

Projet de loi

portant modification:

- 1. de l'article 37-1 de la loi modifiée du 10 août 1991 sur la profession d'avocat;**
- 2. du Livre premier, Titre X, Chapitre 1^{er} du Code civil;**
- 3. de l'article 1046 du Nouveau Code de procédure civile.**

--

Avis du Conseil d'Etat

(13 janvier 2009)

Par dépêche du 29 février 2008 du Premier Ministre, Ministre d'Etat, le Conseil d'Etat fut saisi du projet de loi sous rubrique, élaboré par le ministre de la Justice. Le projet était accompagné d'un exposé des motifs et d'un commentaire des articles.

*

Le projet soumis à l'avis du Conseil d'Etat vise à modifier la législation en matière d'assistance judiciaire en vue d'assurer à tout enfant concerné par une procédure judiciaire l'assistance par un avocat dont l'Etat prend en charge le coût, indépendamment de toutes considérations de ressources de sa famille. En outre, le projet entend modifier l'article 388-1 du Code civil pour assurer aux mineurs un droit effectif à être entendu dans toute procédure qui les concerne et d'insérer un article 388-2 nouveau au Code civil, complétant par ailleurs l'article 389-3 du même code pour qu'en toute procédure un administrateur *ad hoc* puisse être désigné au mineur par la juridiction saisie lorsqu'une opposition d'intérêts existe entre le mineur et ses représentants légaux ou son administrateur légal. Finalement, les auteurs du projet proposent d'adapter le libellé de l'article 1046 du Nouveau Code de procédure civile, compte tenu des modifications qu'il est proposé d'apporter à l'article 388-1 du Code civil.

Les modifications projetées qui tiennent compte des recommandations tant de l'Ombuds-Comité fir d'Rechter vum Kand (ORK), que du Comité des droits des enfants chargé de l'examen des rapports des Etats membres présentés en application de l'article 44 de la Convention des Nations unies relative aux droits de l'enfant, rencontrent l'approbation du Conseil d'Etat.

Examen des articles

Article 1^{er}

Selon le projet de loi, cet article vise à modifier le paragraphe 1^{er} et à insérer un paragraphe *5bis* à l'article 37-1 de la loi modifiée du 10 août 1991 sur la profession d'avocat afin d'ériger le droit à l'assistance judiciaire du mineur d'âge en droit autonome par rapport à la situation financière de son entourage. Ainsi, au paragraphe 1^{er} un nouvel alinéa est introduit pour accorder au mineur d'âge, impliqué dans une procédure judiciaire, le bénéfice de l'assistance judiciaire indépendamment de la situation de ressources de ses parents ou des personnes avec lesquelles il vit en communauté domestique, sans préjudice de la prise en compte de ses ressources propres.

Le Conseil d'Etat constate que, par le libellé proposé, les auteurs ne visent que les procédures judiciaires dans lesquelles le mineur d'âge serait impliqué. Il donne cependant à considérer que le paragraphe 2 de l'article 37-1 de la loi modifiée du 10 août 1991 accorde le bénéfice de l'assistance judiciaire en matière extrajudiciaire et en matière judiciaire, en matière gracieuse ou contentieuse, en demande ou en défense et s'applique à toute instance portée devant une juridiction de l'ordre judiciaire ou de l'ordre administratif. Le Conseil d'Etat a quelque mal à saisir la motivation sous-jacente à la limitation proposée, d'autant plus que celle-ci n'est pas autrement expliquée dans le commentaire de l'article. La restriction prévue devient encore moins compréhensible au vu de la modification prévue à l'article 388-1 du Code civil selon laquelle le mineur qui peut être entendu dans toute procédure le concernant peut se faire assister par son avocat. Il peut s'agir de toutes sortes de procédures dans lesquelles le mineur n'est pas lui-même partie, mais dont l'issue peut éventuellement avoir un impact sur son mode de vie. De même, l'article 18 de la loi modifiée du 10 août 1992 relative à la protection de la jeunesse prévoit la désignation d'un conseil dans tous les cas où l'intérêt du mineur le commande. Aussi le Conseil d'Etat est-il d'avis que le mineur d'âge devrait bénéficier de l'assistance judiciaire dans toutes les hypothèses visées au paragraphe 2 cité ci-avant.

Le Conseil d'Etat suggère la suppression du bout de phrase débutant par « sans préjudice... », étant donné que le nouveau paragraphe *5bis* règle notamment les conditions et modalités du recouvrement des sommes décaissées par l'Etat au titre de l'assistance judiciaire du mineur.

Il propose de reformuler le nouvel alinéa à insérer au paragraphe 1^{er} de l'article 37-1 comme suit:

« Le bénéfice de l'assistance judiciaire est accordé au mineur d'âge indépendamment de la situation de ressources de ses parents ou des personnes qui vivent en communauté domestique avec le mineur. »

Le nouveau paragraphe *5bis* précise les modalités du recouvrement des sommes exposées au titre de l'assistance judiciaire contre les parents du mineur. Le Conseil d'Etat constate que les auteurs semblent vouloir limiter le recouvrement contre les seuls parents du mineur. L'alinéa 1 prévoit la communication de la décision d'admission du mineur au bénéfice de l'assistance judiciaire à ses parents avec l'avertissement que l'Etat est en droit d'exiger d'eux le remboursement des sommes décaissées à titre

d'assistance judiciaire. Le texte proposé introduit la possibilité d'un recours devant le Conseil disciplinaire et administratif qui statuerait en dernier ressort.

Le Conseil d'Etat a du mal à suivre les auteurs dans leur démarche. En effet, s'il peut paraître utile d'informer les parents d'un mineur de la décision de son admission au bénéfice de l'assistance judiciaire, le Conseil d'Etat ne conçoit cependant pas la nécessité d'un recours à ce stade de la procédure. Aussi recommande-t-il de supprimer les alinéas 2 et 4 figurant au paragraphe 5bis nouveau de l'article 37-1. Du texte prévu par les auteurs, il ne ressort d'ailleurs pas clairement qui sera chargé de vérifier la suffisance des ressources des parents contre lesquels le recouvrement pourra être effectué. Il conseille d'introduire au paragraphe 6 une disposition visant à permettre au Bâtonnier de prendre contre les parents du mineur une décision d'un remboursement solidaire des sommes décaissées par l'Etat. Vu l'agencement de l'article 37-1, le Conseil d'Etat estime qu'il serait plus logique d'aligner la nouvelle disposition relative au recouvrement des sommes décaissées au titre de l'assistance judiciaire accordée à un mineur aux autres décisions prises par le Bâtonnier en cas de refus ou de retrait de l'assistance judiciaire. Ainsi, l'actuel alinéa 3 du paragraphe 6 prévoyant la communication des décisions de retrait à l'Administration de l'enregistrement et des domaines en vue du recouvrement, pourra utilement être complété par une référence à la décision du Bâtonnier ordonnant le recouvrement contre les parents d'un mineur. Lesdites décisions devraient également figurer parmi les décisions prévues au paragraphe 7 de l'article 37-1 qui ouvrent le droit à un recours. Une telle démarche aurait l'avantage d'assurer une certaine homogénéité à l'ensemble du texte.

Article 2

Cet article prévoit une modification substantielle de l'article 388-1 du Code civil qui, dans sa version actuelle, ne respecte pas pleinement le prescrit de l'article 12 de la Convention des Nations unies relative aux droits de l'enfant et qui de ce fait avait été critiquée par le Comité des droits de l'enfant. Selon le libellé actuel de l'article 388-1, les enfants ne disposent en effet pas pleinement du droit d'être entendus avant toute prise de décision qui les concerne.

La modification proposée s'inspire du libellé de l'article 388-1 du Code civil français. Désormais l'audition directe du mineur par le juge deviendra la règle et l'audition par un tiers sera l'exception. Lorsque le mineur en fera la demande, l'audition sera de droit. Le mineur pourra également refuser d'être entendu par le juge.

Le Conseil d'Etat approuve ces modifications dont la rédaction ne donne pas lieu à observation.

Article 3

Cet article vise à introduire au Code civil un nouvel article 388-2, lui aussi calqué sur l'article afférent du Code civil français. Il reprend essentiellement une disposition qui avait été introduite au Code civil à l'alinéa 4 de l'article 388-1 par la loi du 20 décembre 1993 portant 1) approbation de la Convention relative aux droits de l'enfant, adoptée par

l'Assemblée générale des Nations Unies le 20 novembre 1989, 2) modification de certaines dispositions du code civil. Cette disposition avait été supprimée lors de la modification de l'article 388-1 par la loi du 27 juillet 1997 modifiant certaines dispositions du code civil, du code de procédure civile, du code d'instruction criminelle et de la loi sur l'organisation judiciaire.

Le Conseil d'Etat approuve la réintroduction du dispositif permettant la désignation d'un administrateur *ad hoc* au mineur dont les intérêts apparaissent en opposition avec ceux de ses représentants légaux. Toutefois, le Conseil d'Etat regrette que les auteurs n'aient pas suivi le législateur français pour préciser les modalités de la désignation de l'administrateur *ad hoc* ainsi que ses attributions. A cet égard, le Conseil d'Etat renvoie à ses observations formulées sous l'article 46 de l'avis du 25 novembre 2008 relatif au projet de loi renforçant le droit des victimes d'infractions pénales et améliorant la protection des témoins et sur la proposition de loi renforçant les droits des victimes d'infractions (doc. parl. nos 5156 et 4839). En outre, se pose la question de la possibilité d'un recours par les administrateurs légaux contre la désignation de l'administrateur *ad hoc*. Finalement, la question de la prise en charge de la rémunération de l'administrateur *ad hoc* n'est pas non plus réglée, pour le moins dans les cas où la personne désignée n'est pas un avocat. Les auteurs pourraient d'ailleurs utilement s'inspirer des textes du code de procédure civile et du code de procédure pénale français qui réglementent les questions abordées ci-avant.

Article 4

L'actuel article 389-3 du Code civil impose à l'administrateur légal dont les intérêts sont en opposition avec ceux du mineur, de faire nommer un administrateur *ad hoc* par le juge des tutelles. A l'instar de la législation française, le projet entend compléter l'article 389-3 du Code civil, par un ajout permettant, en cas de défaut de diligence de l'administrateur légal, au juge des tutelles de procéder d'office ou à la demande du ministère public ou encore du mineur lui-même à la désignation d'un administrateur *ad hoc*. Si les attributions de l'administrateur *ad hoc* semblent définies dans le cadre de l'article 389-3, cette disposition soulève néanmoins les mêmes questions relatives à la désignation, aux recours et à la prise en charge de la rémunération de l'administrateur *ad hoc* que celles posées à l'endroit de l'article 3.

Article 5

Le Conseil d'Etat marque son accord à l'adaptation prévue à l'article 1046 du Nouveau Code de procédure civile qui devient nécessaire suite aux modifications apportées à l'article 388-1, paragraphe 2 du Code civil.

Ainsi délibéré en séance plénière, le 13 janvier 2009.

Le Secrétaire général,

s. Marc Besch

Le Président,

s. Alain Meyer