée du 26 mai 1954 réglant les pensions des fonctionnaires de l'État

Point 1)

Le Conseil d'État renvoie à ses observations relatives à la modification qui est proposée concernant l'article 197 du Code de la sécurité sociale concernant lequel, dans l'attente de justifications, il réserve sa position quant à la dispense du second vote constitutionnel.

Point 2)

Sans observation.

Point 3)

Le Conseil d'État renvoie à ses observations relatives à la modification qui est proposée concernant l'article 197 du Code de la sécurité sociale concernant lequel, dans l'attente de justifications, il réserve sa position quant à la dispense du second vote constitutionnel.

Article 10 – Modification de la loi modifiée du 11 novembre 1970 sur les cessions et saisies des rémunérations de travail ainsi que les pensions et rentes

Sans observation.

Article 11 – Modification de la loi modifiée du 10 août 1992 relative à la protection de la jeunesse

Point 1)

Article 11 de la loi modifiée du 10 août 1992 relative à la protection de la jeunesse

Sans observation.

Point 2)

Article 35

Le Conseil d'État approuve la modification de la composition de la chambre d'appel de la jeunesse qui sera désormais collégiale sans qu'il y ait lieu à une augmentation afférente des effectifs.

Article 12 – Modification de la loi modifiée du 3 août 1998 instituant des régimes de pension spéciaux pour les fonctionnaires de l’État et des communes ainsi que pour les agents de la Société nationale des chemins de fer luxembourgeois

Le Conseil d’État, renvoyant à ses observations concernant la modification de l’article 197 du Code de la sécurité sociale prévue à l’article 4, point 2) du projet de loi, propose qu’il soit fait abstraction de la modification envisagée.

Article 13 – Modification de la loi modifiée du 9 juillet 2004 relative aux effets légaux de certains partenariats

Les points 1) et 2) apportent certaines modifications à la loi précitée du 9 juillet 2004 qui s’imposent en raison du transfert de compétences du juge de paix au juge aux affaires familiales

Article 14 – Modification de la loi modifiée du 25 mars 2015 instituant un régime de pension spécial transitoire pour les fonctionnaires de l’État et des communes ainsi que pour les agents de la Société nationale des Chemins de Fer luxembourgeois

Le Conseil d’État renvoie à ses observations concernant l’article 9 du projet de loi.

Article 15 – Dispositions abrogatoires

Sans observation.

Article 16 – Dispositions transitoires

Le projet de loi retient comme date d’entrée en vigueur le premier jour du quatrième mois qui suit la publication de la loi au Mémorial. Le Conseil d’État a des doutes quant à la mise en place du cadre administratif et personnel nécessaire à l’application de la loi. Il s’interroge notamment sur la possibilité de mener à bien les augmentations des effectifs, qu’il s’agisse de juges ou de greffiers, à cette date.

Certaines règles s’appliquent dans le délai de droit commun de trois jours de la publication de la loi au Mémorial. Le Conseil d’État note que les auteurs ne se réfèrent pas à des dispositions particulières de la loi en projet, ce qui est la règle pour les mesures transitoires, mais indiquent, de manière « autonome » les règles qui sont d’application immédiate.

Paragraphe 1^{er}

Les dispositions transitoires ont pour objet d’assurer le passage du régime ancien vers le régime nouveau. Tel n’est pas le cas des dispositions regroupées sous le paragraphe 1^{er} qui d’après le commentaire afférent sont appelées à s’appliquer immédiatement et sans limitation de durée. Il ne s’agit donc pas de dispositions transitoires, mais de dispositions relatives à l’entrée

en vigueur qui doivent à ce titre figurer sous l'article 16, paragraphe 2 (article 17 selon le Conseil d'État)¹⁶, du projet de loi.

En vertu de la première phrase de l'article 16, paragraphe 1^{er}, les dispositions sont appelées à s'appliquer trois jours après la publication au Mémorial ce qui correspond au délai d'entrée en vigueur de droit commun et rend superflue une disposition relative à l'entrée en vigueur. Il convient dès lors de faire abstraction des dispositions prévues à l'article 16, paragraphe 1^{er}.

Paragraphe 2 (article 17 selon le Conseil d'État)

Les dispositions prévues à l'article 16, paragraphe 2, alinéas 1^{er} et 2, ont le caractère de dispositions transitoires et doivent à ce titre être regroupées sous l'article 16, paragraphe 1^{er} (article 16 selon le Conseil d'État)¹⁷ concernant les dispositions transitoires.

L'article 16, paragraphe 2, alinéa 3, (article 17 selon le Conseil d'État)¹⁸ fixe l'entrée en vigueur de la loi en projet au premier jour du quatrième mois qui suit la publication au Mémorial à l'exception de l'article 8 du projet de loi dont l'entrée en vigueur suit les règles du droit commun. Au regard des observations qu'il a faites concernant l'article 16, paragraphe 1^{er}, le Conseil d'État propose de compléter l'article 16, paragraphe 2, alinéa 3, (article 17 selon le Conseil d'État) en exceptant également l'article 3, points 5), 9) et 10) du délai d'entrée en vigueur spécial y prévu :

« **Art. 17.** À l'exception de l'article 3, points 5), 9) et 10) et de l'article 8, la présente loi entre en vigueur le premier jour du quatrième mois qui suit sa publication au Mémorial. »

Observations d'ordre légistique

Observations d'ordre général

À plusieurs endroits du dispositif¹⁹, les auteurs proposent l'insertion de nouveaux chapitres dans le Nouveau Code de procédure civile et dans le Code civil dont les sections ou sous-sections sont subdivisées en paragraphes. Or, les paragraphes ne peuvent jamais constituer que des subdivisions d'un article. Le regroupement d'articles en paragraphes est ainsi exclu et le Conseil d'État insiste pour que ces subdivisions soient omises.

Les auteurs emploient à plusieurs reprises le mot « respectivement » comme synonyme des termes de liaison « et » et « ou ». Cette acception n'est toutefois pas correcte, en ce que ce terme signifie « chacun en ce qui le concerne » et est employé pour viser chaque élément d'un ensemble.

Dans le corps du dispositif, il faut faire abstraction des parenthèses entourant les numéros des paragraphes auxquels il est fait référence et écrire

¹⁶ Cf. observations d'ordre légistique concernant l'article 16

¹⁷ Cf. observations d'ordre légistique concernant l'article 16

¹⁸ Cf. observations d'ordre légistique concernant l'article 16

¹⁹ Articles 1^{er}, point 6) et 2, du projet de loi

« Nouveau Code de procédure civile » au lieu de « Nouveau code de procédure civile ».

Article 1^{er} – Modification du Nouveau Code de procédure civile relative à la création d'un juge aux affaires familiales

Point 1)

Il est proposé de déplacer les dispositions de la Deuxième Partie du Nouveau Code de procédure civile, Livre I^{er}, Titre *Vibis*, regroupant les articles 1007-1 à 1007-3 vers un Titre *VIter* nouveau et de renuméroter ces articles en conséquence.

La computation et le déplacement d'articles, de paragraphes, de groupements d'articles ou d'énumérations, tout comme les changements de numérotation des différents éléments du dispositif d'un acte autonome existant, sont toutefois absolument à éviter en ce que ces procédés ont pour conséquence que toutes les références aux anciens numéros ou dispositions concernés deviennent inexactes et nécessitent, partant, une modification expresse du dispositif aux fins de remplacer chaque renvoi devenu erroné. Le Conseil d'État insiste dès lors pour que l'actuelle disposition des subdivisions du Livre I^{er} de la Deuxième Partie du Nouveau Code de procédure civile soit maintenue.

Article 1007-3

Au paragraphe 3 de l'article sous avis il convient d'écrire « Doivent être jointes (...) » et de remplacer le terme d'« extrait » par celui d'« acte », en ce que le renvoi à l'extrait de naissance n'est pas correct.

Au paragraphe 4, à la fin de la phrase une référence au paragraphe 5 suffit, alors qu'il s'agit du même article.

Au paragraphe 5, il faut ajouter les termes « à partir » à la suite du mot « quinzaine » et écrire « Dans un délai de quinzaine à partir du dépôt de la requête (...) ». Cette observation vaut également pour les articles 1007-9, paragraphe 3, 1007-14, paragraphe 2, 1007-21, paragraphe 4, 1007-24, paragraphe 2, 1007-40, paragraphe 5, qu'il est proposé d'insérer dans le Nouveau Code de procédure civile.

Article 1007-1

La durée des délais s'exprime en lettres. Il convient dès lors d'écrire au paragraphe 7 « quinze jours ».

Article 3 – Modification du Code civil relative à la réforme de l'autorité parentale

Point 20)

Article 387-9bis

À l'article 387-9bis, *alinéa 1^{er}*, qu'il est proposé d'insérer dans le Code civil, il convient de citer l'intitulé de la loi modifiée du 9 juillet 2004 relative aux effets légaux de certains partenariats.

Article 15 – Dispositions abrogatoires

Contrairement à l'abrogation d'un acte dans son intégralité, l'abrogation partielle est à considérer comme une disposition modificative et doit dès lors figurer sous ce type de dispositions et non pas sous les dispositions abrogatoires. Les dispositions visant à abroger les articles du Code civil et du Nouveau Code de procédure civile regroupées sous l'article 15 doivent donc être insérées dans les parties du dispositif du projet de loi auxquelles elles se rapportent.

Article 16 (articles 16 et 17 selon le Conseil d'État)

L'article 16 comprend des dispositions concernant l'entrée en vigueur de la loi en projet et des dispositions transitoires. Pour des raisons légistiques, le Conseil d'État propose de regrouper les dispositions transitoires sous un article 16 et celles relatives à l'entrée en vigueur sous un article 17.

Ainsi délibéré en séance plénière, le 6 décembre 2016.

Le Secrétaire général,

s. Marc Besch

Le Président,

s. Georges Wivenes