

FRANÇOIS BOHNET

Dr en droit, avocat, LL.M.

Professeur à l'Université

de Neuchâtel

CONSULTATION

concernant l'exécution personnelle des mandats d'office et d'assistance judiciaire par les avocats, respectivement l'étendue des possibilités de délégation de certaines tâches relatives à ce mandat à des associés, collaborateurs et des stagiaires de l'avocat nommé

Rendue le 23 juillet 2021

Table des matières

A.	Objet du présent avis.....	3
B.	Obligation de l’avocat d’accepter les défenses d’office et les mandats d’assistance judiciaire	3
C.	La rémunération de la défense d’office et de l’assistance judiciaire	5
D.	L’exécution personnelle du mandat et ses limites en général.....	6
E.	Indemnisation des heures effectuées par un tiers dans un dossier d’assistance judiciaire ou de défense d’office	8
a.	Activités effectuées par un stagiaire	8
b.	Activités effectuées par un avocat collaborateur	11
c.	Activités effectuées par un avocat associé.....	13
F.	Conclusion	16

A. Objet du présent avis

Le soussigné est consulté par Me Nicolas Gillard, Bâtonnier de l'Ordre des avocats vaudois (OAV), sur la question de l'exécution personnelle des défenses d'office (art. 132 ss CPP) et des mandats d'assistance judiciaire (art. 117 ss CPC).

La problématique traitée dans le présent avis est celle de la possibilité, pour un avocat nommé en tant que défenseur d'office ou en tant qu'avocat d'une partie bénéficiant de l'assistance judiciaire gratuite, de déléguer certaines tâches à des collaborateurs ou des stagiaires au sein de son Etude. Se pose notamment la question de savoir si, et dans quelle mesure, le juge saisi de la cause peut réduire la note d'honoraires pour les activités que l'avocat aura déléguées à ses auxiliaires.

B. Obligation de l'avocat d'accepter les défenses d'office et les mandats d'assistance judiciaire

Aux termes de l'art. 12 let. g LLCA, dans le cadre des règles professionnelles, 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* ». Cette obligation professionnelle est une contrepartie du monopole de représentation en justice dont bénéficie l'avocat (NOVIER, Précisions sur le mandat d'office, in : Plaidoyer 5/2016, p. 27). L'avocat est ainsi tenu d'accepter la défense d'office, sauf motifs exceptionnels (art. 12 let. g LLCA). Constituent notamment des motifs exceptionnels de refus de la défense d'office les cas dans lesquels l'avocat désigné est proche de cesser son activité d'avocat, les cas dans lesquels il est empêché, p.ex. pour cause de maladie, ou encore simplement à cause d'une surcharge temporaire de travail, lorsqu'il lui est impossible d'intervenir à temps ou de consacrer le temps nécessaire à la défense (Coro-HARARI/JAKOB/SANTAMARIA, 2^{ème} éd., Bâle 2019, art. 133 CPP, N 2 ; FELLMANN, Anwaltsrechts, 2^{ème} éd., Berne 2017, N 473).

La spécificité des mandats concernés est que l'avocat est nommé par l'autorité (BOHNET/MARTENET, Droit de la profession d'avocat, Berne 2009, N 1642), de sorte que c'est une relation de droit public qui lie l'Etat et l'avocat dans ce contexte alors que les

rapports restent de droit privé entre l'avocat d'office et la personne qu'il assiste (ATF 143 III 10, consid. 3.1 ; ATF 132 V 200, consid. 5.1.4 ; FELLMANN, *op. cit.*, N 475 ; Kommentar BGFA-FELLMANN, art. 12 LLCA, N 144 ; Coro-TAPPY, art. 118 CPC, N 20). La doctrine relève toutefois les incertitudes qui pèsent encore sur la nature de l'assistance judiciaire, en particulier la nature contractuelle, au sens de l'art. 398 CO, ou délictuelle, de la responsabilité de l'avocat dans ce contexte ou encore s'agissant de la nature tripartite de la relation entre l'Etat, l'avocat et le client (HOFFMANN, La responsabilité de l'avocat d'office, ATF 143 III 10, in : Revue de l'avocat 5/2017, p. 219).

L'avocat nommé et rémunéré par l'Etat a ainsi les mêmes devoirs professionnels que pour n'importe quel client, en particulier celui de remplir sa mission avec diligence. En conséquence, il est exclu que l'avocat puisse justifier une défense de « *second choix* » en raison de la défense d'office ou de l'assistance judiciaire (CHAPPUIS/GURTNER, La profession d'avocat, Genève/Zürich/Bâle 2021, p. 86, N 311 ; NOVIER, *op. cit.*, p. 27)

Ainsi, l'acte de désignation de l'avocat est en général une décision (Coro-TAPPY, art. 119 CPC, N 12 ; Coro-HARARI/JAKOB/SANTAMARIA, art. 133 CPP, N 2) et l'Etat doit assurer une certaine surveillance s'agissant de l'activité déployée par l'avocat (BOHNET/MARTENET, *op. cit.*, N 1645). Cette surveillance ne peut toutefois pas consister en des instructions s'agissant de la manière dont le mandat confié sera géré ; un quelconque lien de subordination entre la collectivité publique et l'avocat étant absent (ATF 143 III 10, consid. 3.2.1).

Parmi les différences entre un mandat purement privé et un mandat confié par l'Etat, l'on relève en particulier que ni le mandataire, ni le client ne peuvent mettre fin au mandat immédiatement et sans raison (ATF 131 I 217, consid. 2.4 ; BB.2019.207, consid. 4.5.1 ; Coro- HARARI/JAKOB/SANTAMARIA, art. 134 CPP, N 12 ; HOFFMANN, *op. cit.*, p. 220), comme c'est le cas en présence d'un mandat de pur droit privé (art. 404 CO).

Par ailleurs, la rémunération de l'avocat est également déterminée par l'autorité en charge de l'affaire (TF 6B_659/2017, arrêt du 6 mars 2018, consid. 2.1).

C. La rémunération de la défense d'office et de l'assistance judiciaire

L'avocat agissant en tant que mandataire d'office a droit au remboursement des débours et à une indemnité qui tend à compenser les honoraires qu'il perçoit habituellement, lorsqu'il plaide aux frais de son client et non sur mandat de l'Etat.

Le montant de l'indemnité obtenue est fixé par le droit cantonal (ATF 141 I 70, consid. 6.1 ; TF 9C_295/2015, arrêt du 10 novembre 2015, consid. 2.1). En général, celui-ci tend vers le montant admis par la jurisprudence, lequel se monte en principe à minimum CHF 180.00 par heure selon le Tribunal fédéral (ATF 132 I 201, consid. 8.7 ; BOHNET/MARTENET, *op. cit.*, N 1758-1759 ; NOVIER, *op. cit.*, p. 27), voire un peu plus dans certains cantons (cf. p.ex. ATF 139 IV 261, consid. 2.3 : entre CHF 210.00 et 270.00 aux Grisons), une rémunération forfaitaire étant en principe admise (ATF 143 IV 453 c. 2.5.1 ; cf. en détails : BOHNET, Limites à l'admissibilité du forfait pour l'avocat d'office, in : Revue de l'avocat 1/2016, p. 28, en commentaire des arrêts suivants : ATF 141 I 124 et TF 5A_157/2015, du 12 novembre 2015). Ce tarif est toutefois le plus souvent inférieur au tarif appliqué par l'avocat à ses clients privés (Kommentar BGFA-FELLMANN, art. 12 LLCA, N 143). Le cas échéant, il est parfois douteux que l'avocat perçoive réellement une rémunération convenable pour son travail, raison pour laquelle la jurisprudence précitée demeure critiquée par une partie de la doctrine, qui estime qu'elle fait supporter une partie des coûts de l'assistance sur les avocats (cf. également récemment sur le tarif appliqué aux heures d'un stagiaire à Genève : TF 6B_1410/2017, arrêt du 15 juin 2018, consid.5). L'avocat commet une faute professionnelle s'il facture des honoraires au client qui se trouve au bénéfice de l'assistance judiciaire (CHAPPUIS/GURTNER, *op.cit.*, p. 89 N 321 ; TF 2C_640/2020, arrêt du 1^{er} décembre 2020, consid. 5.2, dans une affaire vaudoise).

Les autorités cantonales disposent d'une large marge d'appréciation pour la fixation de la rémunération due à l'avocat d'office ; elles le font en principe en se fondant sur un tarif figurant dans le droit cantonal (cf. *infra* pour des exemples). Lorsque l'avocat dépose une note d'honoraires pour légitimer son activité, les autorités cantonales sont fondées à réduire le montant de l'indemnité si la note apparaît excessive (cf. pour des exemples :

TF 8C_426/2018, arrêt du 10 août 2018 ; TF 8C_833/2015, arrêt du 10 mars 2016 ; TF 5D_145/2007, arrêt du 5 février 2008).

D. L'exécution personnelle du mandat et ses limites en général

Les mandataires sont en principe tenus à l'**exécution personnelle** du mandat (art. 398 al. 3 CO qui constitue une *lex specialis* par rapport à l'art. 68 CO ; FELLMANN, *op. cit.*, p. 429). Cette disposition est immédiatement nuancée par les trois cas de **substitution** licites qui sont mentionnés à l'art. 398 al. 3 CO ainsi que par le fait que le **recours à des auxiliaires** n'est pas exclu par l'exécution personnelle du mandat.

En effet, il est très largement reconnu qu'un avocat puisse recourir aux services d'un auxiliaire (BOHNET/MARTENET, *op. cit.*, N 2662 ; SCHILLER, Schweizerisches Anwaltsrecht, Genève, Zürich, Bâle 2013, p. 122ss et 300ss), dont il répond des actes comme des siens propres (art. 101 CO). L'auxiliaire aide le mandataire mais ne le remplace pas (BOHNET/MARTENET, *op. cit.*, N 2663 et 2672). Seules les missions qui sont confiées au mandataire en raison de ses compétences personnelles ne peuvent en principe pas être déléguées (CHAPPUIS/GURTNER, *op. cit.*, p. 443, N 1825). Cependant, même dans cette dernière circonstance, l'avocat peut recourir aux services usuels de certains auxiliaires (secrétaire, etc.). La délégation de tâches à des auxiliaires juridiques est en général conditionnée à la direction et à la supervision du mandataire choisi par le client (FELLMANN, *op. cit.*, p. 430).

CHAPPUIS/GURTNER relèvent à juste titre que le recours à des auxiliaires est de plus en plus fréquent dans l'économie moderne (CHAPPUIS/GURTNER, *op. cit.*, p. 444, N 1825), ce à quoi l'on peut ajouter que ce recours est tout aussi sollicité dans les études d'avocats, dans lesquelles la quantité et l'importance des dossiers impliquent forcément une répartition des tâches à l'interne entre l'avocat associé d'une part, et ses auxiliaires d'autre part, qu'ils soient stagiaires ou collaborateurs.

A cet égard, c'est avant tout au mandant d'accepter ou non la délégation de certaines tâches aux auxiliaires de l'avocat, étant précisé que les parties peuvent tout à fait prévoir une exigence stricte d'exécution personnelle du mandat (CHAPPUIS/GURTNER, *op. cit.*, p.

444, N 1826) ou, à tous le moins, que certaines tâches soient spécifiquement réalisées par le mandataire, comme la présence à certaines audiences.

Il y a lieu de distinguer le recours à un auxiliaire de l'institution de la substitution (cf. en détails sur ce point : FELLMANN, *op. cit.*, p. 431ss), bien que la distinction puisse parfois s'avérer difficile en pratique (cf. pour un exemple de la réflexion à mener pour distinguer les deux situations dans un cas concret : TF 4A_512/2019, arrêt du 12 novembre 2020, consid. 3.3-3-5). A l'inverse de l'auxiliaire, le substitut est nécessairement indépendant du mandataire ; il agit comme sous-mandataire, sous sa propre responsabilité et se substitue au mandataire pour tout ou partie de l'exécution du mandat, sans que le second dirige ou supervise l'exécution du mandat (BOHNET/MARTENET, *op. cit.*, N 2672 ; CHAPPUIS/GURTNER, *op. cit.*, p. 444, N 1828 ss).

L'accord du client est obligatoire pour un tel transfert (substitution autorisée), à moins que l'on se trouve en dans le cas d'une substitution imposée par les circonstances ou autorisée par l'usage (cf. art. 398 al. 3 *in fine* CO ; TF 4A_512/2019, arrêt du 12 novembre 2020, consid. 3.2 ; BOHNET/MARTENET, *op. cit.*, N 2677-2684 ; FELLMANN, *op. cit.*, p. 430). Sous l'angle de la responsabilité du mandataire, elle se limite, en cas de substitution, aux instructions données au sous-mandataire et au soin avec lequel celui-ci a été choisi, alors qu'elle est pleine et entière pour les auxiliaires (cf. BOHNET/MARTENET, *op. cit.*, N 2663).

Selon le Tribunal fédéral, la transmission d'un dossier non pas à un stagiaire ou un collaborateur, mais à un associé de la même étude constitue le plus souvent un cas de substitution (cf. en ce sens : ATF 141 I 70, consid. 6, RSPC 4/2015, p. 313 ss avec note du soussigné ; TF 4A_407/2007, arrêt du 14 mars 2008, consid. 3 ; TF 4P.317/2001, arrêt du 28 février 2002, consid. 5). Cela n'est toutefois pas le cas lorsqu'il constitue une équipe au sein de son étude sous sa supervision, dans laquelle un autre associé participe (CHAPPUIS/GURTNER, *op. cit.*, p. 445, N 1829). Comme le soussigné le relevait déjà en note de bas de page, un examen des spécificités de chaque cas est nécessaire (BOHNET/MARTENET, *op. cit.*, N 2664, nbp 239) ; **c'est en réalité la question de savoir si l'avocat assure encore la direction et la supervision du dossier qui est pertinente.**

CHAPPUIS/GURTNER relèvent en outre que la distinction n'est toutefois pas pertinente lorsque le mandat est confié à l'ensemble des associés d'une société en nom collectif ou à une SA d'avocats, dans laquelle tous les associés sont des auxiliaires de la SA (CHAPPUIS/GURTNER, *op. cit.*, p. 445, N 1831 ; FELLMANN, *op. cit.*, p. 430.).

E. Indemnisation des heures effectuées par un tiers dans un dossier d'assistance judiciaire ou de défense d'office

A l'examen de la jurisprudence, il apparaît que les juges reprennent – parfois de manière tacite, parfois de manière explicite – la distinction décrite dans le chapitre précédent, à savoir celle opposant le travail des auxiliaires d'une part et celui des substituts d'autre part, dans le cadre de l'examen des notes d'honoraires déposées par les avocats d'office, respectivement à l'assistance judiciaire.

a. Activités effectuées par un stagiaire

S'agissant des stagiaires, on se trouve systématiquement en présence d'un lien de subordination avec l'avocat indépendant auprès duquel le stage est effectué. Le mandat d'office est attribué à l'avocat, lequel peut déléguer des tâches à ses stagiaires, dont les honoraires devront être indemnisés par l'Etat, généralement à un tarif horaire réduit (art. 2 RAJ/VD ; art. 16 RAJ/GE ; art. 22 LAJ/NE). Les stagiaires agissent au nom et sous la responsabilité de l'avocat chez lequel ils accomplissent leur stage (art. 28 LPAV/VD ; art. 33 LPAV/GE ; art. 12 Lav NE).

Dans la mesure où il est clairement admis que les avocats stagiaires peuvent agir pour leur maître de stage, le Tribunal fédéral s'est déjà penché à plusieurs reprises sur la rémunération adéquate de leurs activités. Il a en particulier considéré que le tarif horaire ne pouvait être le même que pour un avocat breveté (ATF 137 III 185, consid. 6), indiquant également que le tarif vaudois prévoyant une indemnisation à hauteur de CHF 110.00 ne prêtait pas le flanc à la critique (TF 6B_810/2010 du 25 mai 2011, consid.

2.4), pas davantage que le tarif genevois à CHF 65.00 (TF 6B_1410/2017, arrêt du 15 juin 2018, consid.5 ; TF 6B_659/2017, arrêt du 6 mars 2018, consid. 2.1).

Aussi, le simple fait que la plupart des cantons prévoient dans leur législation un tarif spécifique pour les avocats stagiaires démontre que leurs activités doivent être rémunérées si elles sont utiles à la défense de la personne au bénéfice de l'assistance judiciaire ou de la défense d'office. La situation dans quelques cantons suisses est la suivante :

- Dans le canton du Jura, il existe une Ordonnance fixant le tarif des honoraires du 19 avril 2005 (RS/JU 188.61), lequel « *détermine la rémunération des avocats appelés à assumer un mandat dans le cadre de l'assistance judiciaire gratuite ou à titre d'avocat commis d'office, ainsi que les frais de représentation et d'assistance par un avocat dus par la partie qui succombe à la partie adverse* » (art. 42 de Loi concernant la profession d'avocat du 3 septembre 2003 ; RS/JU 188.11). Selon l'Ordonnance précitée, l'avocat commis d'office ou appelé à assumer un mandat dans le cadre de l'assistance judiciaire gratuite reçoit de la caisse de l'Etat, pour son travail, les deux tiers des honoraires fixés selon le tarif horaire (art. 9 de l'Ordonnance), lequel est de CHF 270.00 pour les avocats indépendants ou collaborateurs titulaires du brevet d'avocat, respectivement de CHF 100.00 pour les avocats stagiaires (art. 7 de l'Ordonnance).
- Dans le canton de Neuchâtel, c'est la Loi sur l'assistance judiciaire du 28 mai 2019 (LAJ ; RSN 161.2) qui contient le tarif applicable aux avocats nommés par l'Etat pour l'assistance judiciaire en matière pénale, civile et administrative (art. 2 LAJ). Selon l'art. 22 LAJ, l'indemnité due à l'avocat est de CHF 180.00, de CHF 140.00 pour un mandataire professionnellement qualifié et de CHF 110.00 pour les avocats stagiaires et les médiateurs, étant précisé que seuls les avocats inscrits au rôle officiel du barreau peuvent être nommés (art. 17 LAJ).
- Dans le canton de Berne, selon l'art. 42 de la loi cantonale du 28 mars 2006 sur les avocats et les avocates (LA ; RS/BE 168.11), la rémunération des avocats et des avocates commis d'office est calculée en fonction du temps requis et n'excède

pas les honoraires fixés selon le tarif applicable au remboursement des dépens (art. 41 LA en relation avec l'art. 17 ss de l'Ordonnance du 17 mai 2006 sur le tarif applicable au remboursement des dépens ; RS/BE 168.811). Le tarif horaire pour la rémunération des avocats et des avocates commis d'office est fixé à CHF 200.00 selon l'Ordonnance du 20 octobre 2010 sur la rémunération des avocats et des avocates commis d'office (RS/BE 168.711).

- Dans le canton de Vaud, le Règlement sur l'assistance judiciaire en matière civile du 7 décembre 2010 (RAJ ; RS/VD 211.02.3), précise le tarif de l'indemnité due au conseil d'office comme suit : a. 180 francs ; b. 110 francs à l'avocat stagiaire ; c. 140 francs à l'agent d'affaire breveté ; d. 90 francs au stagiaire d'un agent d'affaires breveté. Il en est de même en matière pénale ; l'art. 26b du Tarif des frais de procédure et indemnités en matière pénale (TFIP ; RS/VD 312.03.1) renvoie au RAJ précité.
- Dans le canton de Genève, l'indemnité est fixée selon le tarif horaire suivant : CHF 200.00 pour le chef d'étude, CHF150.00 pour un collaborateur, CHF 65.00 pour un avocat stagiaire et de CHF 125.00 pour le mandataire professionnellement qualifié (art. 16 du Règlement sur l'assistance juridique et l'indemnisation des conseils juridiques et défenseurs d'office en matière civile, administrative et pénale du 28 juillet 2010, RAJ ; RS/GE E 2 05.04).
- La législation fribourgeoise est particulièrement intéressante à cet égard. S'agissant de l'indemnité due au défenseur d'office en matière civile ou pénale, le Règlement sur la justice du 30 novembre 2011 (RJ ; RS/FR 130.11), prévoit ce qui suit (mise en évidence du soussigné) : « *En cas de fixation sur la base d'une liste de frais détaillée, l'indemnité horaire est de 180 francs. **Si l'affaire a été essentiellement traitée par un ou une stagiaire**, les opérations qu'il ou elle a menées sont rémunérées sur la base d'une indemnité horaire de 120 francs; la liste de frais indique quelles opérations ont été menées par des stagiaires* ».

- Dans le canton de Bâle-Campagne, les avocats stagiaires doivent demander une autorisation de substitution pour comparaître devant les Tribunaux du canton (art. 6 Anwaltsgesetz du 25 octobre 2001 ; RS/BL 178). Alors que le tarif horaire est de CHF 200.00 pour la défense d'office dans ce canton (art. 3 Tarifordnung für die Anwältinnen und Anwälte ; RS/BL 178.112), cette indemnité est fixée entre 1/3 et 2/3 de ce montant pour les activités de l'avocat stagiaire.

L'examen des dispositions qui précèdent démontre que le travail d'un stagiaire doit être indemnisé, même si c'est son maître de stage qui a été nommé avocat d'office et même si l'affaire a été essentiellement traitée par l'avocat stagiaire. A notre connaissance, le Tribunal fédéral n'a jamais critiqué une note d'honoraire (respectant le tarif applicable) au motif que certaines ou la plupart des activités avaient été effectuées par le stagiaire de l'avocat nommé par l'autorité compétente. Cette situation s'explique à notre sens dans le lien de subordination entre le stagiaire et son maître de stage : le stagiaire ne se substitue pas à l'avocat nommé, qui reste responsable et répond en son nom. En particulier, le maître de stage assure la supervision du dossier d'assistance judiciaire qu'il confie à son stagiaire, que cela ressorte explicitement ou non de la note d'honoraires.

b. Activités effectuées par un avocat collaborateur

S'agissant des avocats collaborateurs, leur position est en principe la même que celle de l'avocat stagiaire, dans la mesure où un lien de subordination les lie à l'avocat qui les emploie et qu'ils agissent ainsi, le plus souvent, comme des auxiliaires de leur employeur (BOHNET/MARTENET, *op. cit.*, N 1336).

Lorsque l'avocat collaborateur se trouve dans cette position, il ne serait pas acceptable que les activités déployées dans le cadre d'un mandat d'assistance judiciaire ou mandat d'office confié à son employeur soient biffées de la note d'honoraires, au motif que de la nomination de l'avocat est personnelle.

Comme le relevait lui-même le Tribunal fédéral dans un arrêt du début des années 2000, il n'est pas rare que les mandats d'assistance judiciaire soient confiés en grande partie

aux soins d'un stagiaire ou d'un collaborateur, ce qui peut influencer le tarif horaire applicable : « *l'argumentation des recourants relative à la couverture nécessaire des frais généraux méconnaît que l'indemnité d'avocat d'office est fixée en fonction de la personne qui exécute effectivement le mandat, sans qu'il y ait à tenir compte de la gestion de l'étude dans son ensemble, et des rapports - d'ailleurs variables - entre le chef d'étude et ses employés. Comme le relève le Conseil d'Etat, lorsqu'un avocat délègue l'exécution d'un mandat d'office à un collaborateur ou à un stagiaire, il peut pour sa part se livrer à des activités rétribuées selon le tarif ordinaire* » (TF 1P.28/2000, arrêt du 15 juin 2000, consid. 4c, concernant un recours de l'Ordre des avocats neuchâtelois). Dans ces situations, il ne fait toutefois pas de doute que l'avocat nommé reste l'avocat employeur et que les activités de ses auxiliaires doivent être indemnisées par l'Etat.

Il faut toutefois relever que les avocats collaborateurs peuvent être mandatés personnellement et ce, en particulier dans le cadre de l'assistance judiciaire (BOHNET/MARTENET, *op. cit.*, N 1336 *in fine*). En effet, inscrit au registre cantonal des avocats, les avocats collaborateurs assurent régulièrement les mandats n'exigeant pas le même degré de spécialisation que les associés. Dans ces circonstances, les avocats collaborateurs, dont l'employeur accepte que certains mandats leur soient confiés personnellement, ne sont en principe pas soumis aux instructions de leur employeur, sous réserve d'une violation des règles professionnelles (BOHNET/MARTENET, *op. cit.*, N 1338). Ainsi, si l'avocat employeur est nommé défenseur d'office ou au bénéfice de l'assistance judiciaire mais ne devait assurer aucune supervision du dossier, la question de savoir si son collaborateur s'est substitué à lui pourrait se poser, de la même façon qu'elle se pose entre associés d'une même étude (cf. *infra* pour les associés). Dans cette configuration, il serait ainsi prudent de demander que le mandat soit transféré à l'avocat effectivement en charge du dossier.

c. Activités effectuées par un avocat associé

Dans l'arrêt de principe publié aux ATF 141 I 70, consid. 6.3, l'avocate nommée s'était substituée une autre associée de son étude et n'avait plus dirigé l'affaire, ni ne l'avait supervisée, puisqu'elle se trouvait en congé maternité (mises en évidence du soussigné) : « *Erstmals mit Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten machte die Beschwerdeführerin vor Bundesgericht im Verfahren 8C_90/2012 geltend, sie habe sich **wegen Mutterschaft** durch ihre Anwältin **substituieren lassen**, ohne jedoch zu behaupten, die Vorinstanz über die Gründe dieser Substitution bisher informiert zu haben. Der als Anwältin im Anwaltsregister eingetragenen Stellvertreterin der Beschwerdeführerin musste die Rechtslage ebenso klar sein wie der Beschwerdeführerin selber. Zwar vermochte die Substituierung der Beschwerdeführerin durch ihre Kollegin in Bezug auf das Verhältnis des vertretenen Versicherten zur Beschwerdeführerin Rechtswirkungen zu entfalten, doch änderte diese **interne büropartnerschaftliche Stellvertretungsvereinbarung ohne Bewilligung des Rechtsbeistandswechsels** durch das hier zuständige kantonale Gericht nichts am einzig zwischen Beschwerdeführerin und Vorinstanz kraft Verfügung vom 10. Dezember 2010 bestehenden öffentlich-rechtlichen Rechtsverhältnis* ».

En effet, l'avocat étant nommé personnellement (CR CPC-TAPPY, art. 122 N 8a ; NOVIER, *op. cit.*, p. 27), un changement de mandataire nécessite obligatoirement une décision du juge en charge de l'affaire (ATF 141 I 70, consid. 6.2 *in fine*), de sorte que les activités déployées par un substitut qui n'a pas été nommé, même si la délégation a été acceptée par le client, n'ont pas à être indemnisées et peuvent être soustraites de la note d'honoraires produite (ATF 141 I 70, consid. 6.5 et 6.6).

Le Tribunal fédéral n'a pas distingué clairement la situation d'un auxiliaire de celle d'un substitut. Son arrêt de principe se borne à constater que les heures effectuées par un substitut n'ont pas à être indemnisées, lorsque l'avocate nommée n'a pas pris la peine de requérir de l'autorité compétente un changement du mandataire d'office. Dans la mesure où le Tribunal fédéral admet que l'avocat stagiaire puisse assurer tout ou partie de la défense d'un prévenu, en « se substituant à » ou « en excusant » l'avocat en charge et sous la responsabilité de ce dernier (TF 6B_659/2017, arrêt du 6 mars 2018

consid. 2.1 ; TF 6B_856/2014, arrêt du 10 juillet 2015, consid. 2.1), mais sanctionne une délégation similaire par une réduction de la note d'honoraire, lorsqu'il s'agit d'un collègue de l'avocat nommé, il faut retenir que c'est bien **la question du lien de subordination et de la responsabilité assumée par l'avocat nommé** qui distingue les deux situations.

Dans une Ordonnance du 3 août 2020 de la Cour des plaintes, le Tribunal pénal fédéral s'est également penché sur la question et a retenu ce qui suit (mise en évidence ajoutée) : « ***Il n'est pas exclu qu'un défenseur d'office puisse se faire remplacer pour des actes ponctuels par un confrère*** [réf.]. *Ledit défenseur, qui n'a pas demandé la révocation de son mandat, respectivement son remplacement, ne saurait demander une créance en indemnisation pour les opérations réalisées par un autre avocat breveté, lorsqu'il a délégué la majorité, voire la totalité, de son mandat à cet autre avocat sans en faire la demande préalablement auprès de la direction de la procédure qui l'a nommé. S'il délègue de la sorte, l'avocat en tant que défenseur d'office éluderait les dispositions applicables sur sa nomination, respectivement sur sa révocation ou son remplacement. En effet, il ne saurait se libérer unilatéralement du rapport juridique soumis au droit public. Enfin, quant au cas particulier de l'avocat stagiaire, selon la jurisprudence, celui-ci peut assurer tout ou partie de la défense d'un prévenu, en «se substituant à» ou «en excusant» l'avocat en charge et sous la responsabilité de ce dernier* »(TPF BB.2019.207, ordonnance du 3 août 2020, consid. 4.5.3).

Dans une autre affaire, la Cour des plaintes soutenait déjà la même position, affirmant qu'« *il est inacceptable pour le défenseur d'office de laisser à un tiers le devoir de défendre le prévenu, alors que la tâche lui revient. En effet, si l'autorité désigne un avocat, il ne revient pas à ce dernier d'en désigner un autre pour s'occuper de la cause. En revanche, il est accepté qu'un défenseur d'office puisse se faire remplacer pour des actes ponctuels par un confrère s'il est lui-même absent* » (TPF BB.2019.43, décision du 4 septembre 2019, consid. 2.3.3). Le Tribunal pénal fédéral considérerait en outre que la délégation d'une partie du mandat pourrait avoir pour conséquence de gonfler la note d'honoraires au-delà du raisonnable (*idem*, consid. 2.3.2.1). En conséquence, dans la décision BB.2019.43 précitée, la Cour des plaintes a détaillé les différents postes pour

lesquels un collègue avait suppléé l'avocat nommé et n'a indemnisé que les heures pour lesquelles un remplacement apparaissait justifié. A titre exemplatif, les audiences et les comptes-rendus y relatifs ont été admis, de même que des réunions de coordination avec les autres mandataires de l'affaire auxquelles l'avocat nommé n'avait pas participé. Inversement, les activités relatives aux échanges avec le prévenu et le Ministère public de la Confédération n'ont pas été retenues, faute pour le mandataire concerné d'expliquer pour quelle raison il n'aurait pas pu s'en charger personnellement. Il est important de souligner qu'il apparaît, à la lecture de la décision, que de très nombreuses activités avaient été déployées par la collègue et qu'il apparaît que l'on se trouvait bien en présence d'une substitution et non de simples remplacements ponctuels.

Compte tenu des éléments qui précèdent, il faut retenir que la délégation de tâches à des avocats associés dans le cadre de la défense d'office ou de l'assistance judiciaire doit se limiter à des tâches dont l'avocat nommé peut assurer la supervision et qui constituent de simples remplacements en cas d'empêchement. A cet égard, comme lorsqu'un avocat-associé monte une équipe au sein de son étude pour un dossier et qu'il la dirige (cf. *supra*), les autres associés, membres de cette équipe, peuvent exceptionnellement être considérés comme des auxiliaires. Cette configuration ne devrait toutefois que très rarement se produire dans les dossiers d'assistance judiciaire et de défense d'office qui, tendanciellement, ne nécessitent pas un tel dispositif. Dans les autres hypothèses, comme nous le relevions ci-dessus, les avocats associés au sein d'une étude ne peuvent pas être considérés comme des auxiliaires les uns des autres, en tant qu'ils ne sont pas soumis aux instructions de leurs partenaires dans la gestion des dossiers. Ils ne peuvent ainsi remplacer leurs collègues que pour des tâches ponctuelles dans le cadre des mandats d'assistance judiciaire ou de défense d'office. Si un associé reprend tout ou partie du dossier, il incombe à l'avocat nommé de demander une modification de mandataire à l'autorité compétente, sauf à risquer une diminution de sa note d'honoraires, correspondante aux activités qu'il aura déléguées.

F. Conclusion

Compte tenu de ce qui précède, il faut retenir que la délégation de tâches à un avocat stagiaire, respectivement à un avocat collaborateur, agissant comme auxiliaires, soumis aux instructions de l'avocat nommé à l'assistance judiciaire ou comme avocat d'office et pour lequel ce dernier répond, n'est pas problématique. De l'avis du soussigné, les activités des auxiliaires ne doivent pas être réduites au motif que le mandat est confié *ad personam* ; seul le tarif est différent pour le calcul de l'indemnité afférente aux activités de ces auxiliaires, en application des réglementations cantonales pertinentes.

Une éventuelle réduction de la note d'honoraires peut tout au plus se fonder sur les mêmes motifs que ceux applicables pour les activités que l'avocat nommé a lui-même effectuées, à savoir en particulier sur l'éventuelle absence du caractère nécessaire de ces opérations.

Dans ce contexte, seule pourrait être litigieuse la situation de l'avocat collaborateur, s'il ressort des circonstances que le dossier lui a été transmis et qu'il agit désormais en son nom, s'étant substitué à son employeur et ne recevant plus d'instructions de ce dernier dans la cause en question, et non plus en tant qu'auxiliaire.

Pour les activités effectuées par un associé de l'avocat nommé par l'autorité comme défenseur d'office, la situation est différente, en ce sens que l'associé n'est pas, sauf exception, un auxiliaire. Par conséquent, les autres associés d'une même Etude doivent se borner à remplacer leur collègue pour des activités ponctuelles, la gestion du dossier devant rester aux mains de l'avocat nommé. Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, une éventuelle substitution doit faire l'objet d'une décision de l'autorité compétente, faute de quoi les honoraires peuvent être réduits à hauteur des activités qui ont été déléguées et dont la transmission à un collègue n'est pas légitimée par un motif valable, tels qu'une absence ou un autre empêchement.

* * *

Neuchâtel, le 23 juillet 2021

François BOHNET

