

RJN

RJN

Recueil
de jurisprudence
neuchâteloise

2020

Faculté de droit
de l'Université de Neuchâtel
Tribunal cantonal



Recueil
de jurisprudence
neuchâteloise

RJN

2020

Publié par la Faculté de droit de l'Université
de Neuchâtel et le Tribunal cantonal

Notice

Nous remercions Madame Léane Ecklin, assistante-doctorante à l'Université de Neuchâtel, pour l'article qu'elle a rédigé avec le soussigné de droite, intitulé « Loi neuchâteloise sur l'assistance judiciaire », Me Simon Stoeckli, notaire et avocat, pour son article « Dix ans de loi neuchâteloise sur le traitement des actes à cause de mort et actes similaires » ainsi que la Professeure Valérie Défago Gaudin et Madame Séverine Beuret, assistante-doctorante à l'Université de Neuchâtel, pour leur « Chronique neuchâteloise de droit de l'aménagement du territoire, des constructions et de l'environnement pour l'année 2020 ».

Madame Sonia Béatrix-Koleva, responsable BDJ/RJN du pouvoir judiciaire, et Madame Véronique Clément, secrétaire au greffe du Tribunal cantonal, ont assuré le traitement et la mise en forme des arrêts sélectionnés par les différentes instances judiciaires et coordonnés par la Commission BDJ/RJN du pouvoir judiciaire. Le travail de relecture et de mise en forme de l'ouvrage a été réalisé par Me Julien Broquet, avocat et collaborateur scientifique à Faculté de droit, Madame Sylvia Staehli, assistante de direction à la Faculté de droit, et Madame Carine Magne, collaboratrice administrative à la Faculté de droit, de même que par les greffiers-rédacteurs et juges du Tribunal cantonal. Qu'ils en soient chaleureusement remerciés.

Pour la Commission BDJ/RJN
des autorités judiciaires

Alain Tendon

Pour la Faculté de droit de
l'Université de Neuchâtel

François Bohnet

Tous droits réservés. Toute traduction, reproduction, représentation ou adaptation intégrale ou partielle de cet ouvrage, par quelque procédé que ce soit, et toute forme d'enregistrement sont strictement interdites sans l'autorisation expresse et écrite de l'éditeur.

CEMAJ, Faculté de droit de l'Université de Neuchâtel, Neuchâtel 2021

ISBN 978-2-940400-40-9

www.unine.ch/droit

www.rjne.ch

SOMMAIRE

Abréviations	9
Doctrine	15
François Bohnet, Léane Ecklin - Loi neuchâteloise sur l'assistance judiciaire	15
Simon Stoeckli - Dix ans de loi neuchâteloise sur le traitement des actes à cause de mort et actes similaires	47
Valérie Défago Gaudin, Séverine Beuret - Chronique neuchâteloise de droit de l'aménagement du territoire, des constructions et de l'environnement pour l'année 2020	63
Jurisprudence	93
I. Droit civil	93
1. Droit des personnes	93
2. Droit de la famille	139
3. Droit des successions	235
4. Droits réels	249
5. Droit des obligations	259
6. Procédure civile	289
II. Droit pénal	351
1. Code pénal	351
2. Circulation routière	393
3. Procédure pénale	407
III. Droit administratif	501
1. Police des étrangers	501
2. Responsabilité des collectivités publiques et de leurs agents	537
3. Fonctionnaires	541
4. Exécution des peines	563
5. Aide aux victimes d'infractions	567
6. Protection de la nature et du paysage	573

7. Marchés publics	585
8. Droit fiscal	589
9. Aménagement du territoire	625
10. Construction	631
11. Etablissements publics et spécialisés	665
12. Assurances sociales	687
13. Aide sociale	777
14. Procédure administrative	787
IV. Poursuites et faillites	793
V. Surveillance des notaires	817
Répertoire des lois	821
Répertoire des matières	863

TABLEAU DES ABREVIATIONS en droit cantonal neuchâtelois

AEMO	Accompagnement éducatif en milieu ouvert
AIMP	Accord intercantonal sur les marchés publics, du 25 novembre 1994 (RSN 601.71)
AiSLP	Autorité inférieure de surveillance des offices des poursuites et des faillites
APEA	Autorité de protection de l'enfant et de l'adulte
APMPA	Arrêté sur l'exécution des peines et des mesures pour les personnes adultes, du 28 novembre 2018 (RSN 351.01)
ARMC	Autorité de recours en matière civile
ARMP	Autorité de recours en matière pénale
ASSLP	Autorité supérieure de surveillance en matière de poursuites et des faillites
BCN	Banque cantonale neuchâteloise
CACIV	Cour d'appel civile
CANEPO	Cadastre neuchâtelois des sites pollués
CCIH	Caisse de compensation de l'Industrie Horlogère
CCIV	Cour civile
CCNAC	Caisse cantonale neuchâteloise d'assurance-chômage
CCNC	Caisse cantonale neuchâteloise de compensation

CCT Santé 21	Convention collective de travail du secteur de la santé du canton de Neuchâtel
CE	Conseil d'Etat
CDP	Cour de droit public
CMPEA	Cour des mesures de protection de l'enfant et de l'adulte
CNP	Centre neuchâtelois de psychiatrie
CPEN	Cour pénale
CPLN	Centre professionnel du Littoral neuchâtelois
CPTT	Centre de prévention et de traitement des addictions
Cst. NE	Constitution de la République et canton de Neuchâtel, du 24 septembre 2000 (RSN 101)
CUP	Centre d'urgences psychiatriques
DDTE	Département du développement territorial et de l'environnement
DEAS	Département de l'économie et de l'action sociale
DEF	Département de l'éducation et de la famille
DFS	Département des finances et de la santé
DJSC	Département de la justice, de la sécurité et de la culture
EEPB	Établissement d'exécution des peines de Bellevue
FADS	Fondation en faveur des adultes en difficultés sociales
FLSH	Faculté des lettres et sciences humaines
GSR	Guichet Social Régional

HNe	Hôpital neuchâtelois
ICD	Impôt cantonal et communal direct sur le revenu et la fortune
IFP	Inventaire fédéral des paysages, sites et monuments naturels
LACDM	Loi sur le traitement des actes à cause de mort et actes similaires, du 2 novembre 2010 (RSN 214.10)
LAF	Loi sur les aides à la formation, du 19 février 2013 (RSN 418.10)
LAJ	Loi sur l'assistance judiciaire, du 28 mai 2019 (RSN 161.2)
LAPEA	Loi concernant les autorités de protection de l'enfant et de l'adulte, du 6 novembre 2012 (RSN 213.32)
LASoc	Loi sur l'action sociale, du 25 juin 1996 (RSN 831.0)
LCAT	Loi sur l'aménagement du territoire, du 2 octobre 1991 (RSN 701.0)
LCdir	Loi sur les contributions directes, du 21 mars 2000 (RSN 631.0)
LCEn	Loi sur l'énergie, du 18 juin 2001 (RSN 740.1)
LCMP	Loi sur les marchés publics, du 23 mars 1999 (RSN 601.72)
LConstr	Loi sur les constructions, du 25 mars 1996 (RSN 720.0)
LHaCoPS	Loi sur l'harmonisation et la coordination des prestations sociales, du 23 février 2005 (RSN 831.4)
LI-LCR	Loi d'introduction des prescriptions fédérales sur la circulation routière, du 1 ^{er} octobre 1968 (RSN 761.10)
LN	Loi sur le notariat, du 26 août 1996 (RSN 166.10)
LPJA	Loi sur la procédure et la juridiction administratives, du 27 juin 1979 (RSN 152.130)

LPMPA	Loi sur l'exécution des peines privatives de liberté et des mesures pour les personnes adultes, du 24 mai 2016 (RSN 351.0)
LResp	Loi sur la responsabilité des collectivités publiques et de leurs agents, du 26 juin 1989 (RSN 150.10)
LSPC	Loi sur la sauvegarde du patrimoine culturel, du 4 septembre 2018 (RSN 461.30)
LSt	Loi sur le statut de la fonction publique, du 28 juin 1995 (RSN 152.510)
LUNE	Loi sur l'Université de Neuchâtel, du 2 novembre 2016 (RSN 416.100)
LVit	Loi sur la viticulture, du 30 juin 1976 (RSN 916.120)
OAI	Office de l'assurance-invalidité
OCAM	Office cantonal de l'assurance-maladie
OESP	Office d'exécution des sanctions et de probation
OMAT	Office du marché du travail
OPE	Office de protection de l'enfant
ORCT	Office des relations et des conditions de travail
ORP	Office régional de placement
RACN	Recensement architectural du canton de Neuchâtel
RAUN	Règlement d'admission à l'Université de Neuchâtel, du 26 mai 2008 (RSN 416.101.2)
RDU	Revenu déterminant unifié

RELCAT	Règlement d'exécution de la loi cantonale sur l'aménagement du territoire, du 16 octobre 1996 (RSN 701.02)
RELConstr	Règlement d'exécution de la loi sur les constructions, du 16 octobre 1996 (RSN 720.1)
RELFinEMS	Règlement d'exécution de la loi sur le financement des établissements médico-sociaux, du 19 décembre 2012 (RSN832.300)
RELHaCoPS	Règlement d'exécution de la loi sur l'harmonisation et la coordination des prestations sociales, du 18 décembre 2013 (RSN 831.40)
RGU	Règlement général de l'Université, du 10 septembre 1997 (RSN 416.101)
RHNe	Réseau Hospitalier Neuchâtelois
RJN	Recueil de jurisprudence neuchâteloise
RLAF	Règlement d'application de la loi sur les aides à la formation, du 3 juillet 2013 (RSN 418.110)
RSN	Recueil systématique de la législation neuchâteloise
SAGR	Service de l'agriculture
SAT	Service de l'aménagement du territoire
SCAN	Service cantonal des automobiles et de la navigation
SENE	Service de l'énergie et de l'environnement
SePS SMIG	Science et pratique du Sport de l'Université de Neuchâtel Service des migrations
SRH	Service des ressources humaines
TC	Tribunal cantonal

TPM	Tribunal pénal des mineurs
UER	Unité économique de référence
UF	Unité de formation
ZHMD	Zone d'habitation haute à moyenne densité

DOCTRINE

LOI NEUCHATELOISE SUR L'ASSISTANCE
JUDICIAIRE

par

François Bohnet

Professeur à l'Université de Neuchâtel, avocat, Neuchâtel

et

Léane Ecklin

Assistante-doctorante à l'Université de Neuchâtel

SOMMAIRE

Introduction	19
I. Généralités	19
1. Rappel des principes essentiels en matière d'assistance judiciaire	19
2. Bref historique des dispositions neuchâteloises	26
3. Autres solutions cantonales romandes	27
II. Présentation de la loi sur l'assistance judiciaire (LAJ)	29
1. Objectifs	29
2. Spécificités	31
3. Développements récents	44
Conclusion	45

INTRODUCTION

La loi neuchâteloise sur l'assistance judiciaire (LAJ) est entrée en vigueur le 1^{er} juillet 2019. Elle règle depuis lors, dans les limites du droit fédéral, l'assistance judiciaire et administrative devant les autorités neuchâtelaises. La présente contribution vise à examiner diverses questions soulevées par cette nouvelle réglementation, qui avait fait l'objet de certaines critiques dès sa mise en consultation et jusqu'à son adoption¹.

Après avoir rappelé quelques généralités en matière d'assistance judiciaire (II), nous présenterons la LAJ dans le but principal de relever ses spécificités et les éventuelles difficultés qu'elle soulève, compte tenu des principes applicables en la matière (III), avant de conclure (IV).

I. GÉNÉRALITÉS

1. Rappel des principes essentiels en matière d'assistance judiciaire

1.1 Sources principales

Au niveau constitutionnel, le droit à l'assistance judiciaire est consacré à l'art. 29 al. 3 Cst. Cette disposition n'assure toutefois qu'une garantie subsidiaire minimale², le contenu de l'assistance judiciaire découlant en premier lieu du droit cantonal ou fédéral applicable³.

En *matière civile et pénale*, l'assistance judiciaire est réglée, depuis l'entrée en vigueur des codes de procédure unifiés le 1^{er} janvier 2011 et dans la limite du champ d'application desdits codes, par les art. 117 ss CPC, respectivement

¹ PV de la Séance du 28 mai 2019, https://www.ne.ch/autorites/GC/sessions/PV_Bulletins/PV/PV_190528.pdf [consulté le 06.01.2021], p. 40. Le Conseil d'Etat avait d'ailleurs proposé le renvoi de cette loi en commission.

² ATF 135 I 91 cons. 2.4.2. A noter que la CEDH n'offre pas de protection plus étendue, cf. ég. ATF 119 Ia 264 cons. 3a, JT 1994 I 603 ; 135 I 91 cons. 2.4.2.4 ; arrêt du TF du 08.01.2019 [2D_41/2018] cons. 3.1-3.2.

³ AUER ANDREAS/MALINVERNI GIORGIO/HOTTELIER MICHEL, Droit constitutionnel Suisse, Volume II : Les droits fondamentaux, 3^e éd., Berne 2013, p. 700 N 1575.

132 ss CPP. Les cantons demeurent compétents pour fixer le tarif de l'indemnité du conseil d'office (art. 96 CPC, resp. art. 135 et 138 al. 1 CPP). Ils peuvent également légiférer sur les aspects non réglementés par les codes, ou ne l'étant que de manière imprécise⁴.

En *matière administrative*, l'assistance judiciaire reste largement de la compétence des cantons⁵. La législation fédérale en matière d'assurances sociales comprend toutefois des dispositions relatives à l'assistance judiciaire (cf. art. 37 al. 4 et 61 let. f LPGA).

L'art. 64 LTF règle enfin l'assistance judiciaire devant le Tribunal fédéral. Quant à l'assistance judiciaire devant les autorités administratives fédérales statuant en première instance ou sur recours (cf. art. 1 PA), elle est régie par l'art. 65 PA.

1.2 Champ d'application

D'abord reconnu uniquement dans les procédures civile⁶ et pénale⁷, le droit à l'assistance judiciaire a progressivement été étendu aux procédures administratives⁸. Selon la jurisprudence, ce droit existe désormais « *dans toute procédure étatique, indépendamment de la nature juridique de la décision attaquée, respectivement de la procédure concernée dans laquelle le requérant est mis en cause ou par laquelle il peut faire valoir ses droits* »⁹.

⁴ WUFFLI/FUHRER, Handbuch unentgeltliche Rechtspflege im Zivilprozess, Zurich/Saint-Gall 2019, p. 7 N 20 et n. 20, qui mentionnent en matière civile la procédure de recouvrement ; cf. ég. CR CPP-HARARI/JAKOB/SANTAMARIA, art. 133 N 12, qui énumèrent en matière pénale les modalités de nomination du conseil d'office et l'instruction des demandes d'assistance judiciaire.

⁵ BOVAY, Procédure administrative, 2^e éd., Berne 2015, p. 300.

⁶ ATF 13 251 cons. 3, se référant à la procédure civile ; 64 I ; 78 I 1 cons. 3.

⁷ ATF 13 251 (avance de frais) ; ATF non publié du 29.04.1959 dans la cause Habegger c. Tribunal cantonal bernois, cité in ATF 100 la 180 ; ATF 100 la 180, JT 1976 IV 22 (assistance d'un défenseur d'office).

⁸ D'abord aux procédures de recours, cf. ATF 112 Ia 14 ; cf. ég. ATF 111 Ia 276, JT 1987 I 53, puis aux procédures non contentieuses, de manière limitée dans un premier temps, cf. ATF 114 V 228 cons. 5 ; 117 V 408, puis à toutes les procédures administratives, cf. ATF 119 Ia 264 cons. 3a, JT 1994 I 603 ; 125 V 32 cons. 4a ; 128 I 225 cons. 2.3, JT 2006 IV 47.

⁹ ATF 121 I 60, TF, SJ 1995 694 ; cf. ég. ATF 121 I 314 cons. 2b ; 119 Ia 264 cons. 3a, JT 1994 I 60.

En d'autres termes, le droit à l'assistance judiciaire est aujourd'hui reconnu dans toutes les procédures (civile, administrative ou pénale) dans lesquelles une autorité étatique (judiciaire, administrative, gouvernementale ou parlementaire) est amenée à rendre, indépendamment de sa compétence fonctionnelle, toute décision affectant directement la situation juridique d'un individu¹⁰.

1.3 Conditions

Selon l'art. 29 al. 3 Cst., le droit à l'assistance judiciaire dépend de la réalisation de deux conditions cumulatives, la réalisation d'une troisième permettant que ce droit comprenne l'assistance d'un défenseur.

La première est l'indigence, à savoir l'*absence de ressources suffisantes*. Cette condition est réalisée lorsqu'une personne n'est pas en mesure d'assumer les frais de la procédure sans porter atteinte au minimum nécessaire à son entretien et à celui de sa famille¹¹. L'autorité compétente peut partir du minimum vital du droit des poursuites (qui comprend un montant de base, le loyer [ou les intérêts hypothécaires] y compris les charges, les cotisations ou primes d'assurances obligatoires, les frais d'acquisition du revenu, les pensions alimentaires dues en vertu de la loi, les dépenses particulières pour la formation des enfants et les dettes auxquelles la personne ne peut échapper en lien avec des objets de stricte nécessité), mais elle évitera de procéder de façon trop schématique, pour tenir compte de manière suffisante des données individuelles en présence¹². La situation financière s'apprécie dans son ensemble à la date du dépôt de la requête¹³. L'autorité doit en avoir une complète connaissance¹⁴. Elle se gardera néanmoins de tout excès de formalisme¹⁵.

L'octroi de l'assistance judiciaire est subordonné à la deuxième condition que la cause ne soit pas dépourvue de *chances de succès*. Tel n'est pas le cas lorsque les

¹⁰ BIAGGINI, BV Kommentar : Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 2^e éd., Zurich 2017, art. 29 N 3 ; BSK BV-WALDMANN, art. 29 N 12 et 66.

¹¹ ATF 141 III 369 cons. 4.1 ; 135 I 221 cons. 5.1 ; 128 I 225 cons. 2.5.1, JT 2006 IV 47 ; 127 I 202 cons. 3b.

¹² ATF 135 I 22 cons. 5.1.

¹³ ATF 135 I 22 cons. 5.1 ; 120 Ia 179 cons. 3a, JT 1995 I 283 ; *contra* : 108 V 265 cons. 4 ; arrêt du TF du 26.09.2007 [8C_197/2007] cons. 6.1 (moment de la décision) ; cf. ég. arrêt du TF du 16.06.2000 [4P.95/2000] cons. 2g bb.

¹⁴ En ce sens : MEICHSSNER, Das Grundrecht auf unentgeltliche Rechtspflege (Art. 29 Abs. 3 BV), Bâle 2008, p. 77.

¹⁵ AUER/MALINVERNI/HOTTELIER (n° 3), p. 711 N 1609.

perspectives de gagner sont notablement plus faibles que les risques de perdre, et que les chances de succès ne peuvent donc être considérées comme sérieuses de sorte qu'une personne raisonnable qui dispose des moyens nécessaires renoncerait à se lancer dans la procédure. Les chances de succès ne sauraient en revanche être niées lorsqu'elles s'équilibrent à peu près avec les risques d'échec ou ne sont que légèrement inférieures à ces dernières. La situation doit être appréciée à la date du dépôt de la requête et sur la base d'un examen sommaire¹⁶.

Lorsque les deux conditions précitées sont remplies, la personne bénéficiaire de l'assistance judiciaire a en outre droit à l'assistance d'un défenseur *dans la mesure où la sauvegarde de ses droits le requiert* (art. 29 al. 3, seconde phrase, Cst.). Le besoin d'être assisté est reconnu lorsque la situation juridique de l'intéressé est susceptible d'être affectée de manière particulièrement grave. Il l'est également lorsque, sans être d'une portée aussi capitale, la procédure en question met sérieusement en cause ses intérêts et que l'affaire présente des difficultés en fait et en droit que l'intéressé ou son représentant légal ne peuvent surmonter seuls¹⁷. Le point décisif est toujours de savoir si la désignation d'un conseil d'office est objectivement nécessaire dans le cas d'espèce. A cet égard, il faut tenir compte des circonstances concrètes de l'affaire, de la complexité des questions de fait et de droit, des particularités que présentent les règles de procédure applicables, des connaissances juridiques de la personne requérante ou de son représentant, du fait que la partie adverse est assistée d'un conseil et de la portée de la décision à prendre pour la personne requérante, avec une certaine réserve lorsque sont en cause principalement ses intérêts financiers¹⁸.

¹⁶ ATF 138 III 217 cons. 2.2.4, JT 2014 II 67 ; cf. ég. ATF 133 III 614 cons. 5 ; 129 I 129 cons. 2.2, JT 2005 IV 30 ; 128 I 225 cons. 2.5.3, JT 2006 IV 47.

¹⁷ ATF 130 I 180, JT 2004 I 431.

¹⁸ Arrêt du TF du 05.12.2019 [1C_464/2019] cons. 7.2 ; arrêt du TF du 22.05.2018 [1C_215/2018] cons. 5.

Les conditions de l'art. 29 al. 3 Cst. sont concrétisées par les art. 117 CPC¹⁹, 136 CPP²⁰, 64 LTF et 65 PA²¹. S'agissant de l'assistance judiciaire du prévenu, la jurisprudence admet, malgré le silence de l'art. 132 al. 1 let. b CPP, que son octroi puisse dépendre de l'existence de chances de succès en procédure de recours (au sens strict)²², en procédure de révision²³, ainsi que dans le cadre d'une procédure ultérieure indépendante au sens des art. 363 ss CPP introduite à la demande du condamné²⁴. Quant au besoin d'être assisté du prévenu, il s'évalue selon les critères de l'art. 132 al. 2 et 3 CPP qui reprennent la jurisprudence rendue sur la base des art. 29 al. 3 Cst. et 6 ch. 3 let. c CEDH²⁵.

Enfin, l'assistance judiciaire n'est jamais accordée d'office, mais suppose une *requête* dont la forme est réglementée par le droit de procédure applicable. Ce dernier ne saurait toutefois faire obstacle à la garantie de l'art. 29 al. 3 Cst.²⁶.

¹⁹ ATF 138 III 217 cons. 2.2.3, JT 2014 II 267.

²⁰ CR CPP-HARARI/CORMINBOEUF, art. 136 N 4 ; Message du 21 décembre 2015 relatif à l'unification du droit de la procédure pénale, FF 2016 p. 1160 (Message CPP). Le législateur a sciemment limité l'octroi de l'assistance judiciaire à la partie plaignante aux cas où celle-ci peut faire valoir des prétentions civiles. Il a ainsi tenu compte du fait que le monopole de la justice répressive est par principe exercé par l'Etat, de sorte que l'assistance judiciaire de la partie plaignante se justifie en priorité pour défendre ses conclusions civiles, cf. not. arrêt du TF du 01.06.2016 [1B_151/2016] cons. 2.2. La jurisprudence reconnaît toutefois dans certains cas un droit à l'assistance judiciaire directement fondé sur l'art. 29 al. 3 Cst. lorsque la partie plaignante ne remplit pas les conditions de l'art. 136 CPP, cf. not. arrêt du TF du 12.10.2012 [1B_355/2012] cons. 5.1-5.2.

²¹ Message du 28 février 2001 concernant la révision totale de l'organisation judiciaire fédérale, FF 2001 p. 4103 et 4209 (Message OJF).

²² Et ce également en cas de défense obligatoire : arrêt du TF du 09.05.2012 [1B_705/2011] cons. 2.3.2 ; arrêt du TF du 19.01.2012 [1B_732/2011] cons. 7.2 ; cf. ég. TPF 2014 57 cons. 6 ; cf. ég. OBERHOLZER, Grundzüge des Strafprozessrechts, 4^e éd., Berne 2020, p. 142 s. N 433 ; *contra* : JEANNERET/VOEGELI, Le prévenu défendu malgré lui, Revue de l'avocat 2014 p. 317 ; SCHMID/JOSITSCH, Schweizerische Strafprozessordnung : Praxiskommentar, 3^e éd., Zurich/St-Gall 2017, art. 130 N 2 et 132 N 2 ; ZK StPO-LIEBER, art. 130 N 27 et 134 N 5b ; cf. ég. Message CPP, p. 1159 et n. 257 ; cf. ég. CR CPP-HARARI/JAKOB/SANTAMARIA, art. 130 N 8 n. 19 et 134 N 1b et n. 3. Sur la controverse relative à l'examen des chances de succès en procédure de recours, cf. ég. l'arrêt OG ZG [20.07.2017], CAN 2017 245.

²³ ATF 129 I 129 cons. 2.2.2, JT 2005 IV 300 ; arrêt du TF du 09.04.2013 [1B_74/2013] cons. 2.

²⁴ TF [22.09.2015] 6B_705/2015 cons. 2 ; BSK StPO-RUCKSTUHL, art. 132 N 11.

²⁵ ATF 143 I 164 cons. 3.5 ; cf. ég. arrêt du TF du 27.11.2019 [1B_481/2019] cons. 2.1, rappelant ces critères.

²⁶ BSK BV-WALDMANN, art. 29 N 75.

C'est ainsi que les exigences de l'art. 119 al. 2 CPC, relatives à la forme et au contenu de la requête d'assistance judiciaire en procédure civile, doivent être comprises sans formalisme²⁷.

1.4 Étendue

Sous l'angle *matériel*, l'assistance judiciaire dispense son ou sa bénéficiaire d'avancer ou de garantir les frais de procès. Elle lui assure également, dans la mesure où elle s'avère nécessaire à la défense de ses intérêts, l'assistance d'un défenseur dont les frais sont couverts par l'Etat²⁸. Son activité se limitera aux démarches nécessaires à la défense des intérêts de la personne bénéficiaire de l'assistance judiciaire et ne sera prise en considération que dans la mesure où elle s'inscrit raisonnablement dans le cadre de l'accomplissement de sa tâche, à l'exclusion des démarches inutiles ou superflues²⁹. L'assistance judiciaire ne s'étend pas à la couverture des dépens de l'adverse partie³⁰.

Sous l'angle *temporel*, la Constitution n'assure en principe pas de prise en charge rétroactive. À titre exceptionnel, la jurisprudence admet que l'assistance judiciaire couvre les frais intervenus avant le dépôt de la requête lorsque, en raison de l'urgence d'un acte de procédure qu'il était concrètement obligatoire d'accomplir, il n'était pas possible de déposer simultanément une requête d'assistance judiciaire³¹. Par ailleurs, l'Etat n'assure qu'une prise en charge temporaire : il s'ensuit d'une part, que l'assistance judiciaire peut être retirée à la personne bénéficiaire dont l'indigence disparaît en cours de procédure³² et d'autre part, que la personne bénéficiaire est en principe tenue de rembourser les

²⁷ CR CPC-TAPPY, art. 117 N 7.

²⁸ ATF 119 Ia 11 cons. 3a ; AUER/MALINVERNI/HOTTELIER (n° 3), p. 716 N 1619. Selon la jurisprudence, « les frais d'avocat de la partie qui réunit les conditions pour obtenir l'assistance judiciaire, doivent être pris en charge par l'Etat si et dans la mesure où l'indemnité qui lui est allouée se révèle irrécouvrable », cf. ATF 122 I 322 cons. 3a, JT 1998 I 284.

²⁹ ATF 109 Ia 107 cons. 3b ; arrêt du TF du 15.06.2018 [5A_82/2018] cons. 6.2.2.

³⁰ ATF 122 I 322 cons. 2c, JT 1998 I 284 ; 117 Ia 513 cons. 2. ; cf. art. 118 al. 3 CPC.

³¹ ATF 122 I 203 cons. 2f, JT 1997 I 604 ; cf. ég. art. 119 al. 4 CPC.

³² ATF 135 I 91 cons. 2.4.2.2 ; 122 I 5 cons. 4a, JT 1997 I 312. Cf. not. les art. 120 CPC et 134 al. 1 CPP, le cas échéant par renvoi de l'art. 137 CPP.

montants avancés au titre de l'assistance judiciaire dès que sa situation financière s'améliore dans une mesure suffisante³³.

1.5 Rémunération de l'avocat·e d'office

L'avocat·e d'office n'exerce pas un mandat privé, mais accomplit une tâche de droit public, à laquelle il ou elle ne peut se soustraire³⁴ et qui lui confère une prétention de droit public à être rémunéré·e équitablement dans le cadre des normes cantonales applicables³⁵. L'avocat·e d'office a droit au remboursement intégral des *débours* qui s'inscrivent raisonnablement dans l'accomplissement de sa tâche, à l'exclusion de ceux concernant des démarches inutiles ou superflues³⁶. A cela doit s'ajouter une *indemnité* équitable s'apparentant aux honoraires d'un·e avocat·e de choix, mais pouvant être inférieure à ces honoraires³⁷.

Pour être considérée comme *équitable*, l'indemnité doit non seulement couvrir les frais généraux de l'avocat·e, mais en plus permettre d'obtenir un revenu modeste, qui ne soit pas uniquement symbolique. Depuis 2006, le Tribunal fédéral retient un montant minimum de 180 francs par heure en moyenne suisse, des situations particulières dans les cantons pouvant justifier un montant plus haut ou plus bas³⁸.

Selon la jurisprudence, l'application d'un tarif horaire différencié à l'avocat·e indépendant·e et à l'avocat·e collaborateur ou collaboratrice est admissible³⁹. De même, si la rémunération de l'activité déployée par l'avocat·e stagiaire doit aussi représenter une indemnité équitable, elle ne saurait être équivalente à celle de l'avocat·e breveté·e⁴⁰.

³³ ATF 135 I 91 cons. 2.4.2.2 ; 122 I 5 cons. 4a, JT 1997 I 312. Cf. not. les art. 123 CPC, 135 al. 5 CPP, le cas échéant par renvoi de l'art. 138 al. 1 CPP (à la condition supplémentaire que la partie soit condamnée aux frais), 65 al. 4 PA et 64 al. 4 LTF.

³⁴ Cf. art. 12 let. g LLCA.

³⁵ ATF 141 III 560 cons. 3.2.2.

³⁶ ATF 117 Ia 22 cons. 4b.

³⁷ ATF 122 I 1 cons. 3a.

³⁸ ATF 132 I 201 cons. 8, JT 2008 I 116, confirmé sous l'angle de l'art. 122 CPC par l'ATF 137 III 185 cons. 5.1 ; voir plus récemment en matière pénale : ATF 141 IV 124 cons. 3.2 ; ATF 143 IV 453 cons. 2.5.

³⁹ Arrêt du TF du 16.07.2013 [6B_486/2013] cons. 2.2.

⁴⁰ ATF 137 III 185 cons. 6 ; arrêt du TF du 21.04.2020 [6B_99/2020] cons. 3 ; cf. ég. arrêt du TF du 06.03.2018 [6B_659/2017] cons. 2.1.

2. Bref historique des dispositions neuchâteloises

A Neuchâtel, la première loi à avoir rassemblé les dispositions cantonales en matière d'assistance judiciaire est la LAJA du 24 mars 1980⁴¹. La législation en la matière était auparavant insuffisante, faite de dispositions éparses⁴². Outre permettre une meilleure praticabilité, cette loi visait à étendre le système d'assistance judiciaire existant en matière civile aux procédures pénale et administrative, ainsi qu'à assurer une rémunération décente à l'avocat-e d'office⁴³.

A la suite d'une révision tendant à « améliorer l'adéquation de l'assistance judiciaire et administrative aux réels besoins des justiciables et de ne pas charger l'Etat au-delà de ce qui est nécessaire »⁴⁴, une nouvelle version de la LAJA⁴⁵ est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2000, avant d'être remplacée par la LAPCA⁴⁶ dès le 1^{er} janvier 2007.

La LAPCA a été abrogée lors de l'entrée en vigueur des codes de procédure unifiés au 1^{er} janvier 2011. Les dispositions du CPC et du CPP en matière d'assistance judiciaire ont alors été complétées par les art. 12 à 23 LI-CPC⁴⁷, respectivement 15 à 24 LI-CPP⁴⁸. En matière administrative, l'assistance

⁴¹ RLN VII 581 ; cf. ég. Arrêté d'exécution du 9 juillet 1980 de la Loi sur l'assistance judiciaire et administrative (RELAJA ; RLN VII 736). Sur ces deux textes, on consultera BOHNET, *Jurisprudence fédérale et neuchâteloise en matière d'assistance judiciaire*, LAJA annotée, Neuchâtel 1997.

⁴² Rapport 99.004 du 7 décembre 1998 du Conseil d'Etat au Grand Conseil à l'appui d'un projet de loi sur l'assistance judiciaire et administrative (LAJA), BGC NE, vol. 164/II, p. 1851 (Rapport LAJA).

⁴³ Rapport LAJA (n° 42), p. 1851.

⁴⁴ Rapport LAJA (n° 42), p. 1851.

⁴⁵ Loi sur l'assistance judiciaire et administrative (LAJA) du 2 février 1119 ; FO 1999 no 12. Cf. ég. Règlement d'exécution du 1^{er} décembre 1999 de la Loi sur l'assistance judiciaire et administrative (FO 1999 no 5).

⁴⁶ FO 2006 no 50. Cf. ég. Règlement d'exécution du 20 décembre 2006 de la Loi sur l'assistance pénale, civile et administrative (RELAPCA ; FO 2006 no 98).

⁴⁷ RSN 251.1 dans sa teneur en vigueur jusqu'au 1^{er} juillet 2019.

⁴⁸ RSN 322.0 dans sa teneur en vigueur jusqu'au 1^{er} juillet 2019.

judiciaire était réglée aux art. 60a à 60i LPJA⁴⁹ et la rémunération du défenseur d'office⁵⁰ aux art. 55 à 57 TFrais⁵¹.

Les dispositions précitées ont été abrogées le 1^{er} juillet 2019 au profit de la LAJ⁵². Il subsiste une disposition relative à l'assistance judiciaire dans la LPJA, qui indique à son art. 27 LPJA que les décisions incidentes rendues avant la décision finale, soit en particulier les décisions concernant le droit à l'assistance en matière administrative, peuvent faire l'objet d'un recours si elles sont de nature à causer un grave préjudice. On mentionnera également l'art. 5 LILAVI⁵³, qui renvoie à la LAJ s'agissant de l'aide juridique aux victimes d'infractions, tout en prévoyant que les frais d'avocat·e·s liés aux démarches urgentes sont pris en charge par les centres de consultation au tarif de l'assistance judiciaire.

A noter que l'art. 28 al. 3 Cst. NE⁵⁴, qui garantit l'« assistance juridique gratuite » aux personnes dont les ressources sont insuffisantes aux conditions fixées par la loi, ne va pas au-delà de ce que prévoit l'art. 29 al. 3 Cst⁵⁵.

3. Autres solutions cantonales romandes

En Suisse romande, la manière de légiférer en matière d'assistance judiciaire varie d'un canton à l'autre. La législation comprend toutefois, le plus souvent, des dispositions complémentaires à celles des codes de procédure fédéraux⁵⁶, une

⁴⁹ RSN 152.130 dans sa teneur en vigueur jusqu'au 1^{er} juillet 2019.

⁵⁰ Expression utilisée à l'art. 55 al. 1 TFrais, dans sa teneur en vigueur jusqu'au 1^{er} juillet 2019, pour désigner aussi bien le défenseur d'office, le conseil juridique gratuit, le conseil juridique commis d'office ou l'avocat·e chargé·e du mandat d'assistance judiciaire.

⁵¹ RSN 164.1 dans sa teneur en vigueur jusqu'au 1^{er} juillet 2019.

⁵² Cf. art. 42 LAJ.

⁵³ RSN 322.04.

⁵⁴ RSN 101.

⁵⁵ PAYCHERE, Principes de l'assistance judiciaire gratuite en droit international et constitutionnel et application devant les tribunaux : un état de la question, in Christian Schöbi (édit.), Frais de justice, frais d'avocats, cautions/sûretés, assistance juridique, Berne 2001, p. 124.

⁵⁶ A Berne, les art. 13 à 15, 70 et 92 de la Loi portant introduction du code de procédure civile, du code de procédure pénale et de la loi sur la procédure pénale applicable aux mineurs (LiCPM ; RSB 271.1) ; à Fribourg, les art. 123 ss et 143 à 144 de la Loi sur la justice (LJ ; RSF 130.1), complétés par les art. 53 ss, 56 ss et 78 du Règlement sur la justice (RJ ; RSF 130.11) ; au Jura, l'art. 12 de la Loi d'introduction au Code de procédure civile suisse (LiCPC ; RSJU 271.1) ; à Vaud, les art. 39 à 39b du Code de droit privé judiciaire vaudois (CDPJ ; RSVD 211.02).

loi de procédure administrative contenant des dispositions réglementant l'assistance judiciaire dans cette manière⁵⁷, ainsi qu'un tarif fixant l'indemnisation du conseil d'office⁵⁸. Cette législation est parfois complétée par d'autres textes, par exemple en matière d'aide aux victimes d'infraction⁵⁹ ou de médiation⁶⁰.

Comme le canton de Neuchâtel, celui du Valais dispose d'une loi sur l'assistance judiciaire⁶¹. Cette dernière renvoie toutefois essentiellement aux codes de procédure fédéraux applicables s'agissant de causes civiles et pénales (art. 1), l'assistance judiciaire en matière administrative et en matière d'assurances sociales étant réglée aux art. 2 à 10. Elle est complétée par une ordonnance⁶². La Loi sur la procédure et la juridiction administrative valaisanne contient en outre une disposition similaire à l'art. 27 LPJA-NE⁶³.

A Genève, sous réserve de l'art. 10 de la Loi sur la procédure administrative⁶⁴ et de l'art. 21 de la Loi d'application du code civil et d'autres lois fédérales en

⁵⁷ A Berne, les art. 111 ss de la Loi sur la procédure et la juridiction administratives (LPJA ; RSB 155.21) ; à Fribourg, les art. 142 ss du Code de procédure et de juridiction administrative (CPJA ; RSF 150.1) ; au Jura, les art. 18, 232 et 233 de la Loi de procédure et de juridiction administrative et constitutionnelle (Code de procédure administrative ; RSJU 175.1) ; à Vaud, l'art. 18 de la Loi sur la procédure administrative (LPA-VD ; RSVD 173.36).

⁵⁸ A Berne, la rémunération de l'avocat-e d'office se détermine conformément à l'art. 42 de la Loi sur les avocats et les avocates (LA ; RSB 168.1), le tarif horaire étant fixé dans l'Ordonnance sur la rémunération des avocats et avocates commis d'office (ORA ; RSB 168.711). L'avocat-e d'office a en outre le droit d'exiger un remboursement ultérieur (cf. art. 42a LA), dont le tarif se détermine conformément à l'Ordonnance sur le tarif applicable au remboursement des dépens (ORD ; RSB 168.811) ; à Fribourg, la rémunération de l'avocat-e d'office est traitée aux art. 56 ss et 76 ss RJ ; au Jura, cf. l'Ordonnance fixant le tarif des honoraires d'avocat (RSJU 188.61) ; au Valais, cf. l'art. 30 de la Loi fixant le tarif des frais et dépens devant les autorités judiciaires ou administratives (LTar ; RSVS 173.8) ; à Vaud, cf. le Règlement sur l'assistance judiciaire en matière civile (RAJ ; RSVD 211.02.3).

⁵⁹ Cf. par ex. à Berne, l'Ordonnance cantonale sur l'aide aux victimes d'infractions (OCAVI ; RSB 326.111).

⁶⁰ Cf. par ex. au Jura, l'Ordonnance concernant la prise en charge des frais de médiation dans le cadre d'une procédure civile (RSJU 271.111) ; au Valais, le Règlement concernant l'assistance financière en médiation civile (RSVS 271.00).

⁶¹ LAJ ; RSVS 177.7.

⁶² OAJ ; RSVS 77.700.

⁶³ Cf. art. 42 let. f LPJA (préjudice irréparable) ; RSVS 172.6.

⁶⁴ LPA ; rs/GE E 5 10.

matière civile⁶⁵, les dispositions en matière d'assistance judiciaire figurent toutes dans le Règlement sur l'assistance juridique et l'indemnisation des conseils juridiques et défenseurs d'office en matière civile, administrative et pénale⁶⁶. Les art. 63 à 65 de la Loi sur l'organisation judiciaire⁶⁷ prévoient en outre la possibilité d'obtenir, à certaines conditions, une assistance juridique extrajudiciaire.

II. PRÉSENTATION DE LA LOI SUR L'ASSISTANCE JUDICIAIRE (LAJ)

1. Objectifs

1.1 Unification et simplification

Le choix du législateur d'adopter une « loi-cadre » cantonale renfermant toutes les dispositions relatives à l'assistance judiciaire avait notamment pour objectif de simplifier les recherches des justiciables et des praticiens⁶⁸. Du point de vue des administrés, qui ne consultent que très rarement les lois, il aurait toutefois pu être préférable, ainsi que l'on relevé les juristes progressistes neuchâtelois (JPN)⁶⁹, de créer une page internet sur le site de l'Etat dédiée à l'assistance judiciaire⁷⁰.

Par ailleurs, s'agissant de l'assistance judiciaire, l'unification ne va pas forcément de pair avec simplification : en effet, la législation fédérale règle en premier lieu la matière dans les domaines civil et pénal⁷¹. La LAJ contient de nombreuses reprises de cette législation, lesquelles se mêlent à la législation cantonale. Ainsi, il n'est pas toujours aisé de distinguer les règles qui ressortent de la compétence

⁶⁵ LaCC ; rs/GE E.1.05

⁶⁶ RAJ ; rs/GE E 2 05.04.

⁶⁷ LOJ ; rs/GE E 2 05.

⁶⁸ Rapport 19.602 du 17 janvier 2019 de la Commission législative au Grand Conseil à l'appui d'un projet de loi sur l'assistance judiciaire, https://www.ne.ch/autorites/GC/objets/Documents/Rapports/2019/19602_com.pdf [consulté le 05.01.2021], p. 2.

⁶⁹ Rapport LAJ (n° 68), p. 5.

⁷⁰ Cf. par ex. à Genève, le guide pratique pour l'assistance juridique, téléchargeable sur la page internet suivante : <http://ge.ch/justice/assistance-juridique-en-matiere-civile-et-administrative> [consulté le 05.01.2021].

⁷¹ *Supra*, I, 1.1.

fédérale de celles qui relèvent du droit cantonal, ce qui peut constituer une source de confusion pour les praticiens. Au surplus, la modification éventuelle d'une règle de droit fédéral reprise par la LAJ implique que cette dernière soit adaptée en conséquence, ce qui constitue un processus relativement lourd⁷².

1.2 Uniformité dans l'application de la loi

Le Rapport mentionne à deux reprises⁷³ que l'uniformité dans l'application de la LAJ est au service de la possibilité pour l'Etat de réaliser quelques économies. Sont notamment visés les mémoires d'honoraires, au sujet desquels la Commission administrative des autorités judiciaires (CAAJ) a été invitée à établir – en collaboration avec l'ordre des avocats (OAN) et les JPN – une directive visant à obtenir une certaine uniformité dans leur présentation et pouvoir le cas échéant déceler plus facilement les abus⁷⁴. La CAAJ a adopté des recommandations à l'attention des praticiens le 14 décembre 2020. Elles encadrent les règles applicables à la rémunération des avocats d'office.

1.3 Limitation des coûts

Les travaux entourant la LAJ avaient encore pour ambition l'adoption de mesures visant à réduire l'augmentation des dépenses liées à l'assistance judiciaire⁷⁵. Le législateur cantonal ne pouvant toutefois ni resserrer les conditions d'octroi ni restreindre l'étendue de l'assistance judiciaire, il a avant tout intégré des mécanismes destinés à vérifier l'état d'indigence (cf. art. 7 al. 4 LAJ) et à faciliter le remboursement des montants avancés (cf. art. 34 et 35 al. 2 LAJ). Dans l'idée du législateur, ces éléments devraient être inscrits dans un nouveau formulaire d'assistance judiciaire, afin de responsabiliser la personne requérante⁷⁶.

⁷² PV 28.05.2019 (n° 1), p. 40.

⁷³ Rapport LAJ (n° 68), p. 4 et 6.

⁷⁴ Rapport LAJ (n° 68), p. 4 et 6. Cf. ég. PV 28.05.2019 (n° 1), p. 37. A noter que la LAJ ne contient aucune délégation de compétence à cet égard.

⁷⁵ Rapport LAJ (n° 68), p. 2.

⁷⁶ Rapport LAJ (n° 68), p. 5.

2. Spécificités

2.1 Remarques liminaires

Il s'agit ici de présenter les principaux changements introduits par la LAJ, compte tenu des dispositions jusqu'alors en vigueur et de relever, le cas échéant, leurs limites ou leurs éventuelles difficultés de mise en œuvre.

Le lecteur sera également rendu attentif aux problèmes terminologiques contenus dans ladite loi.

2.2 Dispositions générales (chap. 1 LAJ)

Le chapitre premier de la LAJ se compose de dispositions générales, qui contiennent essentiellement des reprises du droit fédéral ou de principes jurisprudentiels. D'un point de vue terminologique, l'art. 1 al. 1 LAJ paraît cependant incomplet, puisqu'il indique que l'assistance judiciaire a pour but de garantir « l'accès à la justice », sans évoquer les autorités administratives (comp. art. 29 al. 1 et 3 Cst. : procédure judiciaire ou administrative). Plus correctement, l'art. 1 al. 1 LACPA parlait de défense des droits « *devant les autorités judiciaires et administratives* ». Quant à l'art. 1 al. 2 LAJ, il retient que l'assistance judiciaire comprend au besoin l'assistance d'un·e « avocat·e ». Or l'art. 17 al. 2 LAJ prévoit, dans certaines circonstances, la possibilité de désigner en matière civile un·e mandataire professionnellement qualifié·e comme « conseil juridique ». La terminologie n'est donc pas uniforme. Par ailleurs, la question de savoir si la désignation d'un tel mandataire est conforme au droit fédéral est controversée⁷⁷.

Dans le même ordre d'idées, on relèvera que cet art. 5 let. c LAJ est imprécis, à mesure qu'il mentionne de manière trop étroite la commission d'office d'un conseil juridique par le « Tribunal ». Cette terminologie n'est d'ailleurs pas reprise à l'art. 6 LAJ.

Sous l'angle des conditions de l'assistance judiciaire, on soulignera enfin que l'art. 4 LAJ *in fine* va plus loin que la simple exigence des chances de succès – mentionnée dans la note marginale – et anticipe sur la troisième condition de l'assistance judiciaire⁷⁸ permettant qu'elle comprenne au besoin l'assistance d'un défenseur. La mention « et lorsque la défense des droits du requérant l'exige »

⁷⁷ *Infra*, II, 2.4

⁷⁸ *Supra*, I, 1.4.

semble ici superflue, ce d'autant plus que cette exigence figure à l'art. 5 let. c LAJ.

2.3 Procédure (chap. 2 LAJ)

A. Requête (art. 7 LAJ)

Selon l'art. 7 al. 2 LAJ, la personne requérante fournit les renseignements et les documents permettant d'apprécier si elle remplit les conditions de l'assistance judiciaire en utilisant la formule officielle établie par la CAAJ⁷⁹. La mise à disposition d'un formulaire doit toutefois servir à la mise œuvre des garanties de l'art. 29 al. 3 Cst. et non leur faire obstacle⁸⁰. Il nous apparaît dès lors que l'octroi de l'assistance judiciaire ne saurait être subordonné à l'utilisation d'un tel formulaire, sauf à violer le droit fédéral en matière civile et pénale (cf. art. 119 CPC, resp. art. 132 ss CPP) ou, de manière plus générale, l'interdiction du formalisme excessif. En d'autres termes, si l'ensemble des renseignements exigés pour l'octroi de l'assistance judiciaire figurent dans la requête adressée à l'autorité compétente, celle-ci ne saurait refuser l'octroi de l'assistance judiciaire, et moins encore exiger que le formulaire soit utilisé. Si en revanche la requête est incomplète, l'autorité peut inviter le requérant à utiliser la formule.

B. Détermination de l'autre partie (art. 9 LAJ)

L'art. 9 LAJ prévoit, en matière civile et administrative, que la requête peut être communiquée à l'autre partie pour lui permettre de se déterminer dans un délai de trente jours. N'étant pas partie à la procédure d'assistance judiciaire, l'adverse partie entendue facultativement ne peut prétendre à des dépens⁸¹.

Le droit cantonal ne peut pas imposer au juge civil de fixer un délai de trente jour, cette question relevant de l'art. 119 al. 3 CPC, qui ne fixe pas de tel délai.

A noter également que l'audition de l'adverse partie *s'impose* en matière civile de par le droit fédéral lorsque l'assistance judiciaire porte sur la fourniture de sûretés en garantie du paiement des dépens (art. 119 al. 3 *in fine* CPC, également

⁷⁹ A notre connaissance, le nouveau formulaire visé par le législateur cantonal n'a pas encore été établi. Le formulaire actuellement à disposition et datant de plusieurs années exige du requérant qu'il « délie les autorités, établissements bancaires, compagnies d'assurances et administration du secret professionnel ». Or le droit fédéral ne le prévoit aucunement en matière civile et pénale, de sa compétence.

⁸⁰ *Supra*, I, 1.3.

⁸¹ Cf. ATF 139 III 334 cons. 4.1 et 4.2 ; RSPC 2014 115.

applicable en procédure administrative par renvoi de l'art. 2 al. 2 LAJ). Dès l'instant où le défendeur entend demander des sûretés, la requête doit donc lui être soumise⁸².

2.4 Avocat·e (chap. 3 LAJ)

A. Monopole (art. 17 LAJ)

Selon l'art. 17 al. 2 LAJ, les mandataires professionnellement qualifié·e·s peuvent être désigné·e·s comme conseil juridique en matière de contrat de bail et de contrat de travail lorsque leur représentation est admise au sens de l'art. 68 CPC. Cette disposition renvoie aux art. 7 et 7a LI-CO⁸³. En dehors de cette hypothèse, seuls les avocat·e·s inscrit·e·s au rôle officiel du barreau, le cas échéant au registre d'un autre canton (cf. art. 17 al. 3 LAJ), peuvent être désigné·e·s comme conseil juridique. Le législateur cantonal n'a en effet pas souhaité étendre davantage le cercle des personnes pouvant agir en cette qualité⁸⁴. A noter qu'à ce jour, le Tribunal fédéral n'a pas encore tranché la question de savoir si la notion de « conseil juridique » commis d'office de l'art. 118 al. 1 let. c CPC visait tous les représentants professionnels mentionnés à l'art. 68 CPC⁸⁵ ou était au contraire réservée aux seuls avocat·e·s⁸⁶.

B. Tarif horaire (art. 22 LAJ)

La LAJ prévoit expressément que les parties pouvant prétendre à l'assistance judiciaire peuvent également en bénéficier pour une médiation (cf. art. 1 al. 3 LAJ). Dicté par un souci de cohérence et de logique visant à ne pas pénaliser les parties indigentes⁸⁷, le choix du législateur cantonal doit être salué. Celui-ci a fixé

⁸² Cf. arrêt du TF du 28.08.2020 [5A_79/2020] cons. 2.

⁸³ RSN 224.1. Sur l'admissibilité de cette solution, cf. CR CPC-BOHNET, art. 68 N 21.

⁸⁴ Rapport LAJ (n° 68), p. 4.

⁸⁵ En ce sens : CR CPC-TAPPY, art. 118 N 18.

⁸⁶ En ce sens : BOHNET/MARTENET, *Droit de la profession d'avocat*, Berne 2009, p. 689 N 1674 ; cf. ég. BK ZPO-BÜHLER, art. 118 N 50 ; EMMEL, in Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, *ZPO Komm.*, 3^e éd., art. 119 N 10 ; Dike ZPO-HUBER, art. 118 N 11 ; KUKO ZPO-JENT-SØRENSEN, art. 118 N 9 ; WUFFLI/FUHRER (n°4) p. 179 N 516 ; plus indécis : BSK ZPO-RÜEGG V./RÜEGG M., art. 118 N 13. Dans le domaine des assurances sociales, la jurisprudence a estimé que seul l'avocat·e breveté·e et remplissant les conditions pour être inscrit au registre (8 LLCA) ou étant employé au sein d'une organisation reconnue d'utilité publique était autorisé à assister une partie au sens de l'art. 37 al. 4 LPGa (ATF 132 V 200 cons. 5.1.4).

⁸⁷ Rapport LAJ (n° 68), p. 4.

la rémunération du médiateur ou de la médiatrice au tarif horaire de 110.00 francs, TVA non comprise (art. 22 al. 1 let. c LAJ ; ce qui correspond au tarif des avocats-stagiaire).

Quant à la rémunération des mandataires professionnellement qualifié·e·s, l'art. 22 al. 1 let. b LAJ prévoit un tarif horaire de 140.00 francs, TVA non comprise.

C. Frais de déplacement (art. 23 LAJ)

L'art. 23 LAJ se distingue par l'introduction d'un tarif forfaitaire de 3.00 francs par kilomètre, TVA non comprise, incluant le temps et les frais, pour les déplacements de l'avocat, respectivement de 2.00 francs par kilomètre pour les avocats stagiaires⁸⁸. L'idée du législateur cantonal était d'obtenir davantage de clarté dans l'activité facturée par les mandataires⁸⁹. Les kilomètres parcourus se déterminent à l'aide d'un logiciel de type « Google Maps » ; la règle s'applique également s'agissant de déplacements au sein d'une même localité⁹⁰.

La disposition n'indique pas le tarif forfaitaire applicable aux déplacements des mandataires professionnellement qualifié·e·s et des médiateurs et médiatrices. Vu l'art. 22 LAJ, les premiers devraient à notre sens pouvoir prétendre à un forfait proche de celui applicable aux avocat·e·s et les seconds à celui applicable aux avocat·e·s stagiaires.

Selon l'art. 23 al. 2 LAJ, les frais de déplacement hors canton sont indemnisés au tarif des transports publics, en première classe. La distinction ne se justifie pas. La jurisprudence fédérale imposant que l'avocat·e d'office perçoive une indemnité équitable⁹¹, le temps de déplacement doit dans ce cas être compté en sus, aux tarifs fixés par l'art. 22 LAJ, faute de règle spécifique envisagée dans la loi⁹². La décision de désignation de l'avocat·e d'office ne peut limiter davantage l'intervention admise, en prévoyant par exemple que les frais de déplacement ne seront comptés que depuis les frontières cantonales⁹³.

⁸⁸ Comp. anc. art. 55 al. 2*bis* (temps de déplacement) et 56 al. 2 TFrais (frais de déplacements).

⁸⁹ Rapport LAJ (n° 68), p. 4. Et, *a fortiori*, réaliser quelques économies pour l'Etat, cf. PV 28.05.2019 (n° 1), p. 38.

⁹⁰ Rapport LAJ (n° 68), p. 4.

⁹¹ *Supra*, I, 1.5.

⁹² Sur cette hypothèse, cf. TF du 25.05.2011 [6B_810/2010] cons. 2.2.

⁹³ RJN 2019, p. 507.

A noter que le droit cantonal pourrait selon la jurisprudence du Tribunal fédéral⁹⁴ limiter le choix aux *avocats inscrits au registre cantonal* sans violer les art. 29 al. 3 et 27 Cst. Il existe en effet un intérêt public à une telle limitation compte tenu de l'obligation faite uniquement aux avocats inscrits dans le registre du canton d'accepter les mandats d'office et de la plus grande proximité des autorités de surveillance.

D. Autres frais (art. 24 LAJ)

Conformément à l'art. 24 LAJ, les frais de ports, de copies et de téléphone sont calculés selon les frais effectifs ou forfaitairement à raison de 5 % du montant de l'indemnité (hors TVA, aurait-il fallu préciser)⁹⁵. Cette règle ne s'applique pas au défenseur privé⁹⁶ dont les débours sont calculés selon la LTFrais (cf. art. 35 en matière pénale, art. 52 en matière administrative et art. 63 en matière civile).

Selon le Rapport, un montant de CHF 0.50 par copie en cas de petite série et de CHF 0.20 par copie en cas de grande série peut s'avérer raisonnable⁹⁷.

E. Mémoire d'indemnisation (art. 25 LAJ)

Selon l'art. 25 LAJ, à la fin de la procédure, l'avocat·e remet à l'autorité compétente le décompte des frais et honoraires donnant lieu à indemnisation, avec indication du temps consacré. A défaut, il est statué d'office. Les recommandations de la CAAJ du 14 décembre 2020 retiennent que « *Sauf indication autre de l'instance compétente pour procéder à la taxation de la note d'honoraires de l'avocat d'office, cette note doit être remise à l'instance concernée dans un délai de 10 jours dès la fin de la procédure concernée* ».

Cette réglementation diffère du système prévu par les anc. art. 16 LI-CPC et 18 LI-CPP, selon lesquels il appartenait à l'autorité saisie de requérir du conseil juridique les informations utiles à la fixation de sa rémunération, en l'informant qu'à défaut de les obtenir, il serait statué d'office.

L'art. 25 LAJ ne définit pas la notion de fin de la procédure. En matière pénale, le décompte doit être déposé avant qu'un jugement au fond ne soit rendu puisque,

⁹⁴ TF du 07.08.2008 [5A_175/2008], RSPC 2008 377.

⁹⁵ Comp. anc. art. 57 TFrais : à l'effectif ou selon un forfait de 10 %.

⁹⁶ Arrêt en ligne de la Cour pénale du 03.06.2020 [CPEN.2019.98] cons. 11.

⁹⁷ Rapport LAJ, p. 4 (n° 68) : se référant à l'art. 13 du Règlement du Tribunal pénal fédéral sur les frais, émoluments, dépens et indemnités de la procédure pénale fédérale (RFPPF ; RS 173.713.162) et réservant la possibilité pour la CAAJ d'établir, en collaboration avec l'OAN et les JPN, des directives plus précises à ce sujets.

selon la jurisprudence, l'indemnisation ne peut pas faire l'objet d'une décision séparée⁹⁸. Lorsque l'affaire n'est pas transmise à l'autorité de jugement, c'est au Ministère public qu'il convient d'envoyer le décompte⁹⁹, après réception d'un avis de prochaine clôture ou interpellation du Ministère public. A défaut, une décision séparée s'impose néanmoins¹⁰⁰.

La LAJ ne contient aucune disposition obligeant l'autorité à faire part au mandataire de ses doutes quant à la justification de l'activité alléguée. L'autorité n'est donc pas tenue d'inviter le ou la mandataire à se déterminer au sujet des activités qu'elle entend retrancher de son mémoire¹⁰¹. Soulignant que lorsque certains postes sont refusés, d'autres sont alloués, parfois à tort, et que l'un dans l'autre, c'est le résultat auquel conduit l'indemnisation qui est le plus important, un arrêt du tribunal cantonal préconise que les notes d'honoraires portant sur des centaines de postes comprennent un résumé permettant de voir quelle durée a été consacrée de manière générique aux activités (par. ex. nombre de courriers, pour une telle durée totale)¹⁰². A notre sens, la présentation chronologique demeure la plus cohérente et la plus explicite. Elle permet de comprendre l'activité déployée : les opérations se suivent dans le temps, et l'on saisit aisément leur raison d'être. Regrouper les opérations selon qu'il s'agit d'audiences, de lettres, de recherches juridiques ou d'examen du dossier n'est qu'un outil supplémentaire.

F. Acomptes (art. 28 LAJ)

L'art. 28 LAJ prévoit que l'avocat·e peut demander au pouvoir judiciaire, au moins une fois par an, le versement d'un acompte en justifiant son activité (al. 1) et qu'il doit le faire, au moins une fois par an, si l'indemnité prévisible est

⁹⁸ ATF 143 IV 40 cons. 3.2.1, confirmant l'ATF 139 IV 199 cons. 5.3 et 5.4, JT 2014 IV 79 ; *contra* : BSK StPO-RUCKSTUHL, art. 135 N 12 ; cf. ég. CR CPP-HARARI/JAKOB/SANTAMARIA, art. 135 N 8 ; GLASSEY, Contestations relatives à l'indemnisation de l'avocat d'office et du conseil juridique gratuit par les tribunaux de première instance : procédure et compétences, RJN 2019, p. 15 ss, p. 22, estimant que le principe de célérité justifie, dans certaines circonstances, le prononcé d'un jugement ultérieur sur la question des frais.

⁹⁹ Cf. art. 135 al. 2 CPP ; CR CPP-HARARI/JAKOB/SANTAMARIA, art. 135 N 5.

¹⁰⁰ CR CPP-HARARI/JAKOB/SANTAMARIA, art. 135 N 8.

¹⁰¹ Arrêt en ligne de l'Autorité de recours en matière civile du 10.06.2020 [ARMC.2020.26] cons. 3. La garantie du droit d'être entendu implique toutefois que l'autorité qui statue sur la base d'une liste de frais dont elle entend s'écarter indique au moins brièvement les raisons pour lesquelles elle tient certaines prétentions pour injustifiées : cf. not. arrêt du TF du 15.06.2018 [6B_1410/2017] cons. 3.1.

¹⁰² RJN 2019, p. 509.

supérieure à 25'000.- francs (al. 2)¹⁰³. La disposition ne précise pas si ce montant vise la rémunération prévisible de l'année en cours ou de l'ensemble de la procédure. Les termes utilisés dans le Rapport penchent cependant plutôt en faveur de la seconde solution¹⁰⁴.

Une directive informelle du procureur général permet d'accorder des acomptes sur honoraires plus d'une fois par année lorsque le montant en cause s'élève à 5'000.00 francs et plus. Il n'y a pas de limite inférieure lorsque le délai d'une année est échu. Des exceptions sont possibles lorsque l'avocat est en difficulté de trésorerie. S'agissant des affaires autres que celles pendantes devant le Ministère public, la Conférence judiciaire du 26 novembre 2020 a entériné la possibilité d'octroyer des acomptes sur honoraire plus d'une fois par année lorsque le montant de 2'000.00 francs et plus est atteint. Cet allègement fait suite aux mesures COVID-19 prises par la CAAJ au début de la pandémie.

Selon la jurisprudence cantonale, l'octroi d'une avance ne préjuge en rien de la décision finale sur l'indemnité d'avocat-e d'office et le juge peut se contenter de considérer, pour fixer le montant de l'avance, que celle-ci ne sera en principe pas supérieure à ce qui pourrait être alloué avec la décision finale. L'art. 28 LAJ, qui admet l'octroi d'acomptes sur indemnités, n'oblige d'ailleurs pas le juge à se prononcer sur l'activité déjà déployée¹⁰⁵. Ce dernier avertira toutefois le ou la mandataire s'il apparaît d'ores et déjà que l'ampleur que prennent les opérations revendiquées dépasse sensiblement ce qui est raisonnable¹⁰⁶.

¹⁰³ Comp. anc. art. 19 LI-CPC et 21 LI-CPP : CHF 50.000.-.

¹⁰⁴ Rapport LAJ (n° 68), p. 4 : « [L]e montant initialement prévu de 50'000 francs (art. 19 LI-CPC) a été jugé excessif par la commission. En effet, celui-ci concernait une *affaire* en particulier et ne représente pas la majorité des *affaires*, et abaisser la limite à 25'000 francs paraît raisonnable » (mise en italique ajoutée) ; en ce sens, cf. également le Rapport du Conseil d'Etat 15.033 du 14 août 2015 à l'appui d'un projet de loi portant modification de la loi d'introduction du code de procédure civile LI-CPC et de la loi d'introduction du code de procédure pénale suisse LI-CPP, https://www.ne.ch/autorites/GC/objets/Documents/Rapports/2015/15033_CE.pdf [consulté le 05.01.2021] : « montant prévisible pour un *dossier* » (mise en italique ajoutée).

¹⁰⁵ Arrêt en ligne de l'Autorité de recours en matière civile du 10.06.2020 [ARMC.2020.26] cons. 4h.

¹⁰⁶ RJN 2019, p. 509.

2.5 Sort des frais et dépens (chap. 4 LAJ)

Le sort des frais et dépens est réglé aux art. 29 à 31 LAJ. L'art. 29 al. 1 LAJ renvoie au droit de procédure applicable en la matière, soit à l'art. 122 CPC en matière civile et à l'art. 135 CPP en matière pénale. En dépit de ce renvoi, les art. 31 et 32 LAJ règlent la question du sort des frais et dépens en cas de perte, respectivement de gain, du procès. Si la jurisprudence cantonale se réfère aux art. 31 et 32 LAJ en procédure civile¹⁰⁷, les dispositions du CPP ne laissent à notre sens pas de place à leur application en matière pénale.

En cas de *perte du procès*, l'art. 30 LAJ prévoit, en accord avec la jurisprudence fédérale¹⁰⁸, que la personne bénéficiaire de l'assistance judiciaire verse elle-même les dépens à la partie adverse (al. 1) et que les frais judiciaires sont à la charge du canton, sous réserve de leur remboursement par la personne bénéficiaire (al. 2).

En cas de *gain du procès*, l'art. 31 LAJ prévoit que la partie adverse condamnée à supporter les frais judiciaires paie à l'Etat ceux que ce dernier a avancés à la personne bénéficiaire de l'assistance judiciaire (al. 1) et que les dépens alloués à cette dernière sont versés à l'avocat·e par l'Etat (al. 2).

Ce dernier alinéa correspond à la proposition formulée par l'OAN lors de la procédure de consultation, visant à limiter la relation financière à l'Etat et au bénéficiaire de l'assistance judiciaire. On peut s'interroger sur le sens à donner à cette disposition, ainsi que sur sa conformité à l'art. 122 al. 2 CPC, qui prévoit que les dépens sont remplacés par une rémunération équitable s'ils ne peuvent pas être obtenus de l'adverse partie. La solution neuchâteloise n'est pas compatible à notre sens avec l'art. 122 al. 2 CPC lorsque la solvabilité de l'adverse partie ne fait aucun doute, puisque dans ce cas, les dépens (en principe plus élevés vu le tarif applicable) sont acquis au mandataire¹⁰⁹ et remplacent l'indemnité équitable¹¹⁰. Se référant aux 30 et 31 LAJ, l'Autorité de recours en matière civile a estimé qu'il se justifiait – lorsque la partie au bénéfice de l'assistance judiciaire n'obtient pas entièrement gain de cause – de fixer une

¹⁰⁷ Arrêt en ligne de l'Autorité de recours en matière civile du 10.06.2020 [ARMC.2020.26] cons. 4h.

¹⁰⁸ *Supra*, I, 1.4.

¹⁰⁹ Arrêt du TF du 04.02.2014 [5A_754/2013], RSPC 2014 229.

¹¹⁰ Comp. arrêt du TF du 01.07.2014 [5D_54/2014], cons. 2.1 ; RSPC 2014 519.

indemnité de dépens¹¹¹ partielle à la charge de la partie adverse, puis une indemnité d'avocat·e d'office entière¹¹², à verser par l'Etat. Ce dernier est alors subrogé à concurrence du montant versé pour obtenir de la partie adverse les dépens mis à sa charge¹¹³. A noter que le Tribunal fédéral a jugé arbitraire la solution consistant à accorder à l'avocat·e d'office d'une partie obtenant partiellement gain de cause une demi-indemnité d'office, l'autre étant fictivement couverte par les dépens compensés ; en effet, l'avocat·e d'office se trouve alors plus mal loti·e qu'en cas de perte intégrale¹¹⁴.

En matière administrative, l'ancien article 60f aLPJA prévoyait que la demande d'assistance devait être déclarée sans objet lorsque la partie au bénéfice de l'assistance obtenait gain de cause, et de ce fait avait droit à des dépens. Il semblerait que le Tribunal cantonal continue d'adopter cette pratique¹¹⁵ depuis l'entrée en vigueur de la LAJ. Cette manière de procéder apparaît conforme à la lettre de l'art. 31 al. 2 LAJ si l'on admet que « l'Etat » désigne alors la collectivité publique au sens de l'adverse partie tenue de verser les dépens et que ceux-ci ne sont pas inférieurs à l'indemnité d'avocat·e d'office¹¹⁶.

2.6 Remboursement des prestations à l'Etat (chap. 5 LAJ)

A. Cession de créance (art. 34 LAJ)

Le Tribunal fédéral a jugé admissible en procédure civile¹¹⁷ la pratique¹¹⁸ faisant dépendre l'octroi de l'assistance judiciaire de la cession du gain éventuel du procès, jusqu'à concurrence du montant des frais judiciaires à la personne

¹¹¹ Fixée conformément au tarif applicable à l'avocat·e de choix : ATF 140 III 167, RSPC 2014 431.

¹¹² Au sens d'une indemnité équitable selon l'art. 122 al. 2 CPC.

¹¹³ Arrêt en ligne de l'Autorité de recours en matière civile du 10.06.2020 [ARMC.2020.26] cons. 2a.

¹¹⁴ ATF 145 III 433.

¹¹⁵ Pratique reconnue conforme à l'art. 29 al. 3 Cst. lorsque l'adverse partie tenue de payer les dépens est une collectivité ou encore un particulier dont la solvabilité ne fait aucun doute : ATF 122 I 322 cons. 3d, JT 1998 I 284.

¹¹⁶ Comp. en matière civile, ATF 140 III 167, RSPC 2014 431.

¹¹⁷ Vu les différences avec le régime applicable en procédure pénale, l'application de cette jurisprudence à la partie plaignante semble exclue : CR CPP-HARARI/CORMINBOEUF HARARI, art. 136 N 49a.

¹¹⁸ Pratique existante dans les cantons de Zurich et Saint-Gall avant l'entrée en vigueur du CPC, cf. ATF 142 III 131 cons. 2.1.

requérante et des frais de représentation par avocat¹¹⁹. Ce raisonnement découle de l'obligation de rembourser l'assistance judiciaire (cf. art. 123 al. 1 CPC)¹²⁰.

L'art. 34 LAJ est inspiré de cette jurisprudence¹²¹. Il prévoit la possibilité pour l'Etat de se faire céder, à concurrence des frais occasionnés par l'assistance judiciaire, tout ou partie de la créance éventuelle résultant du procès pour la personne bénéficiaire de l'assistance judiciaire (al. 1). La cession n'est valable que si elle a été constatée par écrit. Le formulaire de requête comporte une mention à cette fin (al. 2).

En pratique, la cession ne devrait avoir d'effet réel que lorsque la personne bénéficiaire de l'assistance judiciaire obtient partiellement gain de cause : la créance ne peut en effet exister si elle succombe intégralement. A l'inverse, si elle obtient intégralement gain de cause, les frais et dépens sont mis à la charge de la partie adverse¹²².

L'ATF 142 III 131 précise expressément que la cession de créance est soumise aux limites de l'art. 123 al. 1 CPC. Elle ne peut donc être mise en œuvre que si la situation financière de la personne bénéficiaire de l'assistance judiciaire le permet¹²³. Cette capacité se détermine selon les mêmes principes que ceux appliqués pour établir l'indigence de la personne bénéficiaire¹²⁴. Il en découle notamment que les prestations absolument insaisissables allouées pour lésions corporelles, atteinte à la santé ou mort d'homme (art. 92 al. 1 ch. 9 LP) ne doivent pas être prises en considération¹²⁵. Il convient également de tenir compte de l'éventuel caractère de « réserve de secours » de la créance cédée¹²⁶. En outre, la

¹¹⁹ ATF 142 III 131.

¹²⁰ ATF 142 III 131 cons. 4 ; comp. ATF 144 V 97 : dans la procédure en matière d'assurance sociale (art. 34 ss LPGa), il manque une base légale pour exiger le remboursement de l'assistance judiciaire en cas de retour à meilleure fortune d'une partie précédemment indigente.

¹²¹ Rapport LAJ (n° 68), p. 5.

¹²² Comp. CR LPGa-MÉTRAL, art. 61 N 91 : il est rare qu'une telle situation se produise dans les procédures de recours en droit des assurances sociales.

¹²³ ATF 142 III 131 cons. 4.2 ; FRANCEY, L'octroi de l'assistance judiciaire sous réserve d'une cession de créance en faveur de l'Etat, in www.lawinside.ch/221/.

¹²⁴ BK-BÜHLER, art. 123 N 7 ; KUKO ZPO-JENT-SØRENSEN, art. 123 N 1.

¹²⁵ BK-BÜHLER, art. 123 N 8.

¹²⁶ Comp. arrêt du TF du 20.03.2018 [5A_886/2017] cons. 5.2.

cession ne saurait porter sur les créances courantes¹²⁷ en contribution d'entretien¹²⁸.

L'obligation de rembourser ne naît pas de plein droit lorsque les conditions en sont remplies, mais suppose au contraire une décision¹²⁹ du département¹³⁰.

B. Renseignements fiscaux (art. 35 LAJ)

L'art. 35 al. 2 LAJ autorise le département à se renseigner auprès de l'autorité fiscale sur la situation de la personne bénéficiaire, aux fins de déterminer si celle-ci est en mesure de rembourser les montants avancés au titre de l'assistance judiciaire. La disposition précise que le formulaire d'assistance judiciaire comporte une mention à cette fin. Dans l'idée du législateur, il s'agit de permettre au requérant de donner son consentement pour la consultation de ses données fiscales¹³¹. Le Rapport rappelle que cette manière de procéder est compatible avec la Convention intercantonale relative à la protection des données et à la transparence dans les cantons du Jura et de Neuchâtel (cf. art. 16 CDPT-JUNE)¹³².

2.7 Voies de droit (chap. 6 LAJ)

Les articles 38, 39 et 40 LAJ indiquent, pour chaque matière (civile, pénale et administrative), l'autorité compétente pour connaître des recours contre les décisions de première instance concernant l'octroi, le refus ou le retrait de l'assistance judiciaire, de même que la désignation d'un·e avocat·e, sa révocation, son remplacement et son indemnisation.

En matière *civile*, les décisions refusant ou retirant totalement ou partiellement l'assistance judiciaire (art. 121 CPC¹³³) peuvent faire l'objet d'un recours,

¹²⁷ Comp. arrêt du TF du 09.12.2019 [5A_248/2019] cons. 3.3.2 : il n'est pas insoutenable de contraindre le créancier d'importants arriérés de contributions d'entretien à les utiliser pour payer ses frais de procès.

¹²⁸ MAIER, Die Finanzierung von familienrechtlichen Prozessen, FamPra 2019 818, p. 853. Cela découle également de l'art. 164 al. 1 CO : comp. CR CO I-PROBST, art. 164 N 38.

¹²⁹ CR CPC-TAPPY, art. 123 N 12.

¹³⁰ La gestion des dossiers d'assistance judiciaire est déléguée au Service de la justice : art. 6 let. e RO-DJSC, RSN 152.100.01.

¹³¹ Rapport LAJ (n° 68), p. 5.

¹³² Rapport LAJ (n° 68), p. 5.

¹³³ Cette disposition s'applique également aux autres décisions en matière d'assistance judiciaire ne donnant pas satisfaction au requérant (p. ex. : décision refusant ou imposant

indépendamment d'un risque de préjudice difficilement réparable (art. 319 let. b ch. 1 CPC). Le délai de recours est de 10 jours (art. 321 al. 2 CPC). L'art. 38 LAJ pose le même principe pour les décisions fixant l'indemnité du conseil d'office (art. 122 al. 1 let. a ou al. 2 CPC), même si le texte légal ne le dit pas. Selon le Tribunal fédéral, il n'est pas arbitraire d'admettre que la voie du recours de l'art. 110 CPC s'applique aussi lorsque l'indemnité d'office a été fixée dans le jugement au fond¹³⁴. S'il devait un jour trancher cette question dans le cadre d'un recours en matière civile, il n'est toutefois pas exclu que le Tribunal fédéral retienne finalement que la voie de l'appel est ouverte dans ce cas¹³⁵.

En matière *pénale*, les décisions en matière de nomination d'un défenseur d'office¹³⁶, en matière de révocation et de remplacement du défenseur d'office¹³⁷ et en matière d'indemnisation du défenseur d'office¹³⁸ sont susceptibles de recours immédiat aux conditions des art. 393 ss CPP. Le délai de recours est de 10 jours (art. 396 al. 1 CPP).

Enfin, en *matière administrative*, les décisions rendues avant la décision finale concernant l'octroi ou le refus, total ou partiel, de l'assistance, la durée ou le retrait de celle-ci, ainsi que la désignation du mandataire, sont des décisions

le remplacement d'un conseil d'office) : CR CPP-TAPPY, art. 121 N 2 ; en ce sens, cf. ég. BK ZPO-BÜHLER, art. 121 N 4e.

¹³⁴ Arrêt du TF du 26.05.2016 [5A_120/2016] cons. 2.1.

¹³⁵ Comp. arrêt TF du 11.01.2019 [5A_706/2018] cons. 3.3 : « (...) une solution où le délai de recours contre la décision fixant l'indemnité du défenseur d'office serait identique à celui applicable à la décision au fond lorsque dite indemnité a précisément été fixée dans cette même décision aurait le mérite de la simplicité » ; cf. ég. BASTONS BULLETTI, newsletter CPC Online 2019-N14, n 6.

¹³⁶ ATF 140 IV 202, cons. 2 : la décision de la direction de la procédure du tribunal de première instance refusant de désigner un défenseur d'office est susceptible de causer un préjudice irréparable et, par conséquent, est immédiatement attaquant par la voie du recours selon l'art. 393 al. 1 let. b CPP. Est en revanche controversée la question du recours contre la décision du tribunal de première instance de nommer un·e avocat·e d'office, cf. CR CPP-HARARI/JAKOB/SANTAMARIA, art. 133 N 34 et les réf.

¹³⁷ Quant au risque de préjudice irréparable (condition de recevabilité du recours contre la décision du tribunal de première instance) qu'entraînent ces décisions, cf. CR CPP-HARARI/JAKOB/SANTAMARIA, art. 134 N 27. Au contraire de la décision qui refuse sa désignation, le défenseur d'office révoqué ou remplacé a la qualité pour recourir (op. cit., art. 134 N 26 ; arrêt du TF du 01.11.2017 [1B_350/2017] cons. 2 et les réf.).

¹³⁸ Pour approfondir sur les voies de droit cantonales contre les contestations relatives à l'indemnisation de l'avocat·e d'office, on consultera GLASSEY (n° 98), p. 26.

incidentes¹³⁹ pouvant faire l'objet d'un recours immédiat si elles sont de nature à causer un grave préjudice (art. 27 LPJA). Le délai de recours est de 10 jours (art. 34 al. 3 LPJA). Il est en revanche de 30 jours (art. 34 al. 1 LPJA) s'agissant du recours contre les décisions relatives à la fixation de l'indemnité du mandataire et à la restitution des prestations versées à l'assisté-e, qui sont finales¹⁴⁰.

2.8 Dispositions pénales (chap. 7 LAJ)

L'article 41 du chapitre 7 LAJ réintroduit¹⁴¹ des sanctions pénales à l'encontre de toute personne effectuant une déclaration inexacte ou incomplète en vue d'obtenir, de maintenir ou de faire obtenir à un tiers l'assistance judiciaire (al. 1), ainsi qu'à l'encontre de la personne bénéficiaire omettant de communiquer la modification des faits sur lesquels repose la décision d'octroi assistance judiciaire, ou la survenance de tout autre fait relatif aux conditions d'octroi de l'assistance judiciaire (al. 2). En matière civile et pénale, ce sont le CPC et le CPP qui fixent les devoirs du requérant et du bénéficiaire de l'assistance judiciaire et les conséquences de leur violation. A notre sens, le droit cantonal ne peut pas prévoir de disposition pénale sanctionnant leur comportement¹⁴². A titre de comparaison, le formulaire vaudois rend attentif le requérant au fait qu'« une fausse déclaration entraînera le retrait, le cas échéant avec effet rétroactif, de l'assistance judiciaire (art. 120 CPC), la perception de frais judiciaires (art. 119 al. 6 CPC), ainsi qu'une amende disciplinaire (art. 128 al. 1 CPC) ». L'art. 41 LAJ n'a donc de portée qu'en procédure administrative cantonale, conformément à la réserve de l'art. 335 al. 2 CP¹⁴³.

¹³⁹ SCHAEER, Juridiction administrative neuchâteloise, Commentaire de la loi sur la procédure et la juridiction administratives [LPJA] du 27 juin 1979, Neuchâtel 1995, art. 27 p. 124.

¹⁴⁰ SCHAEER, (n° 139), p. 124.

¹⁴¹ Comp. art. 45 aLAPCA.

¹⁴² Concernant l'escroquerie (art. 146 CP), cf. CR CP II-GARBARSKI/BORSODI, art. 146 N 69, citant Arrêt TF du 14.05.2012 [6B_50/2012] cons. 6, et qui relèvent toutefois le devoir de vérification des autorités.

¹⁴³ Cf. ATF 144 IV 444 cons. 3.6, qui rappelle que « les normes cantonales édictées sur cette base ne peuvent, en revanche, pas poursuivre une finalité plus étendue que la garantie du respect du droit administratif et des droits de procédure cantonaux ».

2.9 Dispositions finales (chap. 8 LAJ)

Les dispositions finales (art. 42 à 44 LAJ) ne contiennent pas de dispositions transitoires, de sorte que la LAJ s'applique uniquement aux faits qui se sont réalisés après son entrée en vigueur. En matière d'indemnisation, cela implique notamment que les activités effectuées avant le 1^{er} juillet 2019 sont appréciées selon l'ancien droit, la LAJ étant applicable en ce qui concerne les activités déployées dès le 1^{er} juillet 2019¹⁴⁴.

3. Développements récents

Considérant qu'il s'agit d'une mesure d'organisation privée propre au Barreau, la législation neuchâteloise ne prévoit rien quant à une permanence des avocat·e·s de la première heure¹⁴⁵. En accord avec l'objectif de limiter les coûts¹⁴⁶, la LAJ n'a apporté aucun changement à cet égard, en particulier s'agissant d'une éventuelle prise en charge par l'Etat de la première intervention de l'avocat·e lorsque la partie qu'il ou elle a assistée se révèle insolvable. Cette lacune a récemment été comblée par l'adoption le 23 février 2021 d'un nouvel art. 36c LI-CPP. Selon cette disposition – dont l'entrée en vigueur doit être fixée par le Conseil d'Etat – l'avocat·e de la première heure se verra désormais garantir par l'Etat, en cas d'insolvabilité ou de disparition de la personne assistée, le paiement au tarif de l'assistance judiciaire des honoraires relatifs à sa première intervention, pour autant que cette intervention n'apparaisse pas manifestement déraisonnable au moment de l'audition¹⁴⁷.

¹⁴⁴ Arrêt en ligne de la Cour de droit public du 13.12.2019 [CDP.2019.338] cons. 4.

¹⁴⁵ CR CPP-VERNIORY, art. 159 N 23.

¹⁴⁶ Cette optique occulte en effet l'aspect financier d'une éventuelle participation de l'Etat : CR CPP-VERNIORY, art. 159 N 23.

¹⁴⁷ Rapport 20.045 du 2 novembre 2020 du Conseil d'Etat au Grand Conseil à l'appui d'un projet de loi portant modification de la loi d'introduction du code de procédure pénale (LI-CPP), https://www.ne.ch/autorites/GC/objets/Documents/Rapports/2020/20045_CE.pdf [consulté le 09.03.2021] ; cf. ég. Rapport du 19 janvier 2021 de la Commission législative au Grand Conseil, https://www.ne.ch/autorites/GC/objets/Documents/Rapports/2020/20045_com.pdf [consulté le 09.03.2021], proposant au Grand Conseil d'accepter le projet de loi amendé selon ses propositions, ainsi que de le traiter en débat restreint. Lors de sa séance du 23 février 2021, le Grand Conseil a adopté le projet de loi, mais non son amendement (qui concernait toutefois uniquement l'art. 36a LI-CPP).

CONCLUSION

En matière d'assistance judiciaire, les compétences fédérales et cantonales varient selon le domaine du droit concerné. L'entrée en vigueur des codes de procédure unifiée en matière civile et pénale avait d'ailleurs entraîné l'abrogation de la LAPCA, et lesdits codes règlent, à ce jour, toujours en premier lieu l'assistance judiciaire. Ces circonstances rendaient à notre sens d'emblée peu conciliable la volonté du législateur, certes légitime, d'unifier à nouveau la matière dans une loi-cadre, et son objectif de simplification.

La LAJ soulève de nouvelles difficultés découlant des mélanges de législation fédérale et cantonale qu'elle contient. Les dispositions réglant le sort des frais et dépens semblent en particulier très confuses et leur portée exacte en matière civile, respectivement pénale et administrative, reste à définir. De même, la terminologie parfois imprécise de la LAJ entraîne certains doutes, notamment en lien avec l'application de certaines règles aux mandataires professionnellement qualifié·e·s. Enfin, la compétence du canton pour introduire une disposition pénale sanctionnant la violation des devoirs en matière d'assistance judiciaire ne semble pas donnée en matière civile et pénale.

Quant à l'objectif de limiter les coûts de l'assistance judiciaire, il faudra encore attendre quelques années avant de constater si les mécanismes introduits dans ce but ont porté leurs fruits. Ceux-ci devront, quoi qu'il en soit, être mis en œuvre dans le respect des principes généraux en matière d'assistance judiciaire.