

N° 5411¹**CHAMBRE DES DEPUTES**

Session ordinaire 2005-2006

PROJET DE LOI

- 1. portant modification de la loi modifiée du 10 août 1991 sur la profession d'avocat, et transposant certaines dispositions de la Directive 2003/8/CE du Conseil du 27 janvier 2003 visant à améliorer l'accès à la justice dans les affaires transfrontalières par l'établissement de règles minimales communes relatives à l'aide judiciaire accordée dans le cadre de telles affaires,**
- 2. portant approbation du Protocole additionnel à l'Accord européen du 27 janvier 1977 sur la transmission des demandes d'assistance judiciaire, signé à Moscou, le 4 octobre 2001**

* * *

AVIS DU CONSEIL D'ETAT

(11.10.2005)

Par dépêche en date du 18 novembre 2004, le Premier Ministre, Ministre d'Etat, a soumis à l'avis du Conseil d'Etat le projet de loi sous rubrique.

Au texte du projet de loi, élaboré par le ministre de la Justice, étaient joints un exposé des motifs, un commentaire des articles, le texte de la directive 2003/8/CE du Conseil du 27 janvier 2003 visant à améliorer l'accès à la justice dans les affaires transfrontalières par l'établissement de règles minimales communes relatives à l'aide judiciaire accordée dans le cadre de telles affaires ainsi que le texte du Protocole additionnel à l'Accord européen du 27 janvier 1977 sur la transmission des demandes d'assistance judiciaire.

Le Conseil d'Etat ignore si les Conseils des Ordres des avocats ont été consultés sur le présent projet de loi. Une telle consultation devrait s'imposer compte tenu du fait que ce sont les Bâtonniers des Ordres qui seront amenés à appliquer la future loi.

*

Le projet de loi se propose en premier lieu d'apporter certaines modifications aux dispositions sur l'assistance judiciaire, pour se conformer ainsi à la directive 2003/8/CE susmentionnée. En second lieu, le projet poursuit l'approbation, par le législateur national, du Protocole additionnel à l'Accord européen du 27 janvier 1977 sur la transmission des demandes d'assistance judiciaire, signé à Moscou le 4 octobre 2001. Par la transposition de la directive et l'approbation du protocole précités, le législateur continuera les efforts développés dans le passé, – le Conseil d'Etat de renvoyer à la loi du 12 décembre 2002 portant approbation de la Convention tendant à faciliter l'accès international à la justice, faite à La Haye, le 25 octobre 1980 –, à l'effet de lever les obstacles (économiques ou financiers) de nature à freiner un accès effectif à la justice, s'agissant de litiges à caractère transfrontalier. La directive 2003/8/CE s'attache à promouvoir l'octroi de l'aide judiciaire pour les litiges transfrontaliers à toute personne qui ne dispose pas de ressources suffisantes lorsque cette aide est nécessaire pour assurer un accès effectif à la justice (considérant (5) de la directive). Le Protocole additionnel à l'Accord européen sur la transmission des demandes d'assistance judiciaire de 1977 tend à améliorer le fonctionnement de l'Accord au niveau de la coopération entre les autorités centrales, au niveau de la communication

entre l'avocat et le demandeur et au niveau de l'amélioration de l'efficacité des autorités centrales dans la mise en œuvre de l'Accord (rapport explicatif du Protocole).

*

I) TRANSPOSITION DE LA DIRECTIVE 2003/8/CE

Ainsi que les auteurs du projet de loi le relèvent, la transposition de la directive 2003/8/CE ne nécessite pas une refonte complète des dispositions légales concernant l'assistance judiciaire. Certaines adaptations s'avèrent cependant nécessaires. Cet exercice d'adaptation n'est cependant pas fait pour améliorer la cohérence du texte dans son ensemble. Il n'y a cependant guère d'alternative à la voie choisie par les auteurs du fait de l'intégration des dispositions concernant l'assistance judiciaire dans la loi sur la profession d'avocat.

Le projet de loi se propose en premier lieu de modifier l'alinéa 1 du paragraphe 1er de l'article 37-1 de la loi modifiée du 10 août 1991 sur la profession d'avocat à l'effet de transposer l'article 4 de la directive, qui dispose que „les Etats membres accordent le bénéfice de l'aide judiciaire, sans discrimination, aux citoyens de l'Union et aux ressortissants de pays tiers en situation régulière de séjour dans l'un des Etats membres“.

L'énumération des bénéficiaires potentiels de l'assistance judiciaire est complétée à l'effet de comprendre à l'avenir tous les ressortissants étrangers demeurant dans l'un des Etats membres de l'Union européenne, étant précisé que la portée de la nouvelle disposition est limitée aux procédures en matière civile et commerciale couvertes par la directive 2003/8/CE, et que cette disposition ne s'applique pas aux ressortissants non communautaires qui ont leur domicile ou leur résidence habituelle au Danemark, cet Etat membre n'étant pas concerné par la directive (commentaire de l'article). Le nouveau point 5° n'énonce donc pas seulement des critères d'éligibilité quant aux personnes, mais encore quant à la nature des litiges. Il anticipe donc le paragraphe 2 de l'article 37-1, auquel il apporte par ailleurs une dérogation. Le Conseil d'Etat est dans ces conditions à se demander s'il ne conviendrait pas de faire du point 5° un alinéa 2 nouveau à part. Le nouvel alinéa 2 pourrait être libellé comme suit, compte tenu par ailleurs d'une précision expresse concernant l'exclusion du Danemark:

„Ont également droit à l'assistance judiciaire, pour toute procédure en matière civile et commerciale dans les affaires transfrontalières visées par la directive 2003/8/CE du Conseil du 27 janvier 2003 visant à améliorer l'accès à la justice dans les affaires transfrontalières par l'établissement de règles minimales communes relatives à l'aide judiciaire accordée dans le cadre de telles affaires, les ressortissants étrangers qui ont leur domicile ou leur résidence dans un autre Etat membre de l'Union européenne, à l'exception du Danemark.“

S'agissant du nouvel alinéa 2 que le projet de loi se propose d'introduire au paragraphe 1er de l'article 37-1 de la loi précitée sur la profession d'avocat, destiné à transposer le point a) de l'article 8 de la directive, il deviendra l'alinéa 3 selon le Conseil d'Etat. La nouvelle disposition à insérer vise les conseils juridiques précontentieux, préalablement aux procédures à intenter dans un autre Etat membre. Le Conseil d'Etat est à s'interroger sur la restriction qu'il est proposé d'instituer, à savoir que l'assistance judiciaire est accordée pour les conseils juridiques d'un avocat au Luxembourg „pour la préparation du dossier d'une demande d'entraide judiciaire destinée à être présentée dans un autre Etat membre de l'Union européenne“. D'après l'article 8 de la directive, „l'Etat membre ... fournit l'aide judiciaire visée à l'article 3, paragraphe 2“. Or l'article 3, paragraphe 2 de la directive vise aussi les conseils précontentieux en vue d'arriver à un règlement avant d'entamer une procédure judiciaire. Le Conseil d'Etat propose en conséquence la suppression de la restriction dont question ci-avant, et la reproduction du texte de la directive communautaire: „... aux fins d'obtention de conseils juridiques d'un avocat au Luxembourg, jusqu'à ce que la demande d'aide judiciaire ait été reçue dans l'Etat membre du for conformément aux dispositions de la directive 2003/8/CE du Conseil du 27 janvier 2003 précitée“.

L'alinéa 3 actuel (devenant l'alinéa 4 nouveau) du paragraphe 1er de l'article 37-1 de la loi susmentionnée est adapté, pour tenir compte de l'abrogation de la loi du 26 juillet 1986, à laquelle le texte légal fait encore référence, par la loi du 29 avril 1999 portant création d'un droit à un revenu minimum garanti. Ces modifications n'appellent pas d'observations.

Les modifications à apporter au paragraphe 2 de l'article 37-1 concernent tout d'abord l'alinéa 1, où il est proposé de dire, lorsque l'admission au bénéfice de l'assistance judiciaire est sollicitée au

cours de l'instance, que l'admission a lieu avec effet rétroactif au jour de l'introduction de l'instance *ou à toute autre date à déterminer par le Bâtonnier*. La loi française du 10 juillet 1991 relative à l'aide juridique prévoit également des dispositions limitant l'effet rétroactif de l'admission au bénéfice de l'aide juridictionnelle (voir en particulier l'article 33 de cette loi). Au regard des explications fournies par le commentaire des articles, une solution inspirée de la loi française tiendrait peut-être davantage compte des préoccupations des auteurs du projet de loi. Avec le texte tel que proposé présentement, il appartiendra au pouvoir exécutif, dans le cadre du règlement d'exécution concernant l'assistance judiciaire, de déterminer les effets de l'admission au bénéfice de l'assistance judiciaire à une date autre que celle de l'introduction de l'instance, pour ce qui est notamment des indemnités à allouer à l'avocat qui prête son concours au bénéficiaire, compte tenu d'éventuelles provisions déjà touchées.

Le projet de loi entend prendre ensuite en considération le fait que la directive communautaire vise, de manière générale, tout litige transfrontalier impliquant une procédure en matière civile et commerciale sans distinction quant à l'objet du litige ou la qualité professionnelle du candidat à l'aide judiciaire (commentaire des articles). D'après les textes en vigueur présentement, sont exclus du bénéfice de l'assistance judiciaire les propriétaires, détenteurs ou conducteurs de véhicules automoteurs pour les litiges résultant de l'usage d'un tel véhicule. Cette exclusion vaut également pour les commerçants, les industriels, les artisans ou les membres d'une profession libérale pour un litige ayant trait à leur activité commerciale ou professionnelle, sauf cas de rigueur dûment justifiés. Se trouvent encore exclus du bénéfice de l'assistance judiciaire, et ce de manière générale, les personnes qui se sont adonnées à des activités à caractère spéculatif ayant donné lieu à litige.

Ces dispositions seraient maintenues, avec une dérogation dans le cadre de litiges transfrontaliers couverts par la directive communautaire.

D'après l'article 6, paragraphe 3, de la directive, „en statuant sur le bien-fondé d'une demande, ... les Etats membres tiennent compte de l'importance de l'affaire en cause pour le demandeur. Ils peuvent toutefois aussi tenir compte de la nature de l'affaire ... lorsqu'il s'agit d'une revendication découlant directement des activités commerciales du demandeur ou de ses activités en tant que travailleur indépendant“.

Le considérant (17) de la directive énonce que, „en statuant sur le bien-fondé d'une demande, les Etats membres peuvent rejeter toute demande d'aide judiciaire ... s'il s'agit d'une revendication découlant directement des activités commerciales du demandeur ou de ses activités en tant que travailleur indépendant“.

Les dispositions actuelles concernant les commerçants, industriels, artisans ou membres d'une profession libérale pourraient dès lors être maintenues, ce d'autant plus qu'elles n'impliquent pas, de manière générale, une exclusion du bénéfice de l'assistance judiciaire. Le libellé de cette disposition serait tout au plus à adapter à la terminologie de la directive communautaire.

S'agissant de l'exclusion du bénéfice de l'assistance judiciaire en raison de litiges résultant d'une activité à caractère spéculatif dans le chef du demandeur d'assistance judiciaire, ainsi que de l'exclusion des propriétaires, détenteurs ou conducteurs d'un véhicule automoteur pour des litiges résultant d'un tel véhicule, le Conseil d'Etat est réticent à s'engager dans la voie préconisée par les auteurs du projet de loi. La distinction entre litiges transfrontaliers et litiges nationaux paraît quelque peu factice: quelle différence objective y a-t-il entre accidents de la circulation impliquant des véhicules automoteurs immatriculés au Luxembourg, alors même que l'un des propriétaires, détenteurs ou conducteurs est domicilié ou réside au-delà des frontières luxembourgeoises? Ne risque-t-on pas par ailleurs une sorte de discrimination à rebours, les propriétaires, détenteurs ou conducteurs pouvant tous être de nationalité luxembourgeoise, nonobstant leurs lieux de domicile ou de résidence habituelle respectifs? Une application distributive des dispositions concernant l'assistance judiciaire paraît par ailleurs particulièrement inopportune, s'agissant du Luxembourg, où les litiges transfrontaliers ne constituent assurément pas un phénomène marginal ou exceptionnel.

Le Conseil d'Etat proposerait dès lors l'alternative suivante à l'introduction d'un nouvel alinéa 3 spécifique aux litiges transfrontaliers:

- suppression de l'exclusion des propriétaires, détenteurs ou conducteurs de véhicules automoteurs du bénéfice de l'assistance judiciaire, dans la mesure où déjà actuellement l'assistance judiciaire est refusée si le requérant est en droit d'obtenir d'un tiers, à un titre quelconque, le remboursement des frais à couvrir par l'assistance judiciaire (article 37-1, paragraphe 3, alinéa 2). Or, les assurances responsabilité civile des véhicules automoteurs peuvent comporter, moyennant supplément de prime,

et comportent en pratique dans la plupart des cas, une assurance protection juridique. Une avalanche de demandes d'obtention de l'assistance judiciaire n'est dès lors pas à craindre.

- assimilation de l'exclusion des litiges résultant d'une activité à caractère spéculatif dans le chef du demandeur d'assistance judiciaire à l'exclusion des litiges ayant trait à une activité commerciale ou professionnelle. Le Conseil d'Etat revient à cet égard à la proposition qu'il avait déjà faite dans son avis du 8 mars 1994 relatif au projet de loi *No 3843* concernant l'assistance judiciaire.

L'alinéa 2 du paragraphe 2 de l'article 37-1 pourrait être libellé comme suit:

„Elle ne saurait être accordée à un commerçant, un industriel, un artisan ou un membre d'une profession libérale pour un litige découlant directement des activités commerciales ou des activités professionnelles. Elle ne saurait pas non plus être accordée pour un litige résultant d'une activité à caractère spéculatif dans le chef du demandeur d'assistance judiciaire. Sont cependant exceptés les cas de rigueur dûment justifiés, en prenant également en considération l'importance de l'affaire pour le demandeur d'assistance judiciaire.“

La modification à l'endroit du paragraphe 5 de l'article 37-1, tenant compte notamment des garanties offertes à une personne retenue au titre de l'article 39 du code d'instruction criminelle, ne suscite pas d'observation de la part du Conseil d'Etat.

Au vu des explications fournies par le commentaire des articles, la modification à l'endroit du paragraphe 6 de l'article 37-1 ne suscite pas non plus d'observation.

Le Conseil d'Etat retient que le projet de loi sous avis ne propose pas de modification de la législation existante, à l'effet de tenir compte des articles 5, paragraphe 4, 9, paragraphe 3, et 15 de la directive.

Pour ce qui est des prescrits de l'article 5, paragraphe 4, l'avant-dernier alinéa du paragraphe 1er de l'article 37-1, ensemble l'article 1er, paragraphe 4 du règlement grand-ducal du 18 septembre 1995 concernant l'assistance judiciaire devraient permettre d'en tenir compte. La question se pose cependant s'il ne serait pas plus judicieux de prévoir une disposition similaire à celle de l'article 6 de la loi française précitée du 10 juillet 1991, telle que modifiée par la loi 2005-750 du 4 juillet 2005 portant transposition en droit français de la directive 2003/8/CE. A cet effet, le paragraphe 4 de l'article 1er du règlement grand-ducal pourrait être modifié.

S'agissant de l'article 9, paragraphe 3 de la directive (continuité de l'aide judiciaire au cas où une voie de recours est exercée soit par, soit contre le bénéficiaire), les auteurs du projet de loi considèrent qu'il n'est pas nécessaire d'aller au-delà de ce qui est actuellement prévu à l'article 6 (qui prévoit que celui qui a été admis à l'assistance judiciaire en conserve de plein droit le bénéfice pour se défendre en cas de recours exercé contre une décision qui lui profite) du règlement grand-ducal du 18 septembre 1995 précité. Les auteurs de prendre appui sur le paragraphe 4 de l'article 9 de la directive. Il est à signaler que la loi française précitée du 10 juillet 1991 contient en son article 8 une disposition en substance identique à celle figurant à l'article 6 du règlement grand-ducal d'exécution.

D'après les auteurs du projet de loi, il est satisfait aux dispositions de la directive concernant le traitement des demandes (article 15), dans la mesure où les décisions de rejet ou de retrait sont toujours motivées et peuvent faire l'objet d'un recours devant le Conseil disciplinaire et administratif. Les auteurs d'ajouter que „étant donné que la décision qui est prise en dernier ressort par cet organe revêt un caractère administratif, elle est susceptible de faire l'objet d'un recours devant le juge administratif“. Le Conseil d'Etat ne saurait se rallier à cette dernière affirmation: un recours en annulation devant le tribunal administratif peut en l'espèce être exclu, alors que d'après les termes de l'article 2 de la loi modifiée du 7 novembre 1996 portant organisation des juridictions de l'ordre administratif, le tribunal administratif statue sur les recours dirigés pour incompétence, excès et détournement de pouvoir, violation de la loi ou des formes destinées à protéger les intérêts privés, contre toute décision administrative à l'égard de laquelle aucun autre recours n'est admissible d'après la loi ou les règlements. La loi prévoit précisément en l'espèce un recours contre la décision du Bâtonnier. La décision sur recours du Conseil disciplinaire et administratif ne devrait pas non plus être susceptible d'un appel devant la Cour administrative, en application de l'article 5 de la loi modifiée de 1996 précitée, le Conseil disciplinaire et administratif n'étant pas à considérer comme „autre juridiction administrative“. La loi sur la profession d'avocat ayant mis en place un Conseil disciplinaire et administratif d'appel relevant de l'ordre judiciaire, il ne semble pas concevable au Conseil d'Etat de considérer, pour les seuls besoins de l'assistance judiciaire, le Conseil disciplinaire et administratif comme une juridiction administrative relevant des dispositions de la loi de 1996 portant organisation des juridictions de l'ordre administratif.

L'existence d'un recours contentieux administratif ne semble de toute façon pas une condition nécessaire à la transposition de la directive communautaire.

*

**II) APPROBATION DU PROTOCOLE ADDITIONNEL
A L'ACCORD EUROPEEN DU 27 JANVIER 1977 SUR LA TRANSMISSION
DES DEMANDES D'ASSISTANCE JUDICIAIRE**

L'Accord européen du 27 janvier 1977 sur la transmission des demandes d'assistance judiciaire a été publié au Mémorial A, No 54 du 14 septembre 1977, apparemment sans avoir fait préalablement l'objet d'une approbation parlementaire. D'après le portail Internet du Conseil de l'Europe, le Luxembourg a signé cet Accord sans réserve de ratification. L'Accord prévoit en son article 9 que „le présent Accord est ouvert à la signature des Etats membres du Conseil de l'Europe qui peuvent y devenir parties par: a) la signature sans réserve de ratification, d'acceptation ou d'approbation; b) la signature sous réserve de ratification, d'acceptation ou d'approbation, suivie de ratification, d'acceptation ou d'approbation“. Aux termes de l'article 11 de la Convention de Vienne sur le droit des traités, le consentement d'un Etat à être lié par un traité peut être exprimé par la signature, l'échange d'instruments constituant un traité, la ratification, l'acceptation, l'approbation ou l'adhésion ou par tout autre moyen convenu. L'article 12 de cette même convention dispose que le consentement d'un Etat à être lié par un traité s'exprime par la signature du représentant de cet Etat a) lorsque le traité prévoit que la signature aura cet effet, b) lorsqu'il est par ailleurs établi que les Etats ayant participé à la négociation étaient convenus que la signature aurait cet effet, ou c) lorsque l'intention de l'Etat de donner cet effet à la signature ressort des pleins pouvoirs de son représentant ou a été exprimée au cours de la négociation. Au regard du texte de l'Accord européen, d'une part, de la publication au Mémorial de cet accord consécutivement à son entrée en vigueur, d'autre part, le Conseil d'Etat considère que les conditions pour que le Luxembourg soit lié, du point de vue international, sont en l'espèce remplies. Une non-exécution dudit traité, sur base de dispositions de droit interne, n'est pas possible (article 27 de la Convention de Vienne). Le fait que l'Accord européen n'ait lui-même pas fait l'objet d'une approbation parlementaire ne fait pas obstacle à l'approbation du protocole additionnel audit accord.

L'approbation dudit Protocole ne devrait pas comporter de mesures d'exécution nationales. Le règlement grand-ducal déjà précité concernant l'assistance judiciaire devrait permettre de satisfaire aux prescrits en particulier de l'article 3.1, lettre b) du Protocole (voir l'article 8 dudit règlement grand-ducal).

Ainsi délibéré en séance plénière, le 11 octobre 2005.

Le Secrétaire général,
Marc BESCH

Le Président,
Pierre MORES

