

**N° 5848****CHAMBRE DES DEPUTES**

Session ordinaire 2007-2008

**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 1er du Code civil;

3° de l'article 1046 du Nouveau Code de procédure civile

\* \* \*

(Dépôt: le 13.3.2008)

**SOMMAIRE:**

	<i>page</i>
1) Arrêté Grand-Ducal de dépôt (29.2.2008).....	1
2) Texte du projet de loi.....	2
3) Exposé des motifs.....	3
4) Commentaire des articles.....	4

\*

**ARRETE GRAND-DUCAL DE DEPOT**

Nous HENRI, Grand-Duc de Luxembourg, Duc de Nassau,

Sur le rapport de Notre Ministre de la Justice et après délibération du Gouvernement en Conseil;

Arrêtons:

*Article unique.*— Notre Ministre de la Justice est autorisé à déposer en Notre nom à la Chambre des Députés le 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 1er du Code civil;

3° de l'article 1046 du Nouveau Code de procédure civile.

Palais de Luxembourg, le 29 février 2008

*Le Ministre de la Justice,*

Luc FRIEDEN

HENRI

\*

## TEXTE DU PROJET DE LOI

**Art. 1er.**– Les paragraphes (1) et (5) de l’article 37-1 de la loi modifiée du 10 août 1991 sur la profession d’avocat sont modifiés comme suit:

1. Après le cinquième alinéa du paragraphe (1) est introduit un alinéa nouveau rédigé comme suit:

„Si le requérant est un mineur d’âge impliqué dans une procédure judiciaire, le bénéfice de l’assistance judiciaire lui est accordé indépendamment de la situation de ressources de ses parents ou des personnes qui vivent en communauté domestique avec le mineur, sans préjudice du droit de l’Etat d’exiger le remboursement des dépenses qu’il a exposées pour l’assistance judiciaire du mineur contre ses père ou mère disposant de ressources suffisantes.“

2. A la fin du paragraphe (5) est inséré un paragraphe (5bis) rédigé comme suit:

„(5bis) Si le Bâtonnier fait droit à la demande d’assistance judiciaire d’un mineur d’âge dont les parents disposent de ressources telles que le mineur n’entrerait pas dans la catégorie des personnes ayant des ressources insuffisantes au sens du paragraphe (1), la décision d’admission du mineur à l’assistance judiciaire leur est communiquée avec l’indication que l’Etat est en droit d’exiger d’eux qu’ils remboursent les sommes décaissées par l’Etat au titre de l’assistance judiciaire du mineur.

Dans un délai de dix jours à partir de la notification de la décision du Bâtonnier, chacun des parents visés ci-dessus pourra introduire appel devant le Conseil disciplinaire et administratif qui statue en dernier ressort. L’appel est introduit et instruit de la manière prévue au paragraphe (7). Le Conseil disciplinaire et administratif statue dans les quarante jours de l’introduction du recours.

Le Bâtonnier transmet au Ministre de la Justice une copie de la décision définitive sur l’admission du mineur d’âge à l’assistance judiciaire.

L’administration de l’enregistrement et des domaines, saisie par le Ministre de la Justice, est chargée du recouvrement, contre les parents disposant de ressources suffisantes, des sommes décaissées par l’Etat au titre de l’assistance judiciaire du mineur.“

**Art. 2.**– L’article 388-1 du code civil est modifié comme suit:

„**Art. 388-1.** (1) Dans toute procédure le concernant, le mineur capable de discernement peut, sans préjudice des dispositions prévoyant son intervention ou son consentement, être entendu par le juge ou, lorsque son intérêt le commande, la personne désignée par le juge à cet effet.

(2) Cette audition est de droit lorsque le mineur en fait la demande. Lorsque le mineur refuse d’être entendu, le juge apprécie le bien-fondé de ce refus.

(3) Le mineur peut être entendu seul, avec son avocat ou une personne de son choix. Si ce choix n’apparaît pas conforme à l’intérêt du mineur, le juge peut procéder à la désignation d’une autre personne.

(4) L’audition du mineur se fait en chambre du conseil.

(5) L’audition du mineur ne lui confère pas la qualité de partie à la procédure.“

**Art. 3.**– A la suite de l’article 388-1 du code civil est inséré un article 388-2 rédigé comme suit:

„**Art. 388-2.** Lorsque, dans une procédure, les intérêts d’un mineur apparaissent en opposition avec ceux de ses représentants légaux, le juge des tutelles dans les conditions prévues à l’article 389-3, ou, à défaut, le juge saisi de l’instance lui désigne un administrateur ad hoc chargé de le représenter.“

**Art. 4.**– Le deuxième alinéa de l’article 389-3 du code civil est modifié comme suit:

„Quand ses intérêts sont en opposition avec ceux du mineur, il doit faire nommer un administrateur ad hoc par le juge des tutelles. A défaut de diligence de l’administrateur légal, le juge peut procéder à cette nomination à la demande du ministère public, du mineur lui-même ou d’office.“

**Art. 5.**– L’article 1046 du Nouveau code de procédure civile est modifié comme suit:

1. Le deuxième alinéa du paragraphe (3) est supprimé.

2. Le paragraphe (8) actuel est supprimé.
3. Le paragraphe (9) actuel est renuméroté en paragraphe (8).

\*

## EXPOSE DES MOTIFS

### Considérations générales

Dans son discours sur l'état de la Nation présenté à la Chambre des Députés le 9 mai 2007, Monsieur le Premier Ministre Jean-Claude JUNCKER s'est attaché à commenter la situation de détresse dans laquelle se trouvent bon nombre d'enfants dans notre société. Devant le constat que ces jeunes sont souvent confrontés très tôt aux organes de la Justice, la nécessité a été relevée de créer notamment des structures d'accompagnement socio-éducatives capables de proposer, en collaboration avec toutes les personnes concernées, des solutions préventives permettant aux enfants et aux jeunes d'éviter le contact avec la Justice. Il a également indiqué que le Gouvernement retient comme principe que tout enfant concerné par une procédure judiciaire a droit à l'assistance par un avocat et que l'Etat prend en charge les coûts de cette assistance par l'avocat, sans préjudice de son droit de réclamer ultérieurement le remboursement de ces coûts aux parents qui se trouvent dans une situation matérielle telle qu'ils sont à même de supporter ces coûts.

*„Afin de protéger les droits des enfants qui se trouvent impliqués dans une procédure judiciaire, le gouvernement envisage la mise à disposition systématique d'un avocat pour ces enfants. Les honoraires d'avocats sont assumés par le gouvernement, qui peut toutefois demander remboursement auprès des parents si leur situation matérielle le permet.“*

Déjà antérieurement, l'Ombuds-Comité fir d'Rechter vum Kand (ORK), institué par loi du 25 juillet 2002, avait recommandé au Gouvernement de veiller à ce que chaque enfant puisse bénéficier de l'assistance d'un avocat, indépendamment de la situation financière des parents, dans toute procédure judiciaire, afin de défendre ses intérêts dans les matières qui l'intéressent. A l'appui de sa recommandation, l'ORK faisait valoir, notamment, que la neutralité et la présomption d'indépendance de l'avocat de l'enfant ne sont pas garanties, si un parent doit couvrir les honoraires.

Le Gouvernement a déposé récemment à la Chambre des Députés le projet de loi No 5754 relatif à l'aide à l'enfance dont l'article 1er rappelle que, dans toutes les décisions qui concernent les enfants, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale.

Le Gouvernement entend, par le présent projet, voir modifier la législation en matière d'assistance judiciaire pour assurer, dans les conditions évoquées par Monsieur le Premier Ministre, un droit autonome à cette assistance de tout mineur confronté à une procédure judiciaire le concernant, indépendamment de toutes considérations de ressources de sa famille.

D'autre part, compte tenu notamment de certains commentaires 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 et d'une autre recommandation de l'ORK visant à donner à toute juridiction, statuant dans une matière intéressant un enfant, la possibilité de désigner un avocat à cet enfant, le Gouvernement propose encore, d'une part, de modifier l'article 388-1 du code civil pour assurer au mineur un droit effectif à être entendu dans toute procédure qui le concerne, et, d'autre part d'insérer un article 388-2 nouveau au code civil en 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, respectivement l'administrateur légal.

Enfin, il y a lieu 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.

\*

## COMMENTAIRE DES ARTICLES

### *Article 1.*

Cet article modifie les paragraphes (1) et (5) de l'article 37-1 de la loi modifiée du 10 août 1991 sur la profession d'avocat.

Suivant l'article 37-1 paragraphe (1) cinquième alinéa, l'insuffisance des ressources des personnes physiques demandant à bénéficier de l'assistance judiciaire s'apprécie par rapport au revenu brut intégral et à la fortune du requérant ainsi que des personnes qui vivent avec lui en communauté domestique. Toutefois, les ressources des personnes vivant en communauté domestique avec le requérant ne sont pas prises en considération, si la procédure oppose entre eux les conjoints ou les personnes vivant habituellement au même foyer, ou s'il existe entre eux, eu égard à l'objet du litige, une divergence d'intérêts rendant nécessaire une appréciation distincte des ressources.

D'autre part, l'actuel alinéa six du même paragraphe (1) admet que le bénéfice de l'assistance judiciaire peut également être reconnu à des personnes qui en seraient exclues au regard de la détermination des ressources, si des raisons sérieuses, tenant à la situation sociale, familiale ou matérielle du requérant, justifient cette admission.

Si, dans le temps, les dispositions précitées avaient pu permettre au Bâtonnier d'accorder, dans certains cas, le bénéfice de l'assistance judiciaire à des enfants dont les parents disposaient cependant de ressources suffisantes pour subvenir aux frais de la procédure pour laquelle l'assistance était sollicitée par l'enfant, cette solution était controversée, et le Conseil de l'Ordre s'y était parfois opposé en estimant que les parents disposant des moyens financiers nécessaires devaient eux-mêmes prendre en charge ces frais. L'ORK qui dénonçait cette situation dans ses rapports, relevait que ces refus intervenaient surtout en cas de situations de divorce ou de procédures après le prononcé du divorce, lors d'une modification du droit de garde ou de visite.

Le texte que le présent projet propose d'insérer au paragraphe (1) de l'article 37-1 précité, vise à assurer que, dans l'hypothèse où la personne qui sollicite le bénéfice de l'assistance judiciaire est un mineur d'âge, il soit désormais fait abstraction, pour l'attribution de ce bénéfice, des ressources des parents ou des personnes vivant en communauté domestique avec le mineur, même en l'absence de l'antagonisme ou de la divergence d'intérêts prévus au cinquième alinéa de ce paragraphe (1).

Par contre, si le mineur dispose de ressources propres, celles-ci continueront à être prises en considération par le Bâtonnier appelé à vérifier l'insuffisance des ressources du requérant, conformément au paragraphe (5) de l'article 37-1 précité. De même, si le mineur est en droit de réclamer à un tiers, par exemple un assureur, le remboursement des frais à couvrir par l'assistance judiciaire, la disposition de l'article 37-1 (3) alinéa deux autorisera le Bâtonnier à lui refuser l'assistance judiciaire.

Avec le texte proposé, le droit à l'assistance judiciaire du mineur d'âge devient ainsi autonome par rapport à la situation financière de son entourage.

Toutefois, et ceci dans une optique tant de justice sociale que de préservation du budget de l'Etat, le texte proposé attribue à l'Etat le droit de réclamer aux parents – père et mère – du mineur le remboursement des sommes que l'Etat aura décaissées pour l'assistance judiciaire du mineur, pour autant toutefois que les parents ne se trouvent pas dans une situation de ressources insuffisantes selon les critères visés à l'article 37-1 paragraphe (1) de la loi sur la profession d'avocat. Les parents pouvant ainsi se voir contraints de supporter en définitive la charge financière de l'assistance judiciaire, le texte proposé leur réserve une possibilité de recours devant le Conseil disciplinaire et administratif contre la décision du Bâtonnier en faveur de leur enfant. Afin d'accélérer la procédure, il est précisé que le Conseil disciplinaire et administratif doit rendre sa décision – de dernier ressort – dans un délai de 40 jours au plus tard.

Le point 2. de l'article 1er ci-dessus qui complète l'article 37-1 précité par un paragraphe (5bis), fait obligation au Bâtonnier qui accorde l'assistance judiciaire à un mineur dont le ou les parents, père ou mère du mineur, disposent de ressources suffisantes pour subvenir aux frais de cette assistance, d'avertir ces parents de la décision d'admission du mineur à l'assistance judiciaire ainsi que du droit de l'Etat à leur demander le remboursement des frais couverts par cette assistance. Le Bâtonnier adresse également une copie de sa décision au Ministre de la Justice, pour le mettre en mesure de saisir ultérieurement l'administration de l'enregistrement et des domaines aux fins de récupération des sommes que l'Etat aura décaissées pour l'assistance judiciaire du mineur.

### Article 2.

Le Comité des Droits de l'Enfant, institué au sein des Nations Unies par application de l'article 43 de la Convention des Nations Unies relative aux Droits de l'Enfant, a, en 2005, dans le cadre de l'examen du rapport présenté par le Luxembourg en application de l'article 44 de cette Convention, recommandé à l'Etat de poursuivre ses efforts visant à promouvoir et à oeuvrer, ... dans le cadre des procédures judiciaires et administratives, au respect des opinions de l'enfant et à sa participation dans tous les domaines qui ont un effet sur lui, conformément aux dispositions de l'article 12 de la Convention précitée.

Cet article 12 de la Convention dispose que: „1. Les Etats parties garantissent à l'enfant qui est capable de discernement le droit d'exprimer librement son opinion sur toute question l'intéressant, les opinions de l'enfant étant dûment prises en considération eu égard à son âge et à son degré de maturité; 2. A cette fin, on donnera notamment à l'enfant la possibilité d'être entendu dans toute procédure judiciaire ou administrative l'intéressant, soit directement, soit par l'intermédiaire d'un représentant ou d'un organisme approprié, de façon compatible avec les règles de procédure de la législation nationale.“

La reconnaissance du droit de l'enfant d'être entendu, sans autre restriction que sa capacité de discernement, dans les procédures qui le concernent, résulte d'ailleurs également du Règlement communautaire No 2201/2003 du 27 novembre 2003 relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale (Règlement dit „Bruxelles IIbis“), entré en vigueur le 1er mars 2005, qui précise que l'enfant doit avoir la possibilité d'être entendu, à moins qu'une audition n'ait été jugée inappropriée eu égard à son âge ou à son degré de maturité.

L'audition du mineur, capable de discernement, constitue la forme minimale de la participation de l'enfant à la procédure qui le concerne. L'audition a simplement pour objet de permettre à l'enfant de donner son avis. Même si, dans le cadre de procédures dans lesquelles le mineur n'est pas partie, le mineur est dépourvu d'un intérêt à agir alors que ses droits ne sont pas mis en cause, l'issue de la procédure peut éventuellement avoir un impact sur son mode de vie. Dans ce cas, le mineur doit pouvoir donner un avis sur sa propre situation si elle risque d'être affectée par le résultat de la procédure.

Or, selon l'article 388-1 actuel du Code civil, l'audition du mineur est possible dans ces cas, lorsqu'il est capable de discernement, mais, si le mineur fait la demande de son audition, le juge a la faculté d'écarter cette demande par une décision spécialement motivée, sans qu'il ne puisse être fait appel contre cette décision, comme cela ressort de l'article 1046 (3) du Nouveau Code de procédure civile. Les enfants ne disposent donc pas pleinement du droit d'être entendu avant toute prise de décision qui les concerne.

Le Gouvernement propose donc, à l'article 2 du présent projet, de modifier l'article 388-1 du code civil, afin de conférer aux enfants un droit effectif d'être entendus dans toute procédure judiciaire mais aussi de leur offrir également la possibilité de refuser d'être entendus. La modification proposée s'inspire d'ailleurs du texte actuel de l'article 388-1 du Code civil français.

Le premier alinéa de l'article 388-1 du code civil précisera désormais également que le juge ne peut déléguer l'audition de l'enfant à une personne qu'il désigne que lorsque l'intérêt de l'enfant le commande. L'audition directe par le juge devient donc la règle, tandis que l'audition par un tiers désigné par le juge, comme par exemple un psychologue spécialiste de la petite enfance, devient l'exception, de sorte que le recours à ce procédé d'exception devra désormais être motivé par le juge.

Au deuxième alinéa de l'article 388-1, il sera indiqué que l'audition est de droit lorsque le mineur en fait la demande. Dans ce cas, le juge ne pourra plus écarter la demande, comme c'est le cas aujourd'hui, par décision spécialement motivée. Il faut souligner que cette obligation incombe au juge uniquement si le mineur demande expressément son audition.

Par ailleurs, le respect des droits de l'enfant exige également qu'on lui accorde la possibilité de refuser d'être entendu. Tel est l'objet de la nouvelle phrase qui vient s'ajouter au paragraphe (2) et qui permettra à l'enfant de refuser d'être entendu par le juge. Toutefois, ici le juge conserve la possibilité d'„apprécier le bien-fondé de ce refus“, c'est-à-dire de passer outre et d'obliger le mineur à se présenter devant lui.

### Article 3.

Le Gouvernement, dans le cadre du projet de loi 5156 renforçant le droit des victimes d'infractions pénales et améliorant la protection des témoins, a déjà proposé, par l'article 46 dudit projet de loi, de

compléter la loi modifiée du 10 août 1992 relative à la protection de la jeunesse par un article 41-1 pour que, au cas où les intérêts du mineur risquent d'être compromis, par exemple lorsque l'un de ses représentants légaux est impliqué dans l'infraction volontaire portée contre le mineur sans que la protection des intérêts du mineur ne puisse être assurée de manière suffisante par l'autre représentant légal, un administrateur ad hoc, choisi parmi les avocats à la Cour des Barreaux luxembourgeois, soit désigné au mineur afin de prendre soin des intérêts du mineur dans le cadre de la procédure pénale engagée contre l'auteur de l'infraction.

Dans une même optique mais de manière plus générale, le nouvel article 388-2, calqué sur l'article 388-2 du code civil français, qu'il est proposé d'insérer, à la suite de l'article 388-1, au chapitre 1er – 1 du Titre VI du code civil relatif à l'audition de l'enfant et à la défense de ses intérêts, prend en compte la situation où, dans le cadre d'une procédure donnée, les intérêts du mineur s'opposent à ceux de ses représentants légaux. Il vise ainsi à garantir que, lorsque cette situation se présente à lui, un administrateur ad hoc soit désigné pour représenter le mineur dans cette procédure. Cette désignation peut être le fait soit du juge saisi de la procédure où le conflit d'intérêts se manifeste, soit du juge des tutelles, comme le prévoit encore l'article 389-3 du code civil.

#### *Article 4.*

L'article 389-3 du code civil oblige l'administrateur légal dont les intérêts se trouvent en opposition avec ceux du mineur dans le cadre d'une procédure, à faire nommer un administrateur ad hoc par le juge des tutelles.

Toutefois, le conflit d'intérêts peut poser un frein à la diligence de l'administrateur légal pour procéder à cette démarche devant le juge des tutelles.

Aussi paraît-il opportun de prévoir dans ce cas, à l'instar de la législation française, que le juge peut procéder à cette nomination d'office ou à la demande du ministère public ou encore du mineur lui-même.

#### *Article 5.*

Tenant compte des modifications que l'article 2 ci-dessus propose d'apporter à l'article 388-1 paragraphe (2) du code civil, il est nécessaire d'adapter également le libellé de l'article 1046 du Nouveau code de procédure civile en supprimant le second alinéa du paragraphe (3) ainsi que le paragraphe (8) actuel de cet article, devenus superflus du fait que le juge ne pourra plus refuser d'entendre le mineur qui en fait la demande conformément à l'article 388-1 précité.

