

DAS PRAXISMAGAZIN DES SCHWEIZERISCHEN ANWALTSVERBANDES
L'ORGANE PROFESSIONNEL DE LA FÉDÉRATION SUISSE DES AVOCATS
LA RIVISTA PROFESSIONALE DELLA FEDERAZIONE SVIZZERA DEGLI AVVOCATI

[5|2017]

ANWALTS REVUE DE L'AVOCAT

BARBARA VON RÜTTE

Das neue Bürgerrechtsgesetz SEITE / PAGE 202

DAVID HOFMANN

La responsabilité de l'avocat d'office;
ATF 143 III 10 SEITE / PAGE 217



Stämpfli Verlag

SAV FSA

INHALTSVERZEICHNIS

TABLE DES MATIÈRES

IM FOKUS DES VORSTANDS SAV	195
LE POINT DE MIRE DU CONSEIL FSA	197
<hr/>	
THEMA / QUESTION DU JOUR	
Louis Burrus / Fabien Hohenauer 13–15 juin 2017: Les jeunes avocats à Lucerne!	201
Barbara von Rütte Das neue Bürgerrechtsgesetz	202
<hr/>	
RECHTSPRECHUNG / JURISPRUDENCE	215
<hr/>	
ANWALTSRECHT / DROIT DE L'AVOCAT	
David Hofmann La responsabilité de l'avocat d'office; ATF 143 III 10	217
<hr/>	
SAV – KANTONALE VERBÄNDE / FSA – ORDRES CANTONAUX	
Der SAV teilt mit / La FSA vous informe	222
Jahresbericht 2016 / 2017 / Rapport annuel 2016 / 2017	225

IMPRESSUM

Anwaltsrevue / Revue de l'avocat
20. Jahrgang 2017 / 20^e année 2017

ISSN 1422-5778 (Print)
e-ISSN 2504-1436 (Online)

Erscheinungsweise / Parution
10-mal jährlich / 10 fois l'an

Zitiervorschlag / Suggestion de citation
Anwaltsrevue 5/2013, S. 201 ff.
Revue de l'avocat 5/2013, p. 201 ss

Herausgeber / Édité par
Stämpfli Verlag AG
Schweizerischer Anwaltsverband /
Fédération Suisse des Avocats

Chefredaktion / Rédacteur en chef
Peter von Ins, Rechtsanwalt (vl)
Bollwerk 21, CH-3001 Bern
Tel. 031 328 35 35, Fax 031 328 35 40
peter.vonins@bollwerk21.ch

Kontakt Verlag /
Contact maison d'édition
Martin Imhof
Stämpfli Verlag AG
Wölflistrasse 1, Postfach, CH-3001 Bern
Tel. 031 300 63 99, Fax 031 300 66 88
www.staempfliiverlag.com
anwaltsrevue@staempfli.com
revueavocat@staempfli.com

Mitarbeiter / Collaborateur
Thomas Büchli, Rechtsanwalt (Bü)
Flávio Trepado, MLaw (FTr)

Sekretariat SAV / Secrétariat FSA
Marktgasse 4, Postfach 8321,
CH-3001 Bern
Tel. 031 313 06 06, Fax 031 313 06 16
info@sav-fsa.ch, www.sav-fsa.ch

Inserate / Annonces
Stämpfli AG
Postfach, CH-3001 Bern
Tel. 031 300 63 41, Fax 031 300 63 90
inserate@staempfli.com

Auflage / Tirage
9193 Exemplare / exemplaires
(notariell beglaubigt / authentifié par
un notaire)

Vertrieb / Distribution
Stämpfli Verlag AG
Periodika
Wölflistrasse 1, Postfach 5662
CH-3001 Bern
Tel. 031 300 63 25, Fax 031 300 66 88
periodika@staempfli.com

Mitglieder des SAV melden sich für
Adressänderungen bitte direkt beim SAV.
Les membres de la FSA s'adressent
directement à la FSA pour leurs change-
ments d'adresse.

Preise / Prix
Jährlich / Annuel:
CHF 198.–, EUR 248.– (Print und Online);
CHF 159.–, EUR 159.– (Online)

Studenten / Etudiants: CHF 98.–
Preise inkl. MwSt. (Online 8% / Print 2,5%)

und Versandkosten.

Einzelheft / Numéro séparé:
CHF 26.–, EUR 26.–

Mitglieder des SAV gratis /

Membres FSA gratuit

Alle Preise inkl. 2.5% MwSt. /

Tous les prix incluent la TVA de 2.5%

Die Preisangaben in € gelten nur

für Europa.

Les prix indiqués en € ne sont valables

que pour l'Europe.

Schriftliche Kündigung bis 3 Monate

vor Ende der Laufzeit möglich. /

Résiliation de l'abonnement possible
par écrit jusqu'à 3 mois avant la fin de
l'abonnement.

Copyright

© Titel <>AnwaltsRevue / Revue de
l'Avocat>> by Schweizerischer Anwalts-
verband, Bern

© Inhalt by Schweizerischer Anwaltsver-
band, Bern und Stämpfli Verlag AG, Bern

© Gestaltung und Layout by Schwei-
zerischer Anwaltsverband, Bern.

Gestalter: grafikraum, Bern

Alle Rechte vorbehalten. Die Zeitschrift
und ihre Teile sind urheberrechtlich ge-
schützt. Veröffentlicht werden nur bisher
noch nicht im Druck erschienene Original-
beiträge. Die Aufnahme von Beiträgen
erfolgt unter der Bedingung, dass das aus-
schliessliche Recht zur Vervielfältigung
und Verbreitung an den Stämpfli Ver-
lag AG und den Schweizerischen Anwalts-
verband übergeht. Jede Verwertung und
Vervielfältigung bedarf der vorherigen
schriftlichen Einwilligung des Verlages. /
Tous droits réservés. La revue est proté-
gée par la législation sur le droit d'auteur.
Ne sont publiées que des contributions
originales qui n'ont pas encore été diffu-
sées sous forme imprimée. Les contribu-
tions ne sont acceptées qu'à la condition
que le droit exclusif de reproduction et de
diffusion soit accordé à Stämpfli Editions
SA et à la Fédération Suisse des Avocats.
Toute exploitation et reproduction néces-
site l'accord écrit de l'éditeur.

Die in dieser Zeitschrift von Autorinnen
und Autoren geäusserte Meinungen und
Ansichten müssen sich nicht mit denjeni-
gen der Redaktion oder des SAV decken. /
Les opinions exprimées dans cette revue
par les auteurs sont personnelles et n'en-
gagent ni la rédaction ni la FSA.

LA RESPONSABILITÉ DE L'AVOCAT D'OFFICE; ATF 143 III 10*

DAVID HOFMANN

Avocat, docteur en droit, Étude CMS von Erlach Poncet SA, Genève

Mots-clés: avocat d'office, responsabilité, assistance judiciaire, mandat

Dans un arrêt du 19 décembre 2016 destiné à publication, la 1^{re} Cour de droit civil du Tribunal fédéral a examiné la question de la responsabilité d'un avocat qui avait été «*nommé d'office*» dans une procédure civile. Il a admis le recours de la cliente de l'avocat et renvoyé la cause à l'instance cantonale. Le Tribunal fédéral fut d'un avis différent de celui de la Chambre patrimoniale cantonale du canton de Vaud et de la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal vaudois¹ qui considéraient en substance que l'avocat ne disposait pas de la légitimation passive pour répondre aux prétentions de sa cliente, bénéficiaire de l'assistance judiciaire, et que seul l'État de Vaud pouvait être, le cas échéant, responsable.

I. Les faits

Le litige devant le Tribunal fédéral oppose la cliente X, bénéficiaire de l'assistance judiciaire, à l'un de ses anciens avocats, Me Z, qui avait été nommé comme Conseil d'office.

Mme X travaillait au CHUV jusqu'au 31.10.1992; à ce titre, elle était affiliée pour la prévoyance professionnelle auprès de la Caisse de pension de l'État de Vaud (ci-après: «CPEV»). Au printemps 1993, Mme X a déposé auprès de l'Office de l'assurance-invalidité pour le canton de Vaud une demande tendant à l'octroi d'une rente d'invalidité.

Du 1^{er} septembre 1993 au 30.9.1995, Mme X a travaillé comme employée de maison à 40% dans une institution à Lausanne; à ce titre, elle était affiliée auprès du fonds de prévoyance de l'Association vaudoise des organismes privés pour enfants, adolescents et adultes en difficulté et de l'Association vaudoise des travailleurs de l'éducation spécialisée (ci-après: «fonds de prévoyance»).

En janvier 1997, Mme X adressa au fonds de prévoyance une demande de prestations d'invalidité. Celles-ci furent refusées, car l'incapacité de travail à l'origine de l'invalidité était antérieure à l'affiliation au fonds de prévoyance. Cette décision fut confirmée par le Tribunal des assurances du canton de Vaud le 19.2.2001. C'est au cours de cette procédure judiciaire que Me Z fut désigné comme Conseil d'office en date du 11.1.2000; Me Z avait reçu un mandat privé de Mme X le 30.6.1999 déjà². C'est à Me Z que le jugement du Tribunal des assurances fut notifié.

En avril 2008, Mme X déposa une demande de rente d'invalidité de la prévoyance professionnelle auprès de la CPEV, c'est-à-dire l'entité à laquelle elle était affiliée pendant son activité au CHUV. La CPEV a admis l'invalidité sur le principe, mais s'est prévalué de la prescription. Une ac-

tion judiciaire intentée par Mme X contre la CPEV fut rejetée, tant par la Cour des assurances sociales du Tribunal cantonal du canton de Vaud le 20.9.2011³ que par le Tribunal fédéral dans un arrêt du 4.7.2012⁴.

Le 19.7.2013, Mme X ouvrit action contre son ancien avocat, Me Z, concluant au paiement de dommages et intérêts à hauteur de CHF 1508 954,55 plus intérêts, ledit montant étant augmenté en cours de procédure à CHF 1585 022,85. Mme X reprochait à son ancien avocat une «*mauvaise exécution du mandat*», car il ne l'aurait pas informée de ses droits à l'obtention de prestations d'invalidité de la part de la CPEV et n'aurait pas entrepris les démarches nécessaires pour interrompre la prescription.

Le 25.9.2015, la Chambre patrimoniale cantonale du canton de Vaud rejeta la demande de Mme X. Elle considérait que l'avocat avait agi uniquement en qualité de Conseil d'office et qu'en tant que tel, il n'était pas tenu de réparer le dommage subi par Mme Z; le cas échéant, c'était à l'État de Vaud d'assumer cette responsabilité.

Le 19.2.2016, la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal vaudois confirma le jugement de première instance en raison de l'absence de légitimation passive de Me Z.

* Correspond à l'arrêt TF 4A_234/2016 du 19.12.2016, mais seul le considérant 3 est publié dans la collection des ATF.

¹ Arrêt HC/2016/214 du 19.2.2016 de la Cour d'appel civile, dans la procédure PT13.03465.

² Le Tribunal fédéral ignore la portée exacte de ce mandat (consid. 2.1).

³ Jugement JUG/2011/254 du 20.9.2011 de la Cour des assurances sociales du Tribunal cantonal, dans la procédure PP 89/09.

⁴ Arrêt TF 9C_94/2012 du 4.7.2012.

Dans son recours en matière civile, Mme X a conclu à ce que Me Z soit condamné à lui verser la somme de CHF 1585 022,85, avec intérêts à 5 % dès le 27.11.2014. Elle considérait que Me Z était responsable, en qualité de mandataire privé, sur la base du mandat qu'elle lui aurait confié lors de la première consultation en 1999.

II. La décision du Tribunal fédéral

Le Tribunal fédéral constate tout d'abord que son dossier est lacunaire, mais qu'il ne saurait le combler d'office (consid. 2.1). En effet, Me Z a reçu un mandat privé de Mme X le 30.6.1999; le Tribunal fédéral constate cependant que l'étendue exacte de ce mandat n'a pas été établie.

Au début de l'an 2000, Me Z a été mandaté comme «avocat d'office» de Mme X. Le Tribunal fédéral relève que l'acte de nomination ne figure pas dans le dossier et que le mandat d'office a pris fin en 2001 (consid. 2.1).

Mme X alléguait que les actes omis par Me Z après 2001 relevaient d'un mandat privé; le Tribunal fédéral retient cependant que Mme X ne peut pas fonder ses prétentions en dommages et intérêts sur le mandat privé, puisque le contenu en est ignoré. Un éventuel manque de diligence de l'avocat, Me Z, ne pourrait au contraire résulter que d'une violation des devoirs de l'*«avocat d'office»* à la fin de la procédure (consid. 2.2).

Après une longue partie EN FAIT et une délimitation tant factuelle que juridique de la relation entre l'avocat et sa cliente, le Tribunal fédéral examine au considérant 3 ce qui est le cœur de l'arrêt, à savoir la responsabilité de l'avocat d'office.

Le Tribunal fédéral rappelle que, pour la Cour cantonale, l'avocat d'office accomplit une tâche étatique et doit donc être considéré comme un agent public au sens de l'art. 61 al. 1 CO⁵. La Cour cantonale considère que l'avocat nommé d'office est un agent public au sens de l'art. 3 al. 1 chiffre 13 LRECA/VD^{6,7} (consid. 3). Le Tribunal fédéral ne partage pas ce point de vue.

Le Tribunal fédéral définit comme suit l'avocat d'office: *«Entre l'avocat d'office auquel il est donné un mandat d'assistance judiciaire, d'une part, et la collectivité publique qui lui confie ce mandat, d'autre part, il existe un rapport juridique soumis au droit public, lequel régit notamment l'obligation d'accepter le mandat, les motifs de libération du mandat, ainsi que la rétribution due pour l'activité exercée; de ce fait, l'avocat d'office accomplit une tâche étatique»* (consid. 3.1).

Selon le Tribunal fédéral, *«ce lien de droit public entre l'avocat d'office et la collectivité publique n'implique pas nécessairement que le droit public régit également les rapports entre l'avocat d'office et la personne qui l'assiste sur mandat de la collectivité publique. [...] Il faut admettre au contraire que ces rapports-ci sont soumis au droit privé [...]». Il s'ensuit qu'envers la personne qui l'assiste, l'avocat d'office répond d'un éventuel défaut de diligence sur la base du droit privé [...]»* (consid. 3.1).

Le Tribunal fédéral considère donc que, *nonobstant la relation de droit public entre la collectivité publique et*

l'avocat, l'avocat d'office est soumis à la responsabilité selon le droit privé. Il s'interroge ensuite sur la possibilité pour les cantons de déroger à ce régime et de prévoir une responsabilité exclusive de l'Etat; il y répond par la négative (consid. 3.2).

Le Tribunal fédéral est d'avis que l'avocat commis d'office a un mandat public en faveur d'un tiers; il retient également que l'avocat commis d'office *«ne se trouve pas dans un rapport de subordination [...] face à la collectivité publique qui l'a mandaté, laquelle ne saurait lui donner d'instructions»* (consid. 3.2.1). Enfin, l'avocat n'est pas soumis à une surveillance différente de celle à laquelle il serait soumis en tant qu'avocat de choix. Le Tribunal fédéral considère que les honoraires, le cas échéant réduits de l'avocat, sont sans pertinence pour cette question (consid. 3.2.1).

Le Tribunal fédéral distingue encore le rôle de l'avocat de celui du notaire. Il considère que l'avocat, même commis d'office, ne devient pas un officier public, mais a seulement une qualité officielle et remplit une tâche d'intérêt public (consid. 3.2.1). L'art. 12 lettre b LLCA⁸ s'applique aussi à l'avocat commis d'office au sens de l'art. 12 lettre g LLCA (consid. 3.2.2).

L'avocat d'office, même s'il exerce une tâche d'intérêt public n'est donc, selon le Tribunal fédéral, pas un agent public au sens de l'art. 61 al. 1 CO (consid. 3.3).

III. Commentaire

Si la solution préconisée par cet arrêt paraît simple à première lecture – en cas de nomination d'office, la responsabilité (civile) de l'avocat peut être engagée face au bénéficiaire de l'assistance judiciaire⁹ –, plusieurs questions demeurent ouvertes.

- 1) Tout d'abord, le Tribunal fédéral utilise la mention *«avocat d'office»*, alors qu'en réalité, il s'agit surtout d'un avocat *indemnisé par l'assistance judiciaire*. On peut se demander s'il ne faudrait pas distinguer les deux notions, à savoir la nomination d'un avocat d'office pour la défense des intérêts, d'une part, et la question de la ré-

5 Art. 61 al. 1 CO: *«La législation fédérale ou cantonale peut déroger aux dispositions du présent chapitre, en ce qui concerne la responsabilité encourue par des fonctionnaires et employés publics pour le dommage ou le tort moral qu'ils causent dans l'exercice de leurs charges»*.

6 Loi (vaudoise) sur la responsabilité de l'Etat, des communes et de leurs agents, du 16.5.1961 (RS/VD 170.11; LRECA/VD).

7 Art. 3 al. 1 chiffre 13 LRECA/VD: *«Les agents qui exercent la fonction publique cantonale sont, notamment: [...] 13. Les agents des personnes privées, physiques ou morales, chargés de tâches de droit public»*.

8 Art. 12 lettre b LLCA: *«[L'avocat] exerce son activité professionnelle en toute indépendance, en son nom personnel et sous sa propre responsabilité»*.

9 À Genève, l'art. 13 al. 3 du Règlement sur l'assistance juridique et l'indemnisation des conseils juridiques et défenseurs d'office en matière civile, administrative et pénale, du 28.7.2010 (RAJ/GE; RS/GE E 2 05.04) prévoit que *«l'Etat n'encourt aucune responsabilité pour l'activité du conseil juridique nommé»*. C'est cependant une disposition réglementaire.

munération de l'avocat, d'autre part¹⁰. L'art. 12 lettre g LLCA prévoit que l'avocat «est tenu d'accepter les défenses d'office et les mandats d'assistance judiciaire dans le canton au registre duquel il est inscrit»¹¹; les deux éléments ne sont cependant pas nécessairement liés. Les dispositions du CPC en matière d'assistance judiciaire (art. 117-123 CPC), qui règlent désormais exhaustivement la matière¹², ne comprennent pas le concept de «nomination d'office»; le CPP connaît les notions compliquées de défense privée, défense obligatoire et défense d'office (art. 128-135 CPP). La procédure administrative fédérale fait également une distinction entre les deux notions (art. 65 al. 1 et 3 à 5 PA pour l'assistance judiciaire; art. 65 al. 2 PA pour la nomination d'un avocat «si la sauvegarde [des] droits le requiert» en procédure de recours; en matière d'assurances sociales cependant, l'art. 37 al. 4 LPGA mentionne seulement que «lorsque les circonstances l'exigent, l'assistance gratuite d'un conseil juridique est accordée au demandeur»). Il y a donc déjà un flou terminologique au départ.

2) Même si le mot «mandat» figure à de très nombreuses reprises dans l'arrêt du Tribunal fédéral, la Cour suprême n'indique pas explicitement que les règles du mandat, au sens des art. 394 ss CO, s'appliquent entre l'avocat et son client bénéficiaire de l'assistance judiciaire. La question du type de responsabilité de l'avocat reste posée. S'agit-il uniquement d'une responsabilité délictuelle (art. 41 CO), ou l'arrêt du Tribunal fédéral crée-t-il une responsabilité contractuelle de l'avocat comme mandataire «ordinaire» (art. 398 ss CO), face à un client qu'il n'a pas choisi et/ou qui ne le rémunère pas directement? Cela a des conséquences non seulement sur les conditions de la responsabilité, mais aussi sur la durée de la prescription (un an ou dix ans). Dans son arrêt, le Tribunal fédéral se limite à dire que «envers la personne qui l'assiste, l'avocat d'office répond d'un éventuel défaut de diligence sur la base du droit privé» (consid. 3.1). Il cite ensuite un ancien arrêt du 12.12.1961, où il avait été jugé que les règles de droit privé sur le mandat étaient applicables¹³. Si c'est le cas, pourquoi le Tribunal fédéral n'écrit-il pas explicitement que la responsabilité contractuelle selon le contrat de mandat (art. 398 ss CO) s'applique? Il est cependant probable que le Tribunal fédéral sous-entendait (ou considérait comme une évidence), à la fin de son analyse, que la responsabilité contractuelle du mandataire s'appliquait. Les conditions de la responsabilité de l'avocat auraient pourtant mérité d'être développées, en particulier la condition de la violation d'une obligation de diligence et son éventuelle limitation par l'intervention étatique.

3) L'arrêt de la 1^{re} Cour de droit civil paraît limiter la relation entre l'avocat et l'État à la nomination et la rémunération. Dans un arrêt du 22.10.2015¹⁴, la 2^{re} Cour de droit civil avait toutefois considéré que «le mandat d'office ne consiste ainsi pas simplement à faire financer par l'État un mandat privé. Il constitue une relation tripartite dans laquelle l'État confère au Conseil d'office la mission

de défendre les intérêts du justiciable démunie, lui conférant une sorte de mandat en faveur d'un tiers».

La position des deux Cours de droit civil ne paraît donc pas complètement harmonisée s'agissant du rôle de l'Etat. D'ailleurs, le Tribunal fédéral des assurances¹⁵, puis la 1^{re} Cour de droit social¹⁶ et la 2^{re} Cour de droit public¹⁷ faisaient référence à une relation de droit public («öffentliche-rechtliches Rechtsverhältnis») liant l'avocat et l'État; la Cour de droit pénal fait référence à une tâche de l'État («staatliche Aufgabe») pour l'avocat nommé d'office au pénal¹⁸.

S'il s'agit certes d'une relation tripartite entre l'Etat, l'avocat et le «client», le rôle de l'État nécessiterait – ou aurait nécessité – d'être clarifié. Sur la base de l'arrêt commenté ici, cela signifie que la surveillance de l'avocat par l'Etat ne peut s'effectuer concrètement que par l'Autorité de surveillance compétente au sens de l'art. 14 LLCA.

Un problème pratique se pose par conséquent en ce qui concerne les honoraires de l'avocat nommé d'office¹⁹. En cas de prestations versées par l'assistance judiciaire, la rémunération de l'avocat dépendra en principe²⁰ du nombre d'heures consacré au dossier; elle ne tiendra en principe pas compte d'autres facteurs admis en matière civile, notamment la complexité de l'affaire²¹ et la valeur litigieuse²². Le Tribunal fédéral admet aussi, dans son principe, la rémunération forfaitaire²³.

¹⁰ Sur cette distinction, voir BENOÎT CHAPPUIS, *La profession d'avocat, Tome I – Le cadre légal et les principes essentiels*, 2^e éd., Zurich 2016, p. 82; MICHEL VALTICOS in: Michel Valticos - Christian M. Reiser/Benoit Chappuis (éd.), *Loi sur les avocats - Commentaire de la loi fédérale sur la libre circulation des avocats (Loi sur les avocats, LLCA) (Commentaire romand)*, Bâle 2010, p. 133, § 241 ad art. 12 LLCA et les références citées.

¹¹ Le message du Conseil fédéral du 28.4.1999 se limite à dire que l'obligation d'accepter des défenses d'office ne concerne que le canton où l'avocat est inscrit au registre (FF 1999 p. 5371).

¹² ATF 142 III 131, 134 consid. 3.1.

¹³ ATF 87 II 364, 368 consid. 1 du 12.12.1961.

¹⁴ ATF 141 III 560, 563 consid. 3.2.2.

¹⁵ Par exemple: ATF 132 V 200, 205-206 consid. 5.1.4, d'où MARCEL MAILLARD, Art. 65 PA, in: Bernard Waldmann/Philippe Weissenberger (éd.), *Praxiskommentar Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVG)*, 2^e éd., Zurich 2016, p. 1343, § 40 ad art. 65 PA, déduisit qu'il n'y avait pas de relation de droit privé entre la personne représentée et son avocat.

¹⁶ Par exemple: ATF 141 I 70, 75 consid. 6.1; ATF 140 V 116, 121 consid. 4.

¹⁷ Par exemple: ATF 138 II 506, 507-508 consid. 1.

¹⁸ ATF 141 I 124, 126 consid. 3.1.

¹⁹ Pour la problématique du secret professionnel lors du contrôle des honoraires, voir PASCAL MAURER/JEAN-PIERRE GROSS (Commentaire romand 2010), p. 169, § 187-193 ad art. 13 LLCA.

²⁰ Voir cependant la loi bâloise (art. 17 al. 2 Advokaturgesetz, RS/BS 291.100) qui, pour les causes civiles avec une valeur litigieuse déterminée, prévoit que les honoraires dépendent de l'ordonnance sur les honoraires (Honorarordnung für Anwältinnen und Anwälte des Kantons Basel-Stadt, RS/BS 291.400).

²¹ Voir aussi les critères de l'art. 34 LPAv/GE (RS/GE E 6 10).

²² Voir «l'importance des intérêts en cause» parmi les critères de l'art. 46 LPAv/VD (RS/VD 177.11) ou les recommandations du Zürcher Anwaltsverband: <https://www.zav.ch/fuer-rechtssuchende/beizug-eines-anwalts/kosten-und-honorarvereinbarung.html>.

²³ ATF 141 I 124, 128 consid. 4.3. Pour un cas où la rémunération forfaitaire aboutissait à un résultat arbitraire, nécessitant un nouvel examen: arrêt TF 5A_157/2015 du 12.11.2015, consid. 3.3 et 3.4.

Dans le cadre du contrôle des honoraires, il arrive, en effet, que l'autorité compétente²⁴ (qui n'est pas l'Autorité cantonale de surveillance selon l'art. 14 LLCA) limite la portée de l'assistance judiciaire à certains types d'actes de l'avocat ou à une instance uniquement (par exemple pas de couverture d'une procédure d'appel ou de recours; en matière civile, voir l'art. 119, al. 5 CPC, qui exige une nouvelle requête pour la deuxième instance); il arrive également que, dans le cadre du contrôle des honoraires d'avocat, l'autorité compétente pour l'assistance judiciaire décrète – certes sous forme de décision sujette à recours – que telle ou telle activité de l'avocat n'était «pas nécessaire» pour le mandat. Autrement dit, cette autorité procède, a priori ou a posteriori, à un contrôle des activités de l'avocat nommé d'office. Ce contrôle, où le Tribunal fédéral accorde un large pouvoir d'appréciation aux cantons²⁵, se justifie notamment parce que l'avocat nommé d'office est indemnisé par de l'argent public²⁶.

Dans un arrêt de 2015, la Cour de droit pénal du Tribunal fédéral avait considéré que l'indemnisation de l'avocat nommé d'office ne couvrait pas tout ce qui était significatif (*«von Bedeutung»*) pour les intérêts du mandant; la prétention découlant de l'art. 29 al. 3 Cst. féd. ne couvrirait que ce qui était nécessaire (*«notwendig»*) pour la sauvegarde des droits²⁷. Cela vise les actes qui se trouvent dans un rapport de causalité avec la défense des droits dans la procédure pénale, sont nécessaires et proportionnés²⁸.

Dans le cas faisant l'objet de l'arrêt analysé ici, la cliente reprochait à son avocat (sans que le Tribunal fédéral n'ait encore pris position sur une éventuelle responsabilité de l'avocat) de ne pas avoir entrepris des démarches auprès de la CPEV, alors que la nomination d'office concernait une procédure de recours contre une décision du fonds de compensation (donc une autre entité); il faut alors se demander quand le mandat d'office commence et quand il prend fin, qui (État, avocat, «client»?) en définit l'étendue et, par conséquent, quelle est l'ampleur de la responsabilité de l'avocat. En effet, si un avocat n'est nommé que pour une procédure de recours, en cas de rejet du recours, le mandat d'office couvre-t-il également les réflexions ultérieures de l'avocat sur d'autres démarches envisageables?

A posteriori (et avec le recul des différentes décisions judiciaires), une réponse affirmative paraît s'imposer. Au moment de la fin du mandat, la réponse est différente, surtout si d'autres démarches nécessitent des réflexions approfondies. La réponse peut aussi être biaisée si elle a été influencée par l'autorité compétente qui aurait, par hypothèse, décidé de ne pas prendre en charge financièrement certaines démarches.

Dans la présente cause, l'état de fait cantonal (non repris dans l'arrêt du Tribunal fédéral) récapitule le comportement de l'avocat après réception de la décision litigieuse²⁹. Il ne nous appartient pas ici de nous substituer aux juridictions compétentes pour statuer sur la responsabilité ou non de l'avocat Z, d'autant plus

que nous ne connaissons les faits que tels qu'ils résultent des décisions judiciaires publiées. Certes, en toutes situations, l'avocat doit faire preuve de diligence (art. 12 lettre a LLCA); il doit traiter avec le même soin ses clients de choix et ses clients pour lesquels il a été nommé d'office³⁰. Il s'agit cependant de prendre en considération – en particulier pour apprécier l'éventuelle violation d'une obligation du mandataire – les circonstances de la conclusion et de la fin du «mandat d'office» rémunéré à l'assistance judiciaire par l'État, qui ne sont pas identiques à celles de la conclusion (art. 1 CO) et de la résiliation d'un mandat privé (art. 404 CO).

- 4) Des divergences importantes entre le «client» et l'avocat «nommé d'office» peuvent poser problème. Dès lors que le client et l'avocat ne sont pas soumis à un contrat de mandat ordinaire³¹ et notamment que le mandataire ne peut *pas mettre fin de lui-même* à sa relation avec son «client» (l'art. 404 CO étant inapplicable), les conséquences pour la responsabilité de l'avocat peuvent être importantes. L'art. 134 al. 2 CPP ne permet de changer de défenseur d'office que si la relation de confiance *«est gravement perturbée»*; le CPC est muet sur le sujet. Que se passe-t-il entre le moment où l'avocat demande la fin de sa nomination et l'accord de l'autorité compétente?
- 5) Il faut se demander si cet arrêt s'applique aussi en matière de *procédure pénale*, où les nominations d'office sont bien plus nombreuses (art. 132 et ss CPP), voire dans les *procédures administratives*. À notre sens, vu l'absence de distinction faite par le Tribunal fédéral, la jurisprudence s'applique aussi à l'avocat pénaliste (ou agissant dans une cause de droit public), mais toujours de manière nuancée.

24 À Genève, c'est le président [en pratique le vice-président] du Tribunal civil qui est l'autorité compétente pour statuer en matière d'assistance juridique (art. 1 al. 1 RAJ/GE; RS/GE E 2 05.04). Dans le canton de Vaud, en matière civile, lorsque la procédure est pendante, c'est le juge saisi qui statue sur l'octroi ou le retrait de l'assistance judiciaire (art. 39 al. 1 CDPJ/VD; RS/VD 211.02 et art. 18 al. 5 LPA/VD; RS/VD 173.36); avant la litispendance, cette compétence appartient au juge qui serait compétent au fond (art. 39 al. 2 CDPJ/VD). À Neuchâtel, les requêtes d'assistance judiciaire civile sont tranchées par le président ou par le juge chargé de l'administration des preuves (art. 12 al. 1 LI-CPC/NE; RS/NE 251). À St-Gall, en matière civile, c'est le tribunal compétent ou le juge délégué qui statue (art. 17 al. 1 lettre c EG-ZPO/SG; RS/SG 961.2); dans le canton de Thurgovie, c'est le président qui décide (art. 34 al. 2 ZSRG/TG; RS/TG 271.1).

25 ATF 141 I 124, 126 consid. 3.2.

26 WALTER FELLMANN, *Anwaltsrecht*, Berne 2010, p. 294 § 807.

27 ATF 141 I 124, 126 consid. 3.1.

28 ATF 141 I 124, 126 consid. 3.1.

29 Arrêt HC/2016/214 du 19. 2. 2016 de la Cour d'appel civile, EN FAIT, § C.6 *in fine*.

30 Parmi beaucoup: FELLMANN (2010), p. 183 § 418.

31 KASPAR SCHILLER, *Schweizerisches Anwaltsrecht – Grundlagen und Kernbereich*, Zurich 2009, p. 35 § 148, fait référence à un «Kontrahierungszwang» découlant de l'art. 12 lettre g LLCA.

6) Le Tribunal fédéral indique que la législation vaudoise, dont l'admissibilité résulte de l'art. 61 al. 1 CO, ne s'applique pas à l'avocat d'office. On peut cependant se demander pourquoi le Tribunal fédéral et les juridictions vaudoises n'ont pas exclu l'application de la LRECA/VD sur la base de l'art. 61 al. 2 CO³². Puisque l'avocat d'office est considéré par le Tribunal fédéral comme un avocat «ordinaire», le mandat d'office de l'avocat ne pouvait-il pas être considéré comme une «*industrie*»?

Certes, la distinction entre «*actes se rattachant à l'exercice d'une industrie*» de l'al. 2 («*gewerblich*», «*atti [...] che riflettono l'esercizio di un'industria*») et actes «*dans l'exercice de leur charge*» de l'al. 1 («*amtlich*», «*attribuzioni ufficiali*») est difficile³³. La doctrine et la jurisprudence semblent considérer que lorsqu'il y a activité étatique en concurrence avec d'autres acteurs, c'est l'art. 61 al. 2 CO qui s'applique³⁴; tel peut aussi être le cas si l'activité vise l'obtention d'un gain³⁵. Dans le cas de l'art. 61 al. 2 CO, les cantons ne peuvent pas atténuer les conditions de la responsabilité en défaveur du lésé; ils peuvent cependant être plus sévères avec le responsable que ce que prévoient les art. 41 ss CO³⁶.

En conclusion, l'arrêt du Tribunal fédéral applique, à première analyse, simplement le principe de primauté du droit fédéral (art. 49 Cst. féd.), mais la soumission de l'avo-

cat aux règles de responsabilité civile du mandat, y compris pour les nominations d'office, laisse encore de nombreuses questions ouvertes. Il convient d'être attentif à ne pas exiger toujours davantage de l'avocat, tout en remettant, en parallèle, en cause son indépendance. Nul doute que de prochains arrêts sur le sujet permettront au Tribunal fédéral de préciser sa jurisprudence.

³² Art. 61 al. 2 CO: «*Les lois cantonales ne peuvent déroger aux dispositions du présent chapitre, s'il s'agit d'actes commis par des fonctionnaires ou des employés publics et se rattachant à l'exercice d'une industrie*».

³³ ROLAND BREHM, *Obligationenrecht – Die Entstehung durch unerlaubte Handlungen*, Art. 41–61 OR (Berner Kommentar), 4^e éd., Berne 2013, p. 990–991, § 28 ad art. 61 CO.

³⁴ BREHM (Berner Kommentar 2013), p. 991, § 28a ad art. 61 CO; CHRISTOPH MÜLLER, *La responsabilité civile extracontractuelle*, Bâle 2013, p. 17, § 46.

³⁵ FRANZ WERRO, *in: Luc Thévenoz/Franz Werro (éd.), Code des obligations I – Art. 1–529 CO (Commentaire romand)*, 2^e éd., Bâle 2012, p. 563–564, § 21 ad art. 61 CO; FRANZ WERRO, *La responsabilité civile*, 2^e éd., Berne 2011, p. 16, § 36; MÜLLER (2013), p. 17, § 45; voir déjà H. BECKER, *Obligationenrecht, I. Abteilung – Allgemeine Bestimmungen – Art. 1–183* (Berner Kommentar), Berne 1941, p. 328, § 12 ad art. 61 CO.

³⁶ BREHM (Berner Kommentar 2013), p. 993, § 32 ad art. 61 CO; VITO ROBERTO, *Haftpflichtrecht*, Berne 2013, p. 167, § 17.11; WERRO (Commentaire romand CO I 2012), § 17 ad art. 61 CO.