

MEMORANDUM

SELECTION DE JURISPRUDENCES PARUES AUX ROATF, JT ET SJ AVRIL-MAI 2017

I. DROIT CIVIL

DROIT DE LA FAMILLE. MAINTIEN DE L'AUTORITE PARENTALE EXCLUSIVE. JT 2017 II 179 – ATF 142 III 197 (5A_400/2015, 25 février 2016)

Art. 298 al. 1, 298b al. 2, 307 CC

L'autorité parentale conjointe ne s'exerce manifestement pas pour le bien de l'enfant quand les parents responsables n'ont pas même d'échanges partiels entre eux si bien que chaque question le concernant nécessite l'ouverture d'une procédure impliquant d'ailleurs l'enfant au fur et à mesure qu'il grandit.

Même l'octroi exclusif de certaines compétences décisionnelles ne serait pas apte à fournir un correctif ; ce moyen n'est à disposition que pour autant que le conflit parental ne porte que sur quelques points mais que, en principe, une collaboration harmonieuse reste possible.

L'attribution de l'autorité parentale est sans rapport avec la question d'une faute parentale ni ne tend à punir celui des parents qui ne veut pas coopérer.

Le législateur a expressément écarté l'idée que l'attribution dépendrait de la libre appréciation du juge. Il a voulu que l'autorité parentale conjointe soit le principe alors que l'attribution exclusive ou le maintien d'une telle attribution doit rester une exception strictement limitée au cas où le bien de l'enfant serait considérablement compromis du fait de l'exercice en commun de cette autorité et où une attribution exclusive permettrait une amélioration de la situation – respectivement le maintien d'une attribution exclusive éviterait une péjoration à craindre.

DROITS REELS. PROPRIETE FONCIERE. RADIATION D'UNE SERVITUDE. SJ 2017 I 193 (TF, 5D_176/2016, 21 novembre 2016)

Art. 694, 736 CC

L'absence intentionnelle d'usage de la servitude ne signifie pas encore que celle-ci ait perdu toute utilité pour le fonds dominant ; cette absence peut tout au plus constituer un indice de la perte d'utilité. Le fait que le fonds bénéficiant d'un droit de passage dispose d'un nouvel accès à la voie publique ne permet pas non plus de conclure sans autre à l'inutilité de la première servitude, sauf si la servitude a été constituée comme passage nécessaire.

II. DROIT DES OBLIGATIONS

DROIT DE GAGE MOBILIER EN GARANTIE DE TOUTES CREANCES ACTUELLES ET FUTURES EVENTUELLES. DETERMINABILITE DE LA CREANCE GARANTIE. ATF 142 III 746 (4A_81/2016, 3 octobre 2016)

Art. 27 al. 2, 884ss CC, 19 al. 2 CO

En ce qui concerne la désignation de la créance garantie, le droit de gage mobilier peut être constitué, comme en matière d'hypothèque (art. 824 al. 1 CC), pour garantir une créance quelconque, actuelle (exigible ou non), future, conditionnelle ou simplement éventuelle.

En ce qui concerne les créances futures éventuelles, en particulier des banques à l'égard de leurs clients, elles sont suffisamment déterminables au moment de la conclusion du contrat constitutif de gage lorsque les parties devaient raisonnablement compter avec leur survenance. Autrement dit, il est nécessaire que ces créances découlent clairement des rapports d'affaires entre la banque et le client - connexité avec le rapport de base - et que les parties aient pu ou dû raisonnablement penser, lors de la conclusion du contrat constitutif de gage, qu'elles pourraient prendre naissance.

Il importe en effet que le constituant du gage ait accepté de garantir de telles créances, ce qui présuppose qu'au moment de conclure le contrat constitutif de gage, lesdites créances aient été prévisibles. Il peut donc s'avérer nécessaire de devoir interpréter la volonté des parties.

Tant que la créance garantie n'est pas éteinte, le droit de gage subsiste et permet à la banque de retenir les objets grevés. Si le droit de gage garantit plusieurs créances, l'obligation de restituer les choses gagées ne prend naissance qu'au moment où la dernière créance garantie a été réglée.

L'engagement de garantir toutes les créances futures qu'une personne pourrait avoir envers une autre, sans que celles-ci soient définies par une limite dans le temps, par le genre d'affaires dont elles résultent ou par la manière dont le créancier les a acquises, est nul en vertu des art. 27 al. 2 CC et 19 al. 2 CO.

En l'occurrence, les créances en libération dont se prévaut la banque à l'égard de la demanderesse en relation avec les opérations d'achat et de revente des fonds de placement n'étaient pas suffisamment déterminables au moment de la conclusion du contrat constitutif de gage. Si les première et deuxième de ces créances sont certes connexes à la relation d'affaires entre la demanderesse et la banque, lesdites créances n'étaient pas prévisibles au moment de la conclusion de ce contrat. Le recours de la demanderesse doit ainsi être admis et l'arrêt attaqué réformé en ce sens que la défenderesse n'est pas titulaire d'un droit de gage sur les avoirs de la demanderesse pour les créances éventuelles qu'elle invoque en relation avec les deux fonds.

REDUCTION D'UNE PEINE CONVENTIONNELLE. ATF 143 III 1 (4A_268/2016, 14 décembre 2016)

Art. 163 al. 3 CO

La jurisprudence a toujours imposé au débiteur, et non au créancier, d'alléguer et de prouver les conditions de fait d'une réduction et, partant, la disproportion par rapport au dommage causé.

Il s'impose toutefois de ne pas se montrer trop formaliste dans l'examen des exigences d'allégation pesant sur le débiteur. Il suffit qu'il résulte de ses écritures qu'il conteste la peine conventionnelle en considérant que son montant est trop élevé.

Dans leur demande, les époux ont invoqué qu'une peine conventionnelle de 20% est atypique et que la pratique notariale prescrit usuellement un pourcentage de l'ordre de 10 à 15%. Il y a lieu d'admettre qu'ils ont ainsi suffisamment manifesté leur volonté de voir la peine conventionnelle réduite, pour le cas où elle ne devrait pas être intégralement rejetée.

Une réduction de la peine se justifie en particulier lorsqu'il existe une disproportion crasse entre le montant convenu et l'intérêt du créancier à maintenir la totalité de sa prétention, mesuré concrètement au moment où la violation contractuelle est survenue. La protection de la partie économiquement faible autorise davantage une réduction que si sont concernés des partenaires économiquement égaux et habitués des affaires.

DROIT DU BAIL. CONTESTATION DU LOYER INITIAL. JT 2017 II 139 - ATF 142 III 442 (4A_691/2015, 18 mai 2016)

Art. 270a l. 1 let. a CO

Les deux hypothèses de contrainte prévues à l'art. 270 al. 1 let. a CO – nécessité personnelle ou familiale et situation sur le marché local du logement ou des locaux commerciaux – constituent deux motifs distincts et indépendants permettant de contester le loyer initial. Les locataires sont donc fondés à contester le loyer initial du moment qu'une situation de pénurie des logements est avérée, sans avoir à établir de surcroît qu'une certaine contrainte personnelle les auraient obligés à conclure le bail.

DROIT DU BAIL. DELAI POUR CONTESTER LE CONGE. THEORIE DE LA RECEPTION ABSOLUE. ABSENCE OU VACANCES DU LOCATAIRE. ATF 143 III 15-SJ 2017 I 211 (4A_293/2016, 13 décembre 2016)

Art. 273 al. 1 CO

Le bailleur supporte le risque de la transmission de la résiliation du bail jusqu'au moment où le pli recommandé parvient dans la sphère d'influence du locataire, alors que celui-ci supporte le risque, à l'intérieur de sa sphère d'influence, de la prise de connaissance du pli.

Le locataire ne peut donc pas simplement ignorer l'avis de retrait déposé dans sa boîte aux lettres (ou case postale) lorsqu'il est absent ou en vacances, et ce même si le délai de garde est échu lorsqu'il le trouve à son retour. Il doit s'informer auprès de la poste pour connaître le nom de l'expéditeur du pli recommandé. D'ailleurs, actuellement, il lui est même souvent possible d'obtenir cette information en consultant le site internet de la poste, à l'aide du code figurant sur l'avis de retrait. Si la poste n'est plus en possession du pli, le locataire devra s'enquérir alors directement auprès de l'expéditeur pour connaître le contenu du pli et en obtenir copie.

Le point de départ pour ouvrir action n'est pas modifié pour autant et la prise de connaissance tardive aura pour conséquence que le locataire qui entend contester le congé ne disposera plus de l'entier du délai de 30 jours pour ouvrir action.

DROIT DU TRAVAIL. QUALIFICATION D'UN BONUS COMME GRATIFICATION OU ELEMENT DE SALAIRE. REVENU TRES ELEVE. JT 2017 II 186 - ATF 142 III 381 (4A_565/2015, 14 avril 2016)

Art. 322, 322d CO

En cas de revenu très élevé, à savoir égal ou supérieur au salaire annuel médian suisse multiplié par cinq, la jurisprudence renonce à appliquer le critère de l'accessoriété et le bonus reste toujours une gratification au bon vouloir de l'employeur.

Pour arrêter la rémunération totale que le travailleur perçoit – effectivement – en vertu du contrat de travail, le TF ne tient pas compte du motif pour lequel le paiement est intervenu. Il importe peu que les paiements aient été effectués régulièrement ou en un seul versement, qu'ils soient intervenus pour des projets ou efforts particuliers ou qu'il s'agisse d'autres gratifications, primes pour un quelconque motif ou d'autres causes encore.

La période déterminante pour juger si un travailleur a perçu un très haut revenu correspond en général à une année de salaire. On peut dès lors sans autre se référer à l'ensemble des revenus perçus par l'employé durant la dernière année avant la résiliation du contrat.

Il s'agit de prendre en compte l'ensemble des revenus effectivement perçus par l'employé durant cette période, sans égard au fait qu'ils ont été versés pour cette période ou pour rémunérer l'activité déployée dans une période antérieure.

DROIT DU TRAVAIL. POINT DE DEPART DE LA GROSSESSE EN TANT QUE PERIODE DE PROTECTION CONTRE LES CONGES. ATF 143 III 21 (4A_400/2016, 26 janvier 2017)

Art. 336c al. 1 let. c CO

Il résulte de l'art. 336c al. 1 let. c CO que l'employeur ne peut pas, après le temps d'essai, résilier le contrat pendant la grossesse et au cours des seize semaines qui suivent l'accouchement.

Il est établi que l'employée a reçu son congé le 24 janvier 2011, avec effet au 31 mars 2011. Le 21 mars 2011, l'employée a contesté le motif du licenciement et, par courrier du 5 mai 2011, elle a informé son employeuse qu'elle était enceinte. L'enfant est né le 23 décembre 2011.

A cet égard, il a été retenu que la conception de l'enfant (ou fécondation de l'ovule; Befruchtung) a eu lieu avant le 31 mars 2011 à minuit.

C'est à juste titre qu'en l'espèce, la cour cantonale genevoise a considéré que, dans un cas d'application de l'art. 336c al. 1 let. c CO, la grossesse débutait au moment de la fécondation de l'ovule (conception de l'enfant) et non, comme pour l'infraction pénale réprimée à l'art. 118 CP, au moment de l'implantation.

En conséquence, la cour de justice a reconnu que la grossesse était antérieure au 31 mars 2011 à minuit et retenu que la fin des rapports de travail devait être fixée au 30 avril 2012. L'intimée avait donc droit à son salaire jusqu'à cette date.

SOCIETE ANONYME. REVISION. CONTRÔLE ORDINAIRE ET CONTRÔLE RESTREINT. AGREMENT DE L'ORGANE DE REVISION. INDEPENDANCE DU REVISEUR. SJ 2017 I 189 (TF, 2C_528/2016, 15 novembre 2016)

Art. 728, 729 CO

S'il est vrai que seul l'art. 728 CO relatif au contrôle ordinaire énumère une liste de situations incompatibles avec le devoir d'indépendance de l'organe de révision, il reste que ces précisions sont valables de la même manière pour le contrôle restreint prévu à l'art. 729 CO. Il n'est pas contestable qu'en procédant au contrôle des comptes de deux sociétés appartenant au même groupe que la société qui l'employait, sous la surveillance d'un membre de la direction d'une autre société du groupe, le réviseur n'a pas respecté son devoir d'indépendance.

III. DROIT DES POURSUITES ET DE LA FAILLITE

POURSUITE EN REALISATION DE GAGE IMMOBILIER. NANTISSEMENT DE CEDULES HYPOTHECAIRES GREVANT LE LOGEMENT FAMILIAL PROPRIETE DE L'EPOUSE. ACTE DE CESSION A TITRE FIDUCIAIRE NON SIGNE PAR LE MARI. PROTECTION DU LOGEMENT FAMILIAL. ATF 142 III 720 (5A_203/2016, 10 novembre 2016)

Art. 82, 153 al. 2 let. b LP, art. 169 al. 1 CC

Il s'agit de déterminer ici ce qu'il faut entendre par la notion d' « autres actes juridiques » susceptibles de restreindre les droits dont dépend le logement de la famille au sens de l'art. 169 CC et si, en l'occurrence, le transfert de propriété à fin de garantie des cédules hypothécaires entraine dans le champ d'application de cette disposition.

Il convient de se rallier à l'avis de la doctrine majoritaire et d'admettre que le consentement du conjoint est généralement nécessaire si la charge hypothécaire excède environ les 2/3 de la valeur vénale pour les immeubles non agricoles - ou le plafond fixé par l'art. 73 LDFR pour les immeubles agricoles. Cependant, le consentement est aussi nécessaire s'il est manifeste que les capacités financières du débiteur ne permettraient pas d'assurer le service de la dette hypothécaire ou encore que le logement familial se trouverait en danger de quelque manière en raison de la cédule hypothécaire. Ainsi, lorsque le propriétaire n'est pas ou plus en mesure de racheter la dette ou de contracter un nouveau crédit en cas de résiliation du

contrat par le créancier gagiste. Il en va de même si le propriétaire qui veut provoquer la réalisation forcée du logement, plutôt que de contracter une nouvelle hypothèque, se contente de ne plus payer les intérêts hypothécaires et de laisser la banque résilier le contrat de prêt puis demander la réalisation du gage.

Ces vérifications entrent dans le cadre de celles pouvant être effectuées par le juge de la mainlevée, dès lors que les faits à prouver, portant sur la situation financière des intéressés, peuvent être établis par des documents. Il en va de même de l'estimation de la valeur de l'immeuble, laquelle ne nécessite pas d'expertise, ce d'autant que les banques ont également besoin de connaître cette valeur pour octroyer leur prêt et que la remise de cédules en garantie, acte soumis ou non au consentement de l'autre époux, n'aura lieu dans la pratique que lorsque tous les autres paramètres économiques seront connus.

Reste à savoir si, lorsqu'il oppose la protection conférée par l'art. 169 CC à titre de moyen libératoire, le conjoint doit, outre le caractère familial de l'immeuble grevé, rendre vraisemblable que l'engagement hypothécaire dépasse les normes usuelles ou met le logement familial en péril de quelque façon. Il y a lieu de répondre par l'affirmative à cette question. La protection de l'art. 169 CC ne peut en effet être invoquée que pour autant que les droits sur le logement familial sont menacés par la remise de la cédule hypothécaire et que cet acte de disposition constitue un danger concret pour le logement en raison de la charge hypothécaire.

MAINLEVÉE PROVISOIRE DE L'OPPOSITION. DELAI POUR INTRODUIRE L'ACTION EN LIBÉRATION DE DETTE. FÉRIES. SJ 2017 I 145 (TF, 4A_139/2016, 14 décembre 2016)

Art. 83 LP, 145, 325 CPC

Le délai de l'art. 83 al. 2 LP prend naissance par un acte de poursuite auquel, en tant que tel, sont applicables les dispositions relatives aux fêtes et suspensions de poursuite, ces dernières influant également sur sa computation. Cet état de fait n'a pas été modifié par l'entrée en vigueur du CPC, compte tenu de la réserve explicite figurant à l'art. 145 al. 4 CPC en faveur des dispositions de la LP sur les fêtes et suspensions. Cela étant, que l'action en libération de dette soit une action au fond n'a pas d'effet sur le calcul du délai en cause.

IV. DROIT PENAL ET PROCÉDURE PÉNALE

PROCÉDURE PÉNALE. ORDONNANCE DE CLASSEMENT. INDEMNISATION DU PRÉVENU. ASSURANCE DE PROTECTION JURIDIQUE. SJ 2017 I 170 - ATF 142 IV 42 (6B_958/2015, 24 novembre 2015)

Art. 429, 430 CPP

Selon l'art. 429 al. 1 CPP, le prévenu acquitté totalement ou en partie ou qui bénéficie d'une ordonnance de classement a droit à une indemnité pour les dépenses occasionnées par l'exercice raisonnable de ses droits de procédure.

Les art. 429ss CPP ne prévoient pas le refus ou la réduction de l'indemnité dans le cas où le prévenu bénéficie d'une couverture d'assurance de protection juridique. D'autre part, le TF a déjà eu l'occasion de préciser qu'il est arbitraire de refuser une indemnité au titre de dépenses à une partie au seul motif qu'elle bénéficie d'une assurance de protection juridique.

Développée dans le contexte de la procédure civile, cette jurisprudence trouve également application en procédure administrative, en particulier dans le domaine des assurances sociales. Le TF l'a encore étendue à la procédure pénale. Si la procédure pénale débouche sur un acquittement ou un classement, la loi prévoit une indemnisation à la charge de l'Etat,

lequel ne peut se soustraire à son devoir d'indemnisation au motif que le prévenu bénéficie d'une assurance.

DROIT PENAL. DIFFAMATION VIA INTERNET. PRESCRIPTION. SJ 2017 I 177 - ATF 142 IV 18 (6B_473/2015, 2 décembre 2015)

Art. 98, 173, 178 CP

En matière de prescription, les délits d'atteinte à l'honneur, qu'ils soient commis par voie de presse ou par Internet, sont des délits instantanés. Le délai de quatre ans commence à courir dès la première publication des propos incriminés.

V. DROIT INTERNATIONAL PRIVE ET ARBITRAGE

LDIP. RECONNAISSANCE D'UN ACTE SUCCESSORAL ETRANGER (ACTE D'HOIRIE ETABLI PAR 'UN TRIBUNAL EGYPTIEN). ORDRE PUBLIC SUISSE. ATF 143 III 51 (5A_355/2016, 21 novembre 2016)

Art. 27 al. 1, 31, 96 LDIP

En vertu de l'art. 27 al. 1 LDIP (en relation avec l'art. 31 LDIP), la reconnaissance d'un acte étranger - en l'occurrence l'« acte d'hoirie » établi par le tribunal égyptien - doit être refusée en Suisse lorsqu'elle est manifestement incompatible avec l'ordre public suisse, c'est-à-dire lorsqu'elle heurte de manière intolérable les principes fondamentaux de l'ordre juridique suisse.

En l'espèce, « l'acte d'hoirie » dressé par un tribunal égyptien afin de réclamer, en leur qualité d'héritiers, les actifs que le de cujus détenait auprès d'établissements bancaires à Genève, constate la dévolution de sa succession légale à ses frères et soeurs, à l'exclusion de son épouse. Cette exclusion repose sur le constat qu'il « n'y a pas de succession entre un musulman et un non musulman ». Comme l'ont retenu les juges précédents, un tel résultat contrevient clairement au principe de l'interdiction de la discrimination en raison des convictions religieuses, qui - indépendamment de sa valeur constitutionnelle (art. 8 al. 2 Cst, art. 14 CEDH et 26 Pacte ONU II) - ressortit à l'ordre public suisse.

ARBITRAGE. CLAUSE DE RENONCIATION AU RECOURS. ATF 143 III 55 (4A_500/2015, 18 janvier 2017)

Art. 192 al. 1 LDIP

L'art. 192 al. 1 LDIP prévoit que, "si les deux parties n'ont ni domicile, ni résidence habituelle, ni établissement en Suisse, elles peuvent, par une déclaration expresse dans la convention d'arbitrage ou un accord écrit ultérieur, exclure tout recours contre les sentences du tribunal arbitral; elles peuvent aussi n'exclure le recours que pour l'un ou l'autre des motifs énumérés à l'art. 190 al. 2 LDIP".

Il ressort de la jurisprudence que la pratique n'admet que de manière restrictive les conventions d'exclusion et qu'elle juge insuffisante une renonciation indirecte. Quant à la renonciation directe, elle ne doit pas forcément comporter la mention de l'art. 190 LDIP et/ou de l'art. 192 LDIP. Il suffit que la déclaration expresse des parties fasse ressortir de manière claire et nette leur volonté commune de renoncer à tout recours. Savoir si tel est bien le cas est affaire d'interprétation. C'est le lieu de rappeler que la renonciation au recours vise tous les motifs énumérés à l'art. 190 al. 2 LDIP, y compris celui tiré de l'incompétence du tribunal arbitral, à moins que les parties n'aient exclu le recours que pour l'un ou l'autre de ces motifs (art. 192 al. 1 in fine LDIP).

En définitive, in casu, la question décisive peut être formulée en ces termes : est-il conforme aux règles de la bonne foi qu'une partie affirmant avoir signé un contrat dans lequel elle s'est engagée, au moyen d'une clause de renonciation conforme aux exigences de l'art. 192 al. 1 LDIP, à n'attaquer aucune sentence y relative devant le Tribunal fédéral, quand bien même l'arbitre appelé à statuer sur le fond conclurait à l'inexistence dudit contrat pour cause de falsification, puisse néanmoins former un recours en matière civile devant cette autorité ? La réponse est évidemment négative. Le présent recours est donc irrecevable.

VII. PROCEDURE CIVILE

SOCIETE SIMPLE. CONSORITE MATERIELLE NECESSAIRE. DEFAULT DANS L'INDICATION DES DEMANDEURS. ATF 142 III 782 (4A_357/2016, 8 novembre 2016)

Art. 135 ch. 2, 544 al. 1 CO, 62, 64, 70 et 83 CPC

La requête de conciliation, lorsque la conciliation est obligatoire, respectivement la demande en justice, lorsque la conciliation est exclue doivent donc être déposées par tous les associés simples, qui doivent être nommément désignés. En particulier, si l'action n'a pas été ouverte par tous les associés de la société simple, qui ne peuvent agir en justice qu'ensemble comme Consorts matériels nécessaires (art. 70 al. 1 CPC), elle doit être rejetée, faute de qualité pour agir.

Il n'y a aucun formalisme excessif à exiger que le demandeur (ou le recourant) désigne avec précision et correctement l'identité des personnes qui agissent comme créancier ou comme débiteur, c'est-à-dire les parties qui ont la qualité pour agir et la qualité pour défendre, exigence qui relève du droit matériel, ce d'autant que l'acte d'ouverture d'action a pour effet d'interrompre la prescription, respectivement permet de respecter le délai de péremption.

La désignation inexacte d'une partie - que ce soit de son nom ou de son siège - ne vise que l'inexactitude purement formelle, qui affecte sa capacité d'être partie, même si la désignation erronée correspond à un tiers qui existe réellement. Elle peut être rectifiée lorsqu'il n'existe dans l'esprit du juge et des parties aucun doute raisonnable sur l'identité de la partie, notamment lorsque l'identité résulte de l'objet du litige.

Il ne faut pas confondre la désignation inexacte d'une partie avec le défaut de qualité pour agir ou pour défendre. Il y a défaut de qualité pour agir ou pour défendre lorsque ce n'est pas le titulaire du droit qui s'est constitué demandeur en justice, respectivement que ce n'est pas l'obligé du droit qui a été assigné en justice. Un tel défaut n'est pas susceptible de rectification, mais entraîne le rejet de la demande.

Quant à la *substitution de partie*, elle vise un changement de partie (art. 83 CPC) en cours d'instance, en particulier en cas d'aliénation de l'objet du litige (ou de cession de créance) durant le procès (art. 83 al. 1 CPC) ou en vertu de dispositions spéciales prévoyant une succession légale (art. 83 al. 4 2e phr. CPC); en dehors de ces hypothèses, le changement de partie est subordonné au consentement de la partie adverse (art. 83 al. 4 1ère phr. CPC). La substitution de partie, sous de ce dernier cas, n'est donc pas un moyen pour le demandeur pour corriger ses erreurs de procédure dans la désignation de celui qui a qualité pour agir ou pour défendre.

RECOURS EN MATIERE CIVILE CONTRE UNE DECISION INCIDENTE CONCERNANT UNE AVANCE DE FRAIS OU DES SÛRETES EN GARANTIE DES DEPENS. ATF 142 III 798 (4A_14/2016, 15 novembre 2016)

Art. 93 al. 1 let. a LTF

Il est normal, partant, de ne réserver le droit d'attaquer une décision incidente en matière d'avance de frais ou de sûretés en garantie des dépens qu'à la partie qui ne possède pas les

moyens financiers nécessaires au paiement du montant qu'elle s'est vu réclamer à ce titre et qui ne remplit pas les conditions lui permettant d'obtenir sa mise au bénéfice de l'assistance judiciaire. La logique veut donc que toute partie recourante démontre qu'elle n'est financièrement pas en mesure de payer le montant qui lui ouvrirait les portes de l'institution judiciaire, quand bien même les exigences relatives à cette preuve ne sont pas aussi élevées que celles qui concernent la preuve de l'indigence au sens de l'art. 117 let. a CPC. Tel est le sens de la jurisprudence présentement confirmée.

IX. AVOCATS

AVOCAT. RECOUVREMENT D'HONORAIRES. LEVEE DU SECRET PROFESSIONNEL. JT 2017 I 39 - ATF 142 II 307 (2A_586/2015, 9 mai 2016)

Art. 321 ch. 2 CP, 13 al. 1 LLCA

La levée du secret professionnel de l'avocat est régie exclusivement par le droit fédéral. L'art. 321 ch. 2 CP exige une pesée d'intérêts ; la levée du secret ne peut être accordée qu'en présence d'un intérêt public ou privé nettement prépondérant sur l'intérêt au maintien du secret. L'avocat a ordinairement un intérêt digne de protection à obtenir la levée du secret en vue du recouvrement de ses honoraires.

Hormis les situations où il d'emblée exclu de réclamer une provision, par exemple lorsque l'avocat est attribué au client en qualité de conseil d'office et gratuit, il incombe à l'avocat qui sollicite d'être libéré du secret de démontrer pourquoi il ne lui était pas possible de faire couvrir les coûts par le versement d'une provision.

RESPONSABILITE DE L'AVOCAT D'OFFICE. ATF 143 III 10 (4A_234/2016, 19 décembre 2016)

Art. 61 al. 1 CO, 12 let. b et g LLCA

A la différence du notaire qui est en premier lieu un officier public, l'avocat, le plus souvent, agit principalement dans le cadre de mandats privés. Et lorsqu'il est commis d'office, il ne devient pas un officier public; certes, il a une qualité officielle (art. 395 CO) et remplit une tâche d'intérêt public, mais il n'est pas une personne investie d'attributions de droit public.

A teneur de l'art. 12 let. b LLCA, l'avocat inscrit au barreau exerce son activité professionnelle non seulement en toute indépendance et en son nom personnel, mais également sous sa propre responsabilité; ces exigences s'appliquent sans restriction aux causes dans lesquelles l'avocat a été commis d'office (cf. art. 12 let. g LLCA). Le caractère exhaustif de l'art. 12 LLCA s'oppose ainsi à toute réglementation cantonale excluant la responsabilité de l'avocat d'office pour les dommages dus à un défaut de diligence lors de l'exécution du mandat d'office. Au demeurant, une réglementation différente de la responsabilité de l'avocat d'office selon les cantons n'est guère conciliable avec l'unification de la réglementation professionnelle de l'avocat voulue par la LLCA.

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