

**Résumé et analyse****Proposition de citation :**

Christoph Müller, Analyse de l'arrêt du  
Tribunal fédéral 4A\_234/2016, Newsletter  
rcassurances.ch février 2017

**Art. 49 Cst ; 41, 61 al. 1  
et 398 CO**



## Analyse de l'arrêt du Tribunal fédéral 4A\_234/2016 du 19 décembre 2016

Christoph Müller

### I. Objet de l'arrêt

L'avocat d'office, même s'il exerce une tâche d'intérêt public, n'est pas un agent public au sens de l'art. 61 al. 1 CO. Conformément à l'art. 49 Cst., le droit cantonal ne peut donc pas déroger au droit privé fédéral, en excluant la responsabilité civile personnelle de l'avocat d'office.

### II. Résumé de l'arrêt

#### A. Les faits

En 1997, Madame X. a adressé au Fonds A. une demande de prestations d'invalidité. Celles-ci lui ont été refusées au motif que l'incapacité de travail à l'origine de l'invalidité était antérieure à l'affiliation au Fonds. X. a recouru contre cette décision auprès du Tribunal des assurances du canton de Vaud. Dans cette procédure, X. a été mise au bénéfice de l'assistance judiciaire et représentée successivement par trois avocats, dont Me Z. en dernier lieu. Le Tribunal des assurances du canton du Vaud a rejeté ce recours, son jugement n'ayant ensuite fait l'objet d'aucun recours. Sept ans après la notification de l'arrêt de la deuxième instance cantonale, Madame X. a déposé une demande de rente d'invalidité de la prévoyance professionnelle auprès de la Caisse de pension de l'Etat de Vaud (CPEV). La caisse a reconnu une invalidité définitive à 100%, mais a invoqué la prescription. Ce rejet a par la suite été confirmé par le Tribunal cantonal du canton de Vaud et le Tribunal fédéral (cause 9C\_94/2012). Une année après le jugement du Tribunal fédéral, X. a ouvert action contre Me Z., concluant au paiement de près de CHF 1,5 mio., correspondant essentiellement aux prestations d'invalidité en faveur de X. et de trois enfants. X. reprochait à Me Z. une mauvaise exécution du mandat. Il ne l'aurait pas informé de ses droits à l'obtention de prestations d'invalidité de la part de la CPEV et n'aurait pas entrepris les démarches nécessaires auprès de cette caisse afin d'interrompre la prescription. La Chambre

patrimoniale cantonale du canton de Vaud a rejeté la demande en niant la légitimation passive de Me Z. En tant qu'avocat d'office, ce dernier ne serait pas tenu envers X. de réparer le dommage et que, le cas échéant, il appartiendrait à l'Etat de Vaud d'assumer cette responsabilité. A titre subsidiaire, la Chambre patrimoniale a jugé que d'éventuelles prétentions en dommages-intérêts à l'encontre de l'avocat seraient de toute façon prescrites. Cet arrêt a été confirmé par le Tribunal cantonal vaudois. X. a interjeté un recours en matière civile contre ce jugement, admis par le Tribunal fédéral.

## **B. Le droit**

Sur le fond, la question centrale concerne la responsabilité de l'avocat d'office.

Selon la cour cantonale, l'avocat d'office accomplit une tâche étatique et doit dès lors être considéré comme un agent public au sens de l'art. 61 al. 1 CO et de l'art. 3 al. 3 ch. 13 de la loi vaudoise sur la responsabilité de l'Etat, des communes et de leurs agents (LRECA/VD ; RS/VD 170.11). Partant, la responsabilité pour les dommages que l'avocat d'office est susceptible de causer en violation de ses devoirs est régie par les art. 4 ss LRECA/VD, en particulier l'art. 5 LRECA/VD aux termes duquel l'agent n'est pas personnellement tenu envers la victime de réparer le dommage (**c. 3**).

Le Tribunal fédéral rappelle ensuite sa jurisprudence concernant la situation juridique de l'avocat d'office : entre ce dernier 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 (ATF 132 I 201 c. 7.1, p. 205 ; 122 I 322 c. 3b, p. 325 ; cf. également ATF 131 I 217 c. 2.4, p. 220). Ce lien de droit public entre l'avocat d'office et la collectivité publique n'implique pas nécessairement que le droit public régisse également les rapports entre l'avocat d'office et la personne qu'il assiste sur mandat de la collectivité publique (cf. ATF 60 I 12 c. 1, p. 17). Avec la doctrine majoritaire, le Tribunal fédéral admet au contraire que ces rapports-ci sont soumis au droit privé. Il s'ensuit qu'envers la personne qu'il assiste, l'avocat d'office répond d'un éventuel défaut de diligence sur la base du droit privé (cf. ATF 87 II 364 c. 1, p. 368 s.) (**c. 3.1**).

Le Tribunal fédéral examine ensuite si le droit cantonal peut déroger à ce régime et prévoir une responsabilité exclusive de l'Etat en cas de mauvaise exécution du mandat par l'avocat d'office (cf. ATF 127 III 248 c. 1b, p. 251 s.). Notre Haute Cour rappelle à ce sujet l'art. 61 al. 1 CO selon lequel la législation cantonale peut déroger aux dispositions de droit privé fédéral en ce qui concerne la responsabilité encourue par des fonctionnaires et employés publics pour le dommage et le tort moral qu'ils causent dans l'exercice de leur charge (cf. ATF 111 II 149 c. 2a, p. 151). Le but de cette disposition est de permettre au canton de protéger ses

employés face à des prétentions injustifiées de tierces personnes. Est concernée toute personne qui, même sans être au service de l'Etat, est investie d'attributions de droit public (ATF 96 II 45 ; 127 III 538 c. 4a, p. 539) (c. 3.2.1).

L'avocat d'office, au même titre que l'avocat de choix, exerce une activité qui consiste à défendre, en toute indépendance, les intérêts d'un justiciable dans le cadre d'une procédure devant les autorités judiciaires. Comme l'avocat choisi, il est mandaté pour sauvegarder les intérêts particuliers d'un justiciable déterminé et pour rien d'autre. Le Tribunal fédéral admet que le mandat d'office est certes donné par la collectivité publique afin de garantir l'égalité des parties dans le procès, ce qui est non seulement dans l'intérêt du bénéficiaire de l'assistance judiciaire, mais aussi dans l'intérêt public. Cependant, cela ne signifie pas pour autant que l'avocat d'office, en pratique généralement proposé par la partie qui entend requérir l'assistance judiciaire, ait par rapport à cette partie un autre rôle que s'il était avocat de choix. Le Tribunal fédéral se pose même la question de savoir si l'égalité des parties ne commande pas la représentation par un avocat personnellement responsable tant pour la partie au bénéfice de l'assistance judiciaire que pour la partie économiquement en mesure de mandater elle-même un avocat, afin d'éviter le sentiment chez la première d'avoir un défenseur éventuellement moins intéressé à faire preuve de toute la diligence nécessaire. Indépendamment de cette question de politique juridique, le Tribunal fédéral relève que, même si l'avocat commis d'office a un mandat public en faveur d'une tierce personne, la bénéficiaire de l'assistance judiciaire, il ne se trouve pas dans un rapport de subordination quelconque face à la collectivité publique qui l'a mandaté. Celle-ci ne saurait par conséquent lui donner d'instructions sur la manière d'exercer le mandat confié. L'avocat d'office n'est pas non plus soumis à une surveillance différente de celle à laquelle il serait soumis en tant qu'avocat de choix. Le fait qu'il reçoive, le cas échéant, des honoraires réduits est sans pertinence pour la question de savoir si le droit cantonal peut déroger au régime prévu par l'art. 61 al. 1 CO. Ceci d'autant plus que ces honoraires doivent être fixés de façon à couvrir tous les frais généraux de l'avocat d'office, dont font partie les coûts de l'assurance responsabilité civile professionnelle (cf. ATF 137 III 185 c. 5.4, p. 190) (c. 3.2.1).

Le Tribunal fédéral précise également que le rôle de l'avocat d'office se différencie fondamentalement de celui du notaire. Ce dernier accomplit des actes de puissance publique, par exemple lorsqu'il établit un acte authentique. Il est alors un officier public dont les relations avec ses clients relèvent du droit public. Le Tribunal fédéral admet que le notaire exerce également d'autres activités, par exemple de conseil, qui ressortent au droit privé. Mais il rappelle que la distinction entre ces deux types d'activités peut se révéler difficile. Ainsi, l'instrumentation d'un acte authentique est souvent liée à une activité de conseil juridique fournie aux parties à l'acte. Un régime de responsabilité uniforme du notaire peut alors être souhaitable. C'est pourquoi le Tribunal fédéral a admis que les

cantons étaient habilités, en vertu de l'art. 6 CC, à régler la responsabilité des notaires pour l'ensemble de leurs activités, tant celles relevant du droit public que celles relevant du droit privé (cf. ATF 126 III 370 c. 7, p. 372 ss). Cependant, à la différence du notaire qui est en premier lieu un officier public, l'avocat, le plus souvent, agit principalement dans le cadre de mandats privés. Et lorsqu'il est commis d'office, il ne devient pas un officier public. Il a certes une qualité officielle (*obligkeitliche Bestellung*; cf. art. 395 CO) et remplit une tâche d'intérêt public, mais il n'est pas une personne investie d'attributions de droit public (*hoheitliche Amtsverrichtung*). C'est pourquoi le Tribunal fédéral conclut que sous le droit antérieur à l'entrée en vigueur de la Loi fédérale sur la libre circulation des avocats (Loi sur les avocats; LLCA), les cantons ne pouvaient pas exclure la responsabilité civile personnelle de l'avocat d'office. Notre Haute Cour pouvait laisser ouverte une autre question, celle de savoir si les cantons avaient la compétence pour introduire, par le biais du droit cantonal, une responsabilité du canton en sus de celle de l'avocat d'office découlant du droit privé fédéral (c. 3.2.1).

Selon le Tribunal fédéral, l'entrée en vigueur de la LLCA au 1<sup>er</sup> juin 2002 n'a rien changé à cet égard. A teneur de l'art. 12 let. b LLCA, l'avocat inscrit au barreau exerce son activité professionnelle non seulement en toute indépendance et en son nom personnel, mais également sous sa propre responsabilité. Ces exigences s'appliquent sans restriction aux causes dans lesquelles l'avocat a été commis d'office. En vertu de la force dérogoratoire du droit fédéral, le caractère exhaustif de l'art. 12 LLCA s'oppose ainsi à toute réglementation cantonale qui exclurait la responsabilité personnelle pour le préjudice causé par un manque de diligence lors de l'exécution du mandat d'office (c. 3.2.2).

En conclusion, l'avocat d'office, même s'il exerce une tâche d'intérêt public, n'est pas un agent public au sens de l'art. 61 al. 1 CO. Conformément à l'art. 49 Cst., le droit cantonal ne peut donc pas déroger au droit privé fédéral, en excluant la responsabilité civile personnelle de l'avocat d'office par rapport à la personne bénéficiaire de l'assistance judiciaire. C'est donc en violation du droit fédéral que la cour cantonale a nié la légitimation passive de Me Z. (c. 3.3).

Comme le Tribunal fédéral n'était pas en mesure de se prononcer sur la prétention en dommages-intérêts de la recourante, il a renvoyé la cause à l'autorité précédente pour suite de la procédure (c. 4).

### III. Analyse

Par cet arrêt, le Tribunal fédéral tranche (enfin) une controverse doctrinale vieille de plusieurs décennies.

Selon l'avis de GAUTSCHI Georg (*Berner Kommentar*, Berne 1971, art. 394 CO N 30a), l'Etat octroie à l'avocat d'office un mandat en faveur du justiciable indigent. Bien que son mandat soit soumis à des règles particulières – désignation officielle, restriction du droit de répudier, rémunération – , l'avocat d'office répond à l'égard de son client de la bonne et fidèle exécution de ses obligations en vertu du droit privé, en particulier de l'art. 398 CO. D'autres auteurs défendent également l'existence d'un mandat de droit privé entre l'avocat d'office et l'assisté, sans nécessairement reprendre à leur compte la figure du mandat pour autrui, et en réservant parfois l'application du droit public aux cas dans lesquels l'assistance d'un conseil juridique est imposée au justiciable, par exemple d'une défense pénale obligatoire (art. 130 CPP ; FELLMANN Walter, *Kommentar zum Anwaltsgesetz*, Zurich 2011, art. 12 LLCA N 145 s. ; FELLMANN Walter, *Berner Kommentar*, Berne 1992, art. 394 CO N 146 s. ; VALTICOS Michel, *Commentaire romand, Loi sur les avocats*, Bâle 2010, art. 12 LCCA N 252).

Selon un autre courant doctrinal, l'avocat d'office, nanti d'une tâche étatique, qui ressort au droit public cantonal, ne contracte aucun mandat de droit privé avec la personne qu'il assiste (GEISER Thomas, in : *Bundesgerichtsgesetz*, Niggli et al. (éd.), 2<sup>e</sup> éd., Bâle 2011, art. 64 LTF N 34 ; MAILLARD Marcel, in : *Praxiskommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren (VwVG)*, Waldmann / Weissenberger (éd.), 2<sup>e</sup> éd., Zurich 2016, art. 65 PA N 40). Pour les tenants de cette thèse, la responsabilité que l'avocat d'office assume à l'égard du bénéficiaire de l'assistance judiciaire se mesure à l'aune des règles applicables à la responsabilité de l'Etat et de ses agents publics, que réservent les art. 59 CC et 61 CO (comp. TERCIER Pierre/BIERI Laurent/CARRON Blaise, *Les contrats spéciaux*, 5<sup>e</sup> éd., Zurich 2016, N 4771 : « La soumission des activités au droit public peut notamment avoir une importance en ce qui concerne la responsabilité [...] » ; ZEN-RUFFINEN Piermarco, *Assistance judiciaire et administrative : les règles minima imposées par l'article 4 de la Constitution fédérale*, JT 1989 I p. 53 s. ; WESSNER Pierre, *La responsabilité professionnelle de l'avocat au regard de son devoir général de diligence*, RJN 1986 p. 15 ss.).

Avant l'arrêt sous revue, la jurisprudence du Tribunal fédéral n'apportait pas plus de clarté. Dans l'ATF 87 II 364 c. 1, notre Haute Cour a admis – en se référant à l'opinion de GAUTSCHI, mais sans examiner le fond de la question, dès lors que celle-ci n'était plus contestée devant lui – que l'avocat d'office répondait à l'égard de l'assisté en vertu des prescriptions applicables au contrat de mandat (art. 398 CO). A d'autres occasions, alors que la responsabilité de l'avocat d'office n'était pas en jeu, il a également évoqué l'existence d'un mandat privé entre le bénéficiaire de l'assistance et l'avocat d'office, s'établissant en parallèle de la relation de droit public qui lie celui-ci à l'Etat (ATF 60 I 12 c. 1 ; TF 5A\_175/2008 du 8 juillet 2008 c. 5.2). Mais, à d'autres occasions, il a répété que l'avocat d'office n'accepte aucun mandat de droit privé (ATF 95 I 409 c. 4 ; TF 5D\_145/2007 du 5 février 2008 c. 1.1 ; TF 4A\_391/2008 du 25 novembre 2008 c. 1.1).

La clarification était donc attendue avec une certaine impatience. Est-ce qu'elle va dans le bon sens ?

Il est vrai que la thèse selon laquelle l'avocat d'office accomplit une tâche étatique et doit dès lors être considéré comme un agent public au sens de l'art. 61 al 1 CO ne manque pas d'arguments. En effet, entre l'Etat et l'avocat qu'il désigne s'établit un rapport de droit public en vertu duquel le second accomplit, pour le compte du premier – débiteur de l'assistance judiciaire –, une tâche publique au service de l'assisté. Certes, l'avocat d'office ne reçoit de l'Etat aucune directive quant à l'exécution de sa mission. Il n'en demeure pas moins qu'il est lié par les limites du mandat qui lui a été assigné et qu'il est soumis à la surveillance de l'autorité qui l'a désigné, d'office ou sur requête.

De plus, la construction juridique qui consiste à retenir, en parallèle du rapport de droit public avec l'Etat, l'existence d'un contrat de mandat de droit privé entre l'avocat d'office et son client peut paraître artificielle. L'avocat ne peut pas refuser sa désignation en qualité de conseil d'office (cf. art. 12 let. g LLCA) ; il doit se satisfaire de l'indemnité prévue par le tarif cantonal (cf. ATF 137 III 185) et il lui est interdit de convenir avec son client du versement d'un honoraire supplémentaire. Quant au requérant, il ne peut exiger que l'avocat de son choix lui soit désigné, même si en pratique, les préférences de l'assisté sont, dans la mesure du possible, prises en considération. Dans ces conditions, la liberté contractuelle, fondement de tout rapport contractuel, se voit amputée de plusieurs de ses composantes essentielles. En outre, le contrat de mandat doit impérativement pouvoir être révoqué ou répudié en tout temps (art. 404 al. 1 CO ; MÜLLER Christoph, *Contrats de droit suisse*, Berne 2012, N 2079 ss). Pourtant, seule l'autorité est en mesure de mettre fin au mandat d'assistance judiciaire, le cas échéant à la requête de l'avocat ou de la partie assistée. Ici encore, une prérogative caractéristique du contrat de mandat fait défaut.

La décision du Tribunal fédéral est malgré tout justifié, mais moins pour des raisons dogmatiques que de politique juridique. Notre Haute Cour pose d'ailleurs la question suivante dans son arrêt (c. 3.2.1) : l'égalité des parties ne commande-t-elle pas la représentation par un avocat personnellement responsable tant pour la partie au bénéfice de l'assistance judiciaire que pour la partie économiquement en mesure de mandater elle-même un avocat, afin d'éviter le sentiment chez la première d'avoir un défenseur éventuellement moins intéressé à faire preuve de toute la diligence nécessaire ?

Poser la question est y répondre. Du point de vue de l'assisté, rien ne justifie que l'avocat d'office n'encoure pas la même responsabilité civile personnelle en cas de violation de son devoir de diligence que l'avocat de choix. Au contraire, d'un point de vue purement financier, les mandats d'office sont en règle générale nettement moins attractifs pour l'avocat que les mandats librement confiés. Renforcer ce désavantage par une régime de

responsabilité considérablement allégé, reviendrait à davantage fragiliser la position de l'assisté.

Par cet arrêt, le Tribunal fédéral renverse, sans la nommer, la jurisprudence de la Cour civile du Tribunal cantonal vaudois, qui considérait depuis un jugement du 18 mai 2011 (affaire 73/2011/FAB) que l'art. 3 al. 1 ch. 13 de la LRECA/VD (RS/VD 170.11) s'appliquait aux avocats d'office désignés par l'Etat pour représenter les intérêts d'une partie dans le cadre non seulement d'une procédure pénale, mais également une procédure civile. Le Tribunal cantonal considérait, en effet, que l'institution de l'assistance judiciaire présentait bien le caractère d'un service d'intérêt général, de sorte que l'activité publique qui s'y rattachait entrait dans le champ d'application de la LRECA/VD, qui vise également, au vue de la disposition précitée, les personnes privées chargées de tâches de droit public.

Cet arrêt aura finalement un effet direct sur d'autres cantons. En Valais par exemple, la collectivité tenue au financement assume une responsabilité primaire pour les actes illicites commis par le conseil d'office dans l'exercice de ses fonctions et dispose d'un droit de recours contre lui (art. 13 de la loi du 11 février 2009 sur l'assistance judiciaire [LAJ/VS ; RS/VS 177.7] ; GAPANY Pierre, *Assistance judiciaire et administrative dans le canton du Valais*, RVJ 2000, p. 134).