

Le droit public en mouvement

Mélanges en l'honneur du Professeur Etienne Poltier

Édités par Véronique Boillet / Anne-Christine Favre /
Vincent Martenet

Le droit public en mouvement

Mélanges en l'honneur du Professeur Etienne Poltier

Édités par Véronique Boillet / Anne-Christine Favre /
Vincent Martenet

Citation suggérée de l'ouvrage: VERONIQUE BOILLET/ANNE-CHRISTINE FAVRE/VINCENT MARTENET (édit.), *Le droit public en mouvement – Mélanges en l'honneur du Professeur Etienne Poltier*, collection «Recherches juridiques lausannoises», Genève / Zurich 2020, Schulthess Éditions Romandes

ISBN 978-3-7255-8739-1

© Schulthess Médias Juridiques SA, Genève · Zurich · Bâle 2020

www.schulthess.com

Diffusion en France: Lextenso Éditions, Grande Arche – 1 Parvis de La Défense,
92044 Paris La Défense Cedex

www.lextenso-editions.com

Diffusion et distribution en Belgique et au Luxembourg: Patrimoine SPRL,
Avenue Milcamps 119, B-1030 Bruxelles; téléphone et télécopieur: +32 (0)2 736 68 47;
courriel: patrimoine@telenet.be

Tous droits réservés. Toute traduction, reproduction, représentation ou adaptation intégrale ou partielle de cette publication, par quelque procédé que ce soit (graphique, électronique ou mécanique, y compris photocopie et microfilm), et toutes formes d'enregistrement sont strictement interdites sans l'autorisation expresse et écrite de l'éditeur.

Information bibliographique de la Deutsche Nationalbibliothek

La Deutsche Nationalbibliothek a répertorié cette publication dans la Deutsche Nationalbibliografie; les données bibliographiques

Sommaire

Préface	V-VII
Partie I – Droit public : questions choisies	
LAURENT BIERI Le rendement des immeubles subventionnés – Commentaire de l’arrêt du Tribunal fédéral 1C_500/2013 du 25 septembre 2014.....	3-8
VÉRONIQUE BOILLET La libre-circulation des familles arc-en-ciel.....	9-20
JÉRÔME BÜRGISSER Quelques arrêts récents de la Cour de Justice et du Tribunal de l’Union européenne d’intérêt pour le droit fiscal suisse	21-44
DAVIDE CERUTTI / VERONICA FRIGERIO La prétendue pyramide ou le débordement ³	45-65
ROBERT J. DANON The beneficial ownership requirement under art. 10 (dividends), 11 (interest) and 12 (royalties) of the OECD Model Tax Convention: the case of conduit companies.....	67-137
ALEX DÉPRAZ Changement de loi pendant la procédure de recours – <i>Lex Weber</i> et <i>Retour vers le futur</i>	139-152
GIOVANNI DISTEFANO Some Benevolent Remarks regarding the Theory of Historical Consolidation of Territorial Titles.....	153-165
NATHALIE DONGOIS / KASTRIOT LUBISHTANI Un droit pénal <i>publicisé</i> dans le contexte de la sécurité nationale à l’épreuve de la menace terroriste.....	167-189
CHRISTOPH ERRASS Rechtliche Probleme staatlicher Forschungsförderung	191-211
STEVE FAVEZ L’accueil collectif préscolaire	213-233
NOÉMIE GOFFLOT / AURÉLIEN VANDEBURIE L’impact du droit au respect des biens sur le domaine public.....	235-250
THIERRY LARGEY L’essor des autorités de régulation et le déclin du droit administratif général.....	251-275
ANDREAS LIENHARD / DANIEL KETTIGER Justizmanagement im Rechtsstaat.....	277-299
VINCENT MABILLARD / MARTIAL PASQUIER Transparence administrative et accès à l’information en Suisse et dans le monde	301-319
PIERRE MOOR Rationalité et subjectivité dans l’interprétation et l’application du droit.....	321-334
LAURENT MOREILLON / MATHILDE VON WURSTEMBERGER Réflexions sur l’art. 104 al. 2 CPP.....	335-345

ANOUK NEUENSCHWANDER Dommages consécutifs à l'exploitation ou la construction d'un ouvrage public : moyens de droit à disposition des voisins lésés.....	347-360
NATHANAËL PÉTERMANN La réglementation de l'espace aérien face au développement de l'usage des drones	361-376
DENIS PIOTET La succession des droits et obligations au décès de l'administré	377-384
DAVID RENDERS Qui du juge national ou européen contrôle l'acte préparatoire national d'un processus décisionnel menant à l'adoption d'un acte administratif décisoire européen ?.....	385-398
CHRISTINE SATTIVA SPRING L'égalité salariale en Suisse : une lente marche forcée ?.....	399-418
DENIS TAPPY Le remboursement de l'assistance judiciaire en matière civile dans le canton de Vaud entre procédure administrative et procédure civile.....	419-434
PETER UEBERSAX Die Respektierung der Werte der Bundesverfassung	435-465
Partie II – L'État et les acteurs privés	
MARTIN BEYELER Wettbewerbsneutralität bei der kommerziellen Sondernutzung öffentlicher Sachen	469-504
DAVID BOULAZ La mise au concours des prestations de transport commandées	505-527
VALÉRIE DÉFAGO GAUDIN / SÉVERINE BEURET Réseaux de chaleur et marchés publics	529-548
NICOLAS F. DIEBOLD / MARTIN LUDIN Die Quasi-in-house-Ausnahme	549-567
ANNE-CHRISTINE FAVRE / SARAH VITTOZ Les entités privées chargées d'assistance et d'hébergement : quelques problématiques	569-596
VALENTINA GIOMI Transfert de l'acte administratif : le nouveau marché des autorisations administratives en Italie – Le cas des taxis et des pharmacies.....	597-620
CLÉMENCE GRISEL RAPIN Une concession sans monopole ? L'exemple de la concession des maisons de jeu.....	621-632
ANDREAS HEINEMANN / FRANK STÜSSI Submissionkartelle	633-660
PIM HUISMAN / CHRIS JANSEN / FRANK VAN OMMEREN The Execution of Public Contracts and Third-Party Interests in the Netherlands	661-674
VINCENT MARTENET L'État en concurrence avec le secteur privé – Enjeux en matière d'égalité et de neutralité ...	675-688
ARIANE MORIN L'incidence du droit des marchés publics sur l'existence et la validité du contrat	689-695

PHILIPPE NANTERMOD Le transport de personnes par autocar longue distance en Suisse.....	697-709
TARCILA REIS JORDÃO Direct Agreement : facing the challenges of bankability in Concession projects and Public-Private Partnerships in Brazil	711-728
MARKUS SCHOTT / RAPHAEL WYSS Grenzfälle im Beschaffungsrecht	729-743
HANSJÖRG SEILER Praxis des Bundesgerichts zu Grundrechtsträgerschaft und Grundrechtsverpflichtung von gemischtwirtschaftlichen Unternehmen und staatlichen Unternehmen in Privatrechtsform...	745-765
ANTONY TAILLEFAIT Les contrats d’emplois des agents du secteur public en Europe	767-780
PIERRE TSCHANNEN Hoheitliches Handeln von Privaten.....	781-798
BERNHARD WALDMANN / MARTIN D. KÜNG Beleihung und Konzession – Unterschiede und Berührungspunkte	799-814
ANDREAS ZIEGLER / SILVIO DA SILVA L’importance de l’Accord de l’OMC sur les marchés publics pour le droit des marchés publics en Suisse.....	815-827
Partie III – Droit du territoire, de l’énergie et de l’environnement	
BENOÎT BOVAY SOS-ISOS – Balade jurisprudentielle dans les quartiers historiques de Lausanne et environs	831-843
VINCENT BRÜLHART Déploiement de la 5G en Suisse : quelles précautions ? Considérations sur le principe de précaution à l’exemple de la téléphonie mobile	845-860
ALEXANDRE FLÜCKIGER L’unification du droit de la construction en Suisse : le droit souple et les normes privées à l’assaut du fédéralisme.....	861-869
ETIENNE GRISEL La géothermie entre droit fédéral et cantonal.....	871-886
PETER HÄNNI Geothermie und Windenergie im Kontext der Raumplanung – Neuere Entwicklungen in Gesetzgebung und Rechtsprechung.....	887-903
ANDRÉ JOMINI Les plans en mouvement – Mesures conservatoires pour la révision des plans d’affectation.....	905-920
PETER M. KELLER Neues zu Wald und Raumplanung	921-933
GUILLAUME LAMMERS Le développement de la constitution environnementale.....	935-949

ARNOLD MARTI Die bewegte Geschichte des Schweizer Raumplanungsrechts	951-964
THOMAS MERKLI Die Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Bundesinventar der schützenswerten Ortsbilder der Schweiz (ISOS).....	965-978
YVES NOËL Il pleut des taxes... Analyse de la nouvelle « taxe pluviale » lausannoise	979-990
ALEXANDER RUCH Regulierung der koordinativen Raumplanung im Untergrund	991-1005
ANDREAS STÖCKLI / LUKAS MARXER Rechtliche Grundlagen der Förderung erneuerbarer Energien unter besonderer Berücksichtigung des Einspeisevergütungssystems nach dem neuen Energiegesetz	1007-1034
THIERRY TANQUEREL Le contrôle des plans d'affectation par les tribunaux cantonaux.....	1035-1047
DANIELA THURNHERR Kostenfolgen der Einsprache im Raumplanungs- und Baurecht – der kantonalen Spielraum nach BGE 143 II 467	1049-1075
JEAN-BAPTISTE ZUFFEREY Le permis d'habiter : un acte « déclaratif » vis-à-vis du permis de construire	1077-1087
Liste des publications d'Etienne POLTIER.....	1089-1092
Liste des abréviations.....	1093-1104
Abkürzungsverzeichnis.....	1105-1121

Le remboursement de l'assistance judiciaire en matière civile dans le canton de Vaud entre procédure administrative et procédure civile

L'assistance judiciaire est une institution difficile à classer : outre son aspect de liberté fondamentale, qui la rattache aux garanties de procédure découlant dans la Constitution fédérale de son art. 29 et dans la Convention européenne des droits de l'homme de son art. 6¹, elle constitue selon de nombreux auteurs un des plus anciennement admis des droits sociaux pouvant obliger l'État à une prestation positive², avec encore cette particularité que l'obligation pour les avocats d'assumer des défenses d'office à des conditions tarifaires inférieures à celles applicables à un mandat de choix reporte en partie cette prestation à la charge de certains particuliers³. Par ailleurs, l'assistance judiciaire entraîne des effets spécifiques au type de procédure dans laquelle elle est sollicitée, ce qui justifie que sa mise en application soit dans le détail généralement réglée par la procédure en question. Enfin, cette institution, en prévoyant des exonérations de certains émoluments, touche aussi à une problématique liée au droit des taxes et contributions publiques.

Lorsqu'elle a été accordée, l'assistance judiciaire peut être suivie d'une procédure ultérieure en recouvrement des montants alloués notamment pour rémunérer un conseil d'office, voire pour couvrir divers frais judiciaires, y compris ceux dont le bénéficiaire

* Professeur à l'Université de Lausanne.

¹ Pour un aperçu synthétique sur le droit à l'assistance judiciaire comme garantie de procédure, cf. AUER Andreas / MALINVERNI Giorgio / HOTTELIER Michel, *Droit constitutionnel suisse*, 3^e éd., Berne 2013, II N 1571 ss ; KIENER Regina / KÄLIN Walter / WYTTEBACH Judith, *Grundrechte*, 3^e éd., Berne 2018, § 41. Ce droit ne fait pas l'objet d'une règle expresse dans la CEDH, mais la jurisprudence le déduit dans certains cas du droit à un procès équitable ou du droit d'accès aux tribunaux selon son art. 6, voir en dernier lieu Kaiser c/ Suisse, requête 35294/11, arrêt du 9 janvier 2018.

² Cf. notamment AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, *op. cit.*, N 152 et 1571 ; KIENER/KÄLIN/WYTTEBACH, *op. cit.* § 41 N 87 et les réf. citées par WUFFLI Daniel, *Die unentgeltliche Rechtspflege in der Schweizerischen Zivilprozessordnung*, Zurich 2015, pp. 7 ss, lui-même sceptique face à une telle qualification.

³ Cf. notamment BOHNET François / MARTENET Vincent, *Droit de la profession d'avocat*, Berne 2009, N 1757 et les réf. citées.

avait été exonéré⁴. Malgré le terme traditionnel d'assistance judiciaire gratuite, qui figure notamment en français dans le texte actuel de l'art. 29 al. 3 Cst⁵, il est en effet admis que les prestations accordées à ce titre ne soient parfois que des dispenses temporaires ou des avances, conditionnellement susceptibles de donner naissance à une créance de l'État en remboursement contre le bénéficiaire si sa situation financière le permet⁶. À certaines conditions, des versements peuvent même être réclamés au bénéficiaire dès le moment où l'assistance judiciaire est octroyée, en particulier sous forme d'une obligation de paiements échelonnés dans le temps lorsque la situation financière dudit bénéficiaire permet d'attendre de lui de telles mensualités alors qu'elle ne lui permettrait pas de verser en une fois les avances de frais judiciaires prévues par le tarif ordinaire ni les provisions que selon la jurisprudence doit, et non seulement peut en principe demander un mandataire de choix⁷.

Pour l'assistance judiciaire en matière civile devant les juridictions cantonales, seule examinée ici, ce remboursement est aujourd'hui prévu par l'art. 123 CPC. Il est susceptible de soulever de nombreuses difficultés, qu'il s'agisse de son champ d'application⁸, de son étendue⁹, de sa transposition éventuelle à l'avocat ayant dû se contenter d'une

⁴ Cf. notamment AUBRY GIRARDIN Florence *et al.*, *Commentaire de la LTF* (ci-après ComLTF), 2^e éd., Berne 2014, CORBOZ Bernard, N 80 ad art. 64 LTF ; Code de Procédure civile, Commentaire romand (ci-après CR CPC), 2^e éd. 2019, TAPPY Denis N 9 ad art. 123 CPC ; WUFFLI Daniel / FUHRER David, *Handbuch unentgeltliche Rechtspflege im Zivilprozess*, Zurich 2019, N 1051.

⁵ En revanche dans les lois fédérales récentes comme la LTF ou le CPC, le texte français ne parle plus que d'« assistance judiciaire » sans mention d'une éventuelle gratuité, qui continue toutefois à être en principe postulée par la terminologie allemande (*unentgeltliche Rechtspflege*) et italienne (*gratuito patrocinio*) des mêmes textes légaux.

⁶ Sur l'admissibilité d'un tel remboursement du point de vue constitutionnel, cf. notamment ATF 135 I 91, rés. JdT 2010 IV 40 et les réf. citées.

⁷ On sait que, selon la jurisprudence sur la rémunération des avocats, les provisions usuellement réclamées au début d'un mandat pour couvrir les honoraires à venir servent aussi à faire prendre conscience au client du montant probable de ceux-ci et que ne pas demander de provision ou en demander une insuffisante peut être considéré comme une faute justifiant une réduction desdits honoraires, cf. notamment JdT 2006 III 38 ; BOHNET/MARTENET, *op. cit.*, N 2996.

⁸ L'art. 123 CPC n'est en principe pas applicable devant le TF, où le remboursement est normalement prévu par l'art. 64 al. 4 LTF (avec toutefois des voix en faveur d'une application par analogie du délai de prescription de l'art. 123 al. 2 CPC, cf. ComLTF-CORBOZ, N 80 ad art. 64 LTF) ni devant le Tribunal fédéral des brevets, où il l'est par l'art. 34 al. 2, 2^e phrase, LTFB. Dans certains cas en revanche il s'applique à titre de droit cantonal supplétif, en vertu d'un renvoi du droit fédéral (en particulier selon l'art. 450f CC) ou du droit cantonal (par. ex. dans le canton de Vaud en vertu de l'art. 104 CDPJ ou de l'actuel art. 18 al. 5 LPA-VD).

⁹ Le terme légal de remboursement (*Nachzahlung, rifusione*) ne doit probablement pas être compris de manière étroite, raison pour laquelle il est généralement admis que l'État peut réclamer au bénéficiaire dont la situation financière le permet désormais non seulement les montants qu'il a effectivement versés à des tiers (conseil d'office, témoins, experts...), mais aussi les émoluments dont ledit bénéficiaire a été exonéré selon l'art. 118 al. 1 let. b CPC, cf. note 4 ci-dessus.

rémunération au tarif réduit prévu pour les conseils d'office¹⁰, ou encore de sa prescription¹¹. Dans cette petite étude, nous nous bornerons toutefois à examiner les mécanismes procéduraux applicables dans notre canton à cette obligation de rembourser et à son éventuelle exécution forcée, en lien avec une récente modification du droit vaudois. Pour cela, il convient de commencer par un bref exposé sur l'évolution des sources législatives en la matière depuis le début du XXI^e siècle.

Jusqu'à son unification en Suisse par le CPC du 19 décembre 2008, entré en vigueur le 1^{er} janvier 2011, la mise en œuvre de la procédure civile, y compris l'assistance judiciaire devant les juridictions civiles, relevait du droit cantonal, à charge pour celui-ci de respecter les exigences constitutionnelles résultant notamment de l'art. 29 al. 3 Cst précité. La législation fédérale ne réglait la question que pour les recours au TF¹². Pour ceux-ci il s'agissait et s'agit d'ailleurs toujours de règles générales valant pour toutes les sortes de recours quelle que soit la matière concernée. En revanche, la plupart des cantons avaient choisi de régler la matière dans leurs diverses lois de procédure spécifiques, en prévoyant pour les procès civils devant les juridictions cantonales des règles sur l'assistance judiciaire dans leur code de procédure civile dont l'application était généralement confiée au juge du fond¹³. Quelques-uns cependant, dont le canton de Vaud, avaient édicté une réglementation plus générale, soit dans une loi sur l'organisation judiciaire¹⁴, soit pour notre canton par une loi spéciale, la loi vaudoise sur l'assistance judiciaire en matière civile (ci-après LAJ) du 24 novembre 1981¹⁵. Malgré son nom, cette dernière s'appliquait aussi à l'assistance judiciaire accordée à une partie civile dans le cadre d'un

¹⁰ Cf. notamment CR CPC-TAPPY, N 10 ad art. 122 CPC ; WUFFLI/FUHRER, *op. cit.*, N 1058.

¹¹ L'art. 123 al. 2 CPC soumet le remboursement à une prescription décennale, qui suscite des discussions concernant son champ d'application (cf. note 8 ci-dessus) et surtout sa computation : alors qu'un arrêt (TF 2C_529/2016 du 22 juillet 2016, cons. 2) déclare applicables les suspensions de l'art. 145 CPC, ce qui aboutit à ajouter près de 2 ans aux 10 ans prévus par cette disposition, la doctrine estime en général que, même s'il résulte d'une disposition du CPC le délai de l'art. 123 al. 2 CPC n'est pas un délai de procédure soumis aux art. 142 ss CPC, cf. CR CPC-TAPPY, N 22 ad art. 142 CPC ; WUFFLI/FUHRER, *op. cit.*, N 1047.

¹² Depuis l'entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2007 de la LTF du 17 juin 2005, la question y est régie par l'art. 64 de cette loi, inchangé à ce jour et qui pose des règles applicables à tous les recours devant le TF, quelle que soit la matière concernée. Jusqu'en 2006, elle faisait l'objet de l'art. 152 de la loi fédérale d'organisation judiciaire du 16 décembre 1943, également pour tous les recours prévus par cette dernière (mais non pour les pourvois en cassation pénaux, pour lesquels la question était réglée par l'art. 36 de la loi fédérale du 15 juin 1934 de procédure pénale).

¹³ Cf. FAVRE Christian, *L'assistance judiciaire gratuite en droit suisse*, thèse Lausanne 1989, p. 72.

¹⁴ Cf. FAVRE, *op. cit.*, p. 71.

¹⁵ ROLV 1981 pp. 296 ss pour le texte initial de cette loi, à laquelle des modifications ont été ensuite apportées à différentes reprises jusqu'à l'abrogation au 31 décembre 2010 dont il sera question ci-après, sans que ces adaptations touchent les questions qui nous intéressent.

procès pénal¹⁶, ainsi que par renvoi¹⁷ à l'assistance judiciaire en procédure administrative.

Lors de l'unification de la procédure civile, le législateur fédéral a fait le choix de régler aux art. 117 ss CPC les conditions, effets et limites de l'octroi de l'assistance judiciaire dans les procès civils de première et deuxième instance cantonale ainsi que la possibilité pour le canton d'en exiger le remboursement. La procédure à suivre pour obtenir une telle assistance a aussi été réglementée aux art. 119 ss CPC. La mention du « tribunal » (*das Gericht, il giudice*) à l'art. 119 al. 3 CPC implique que la décision sur une requête d'assistance judiciaire doit relever d'une instance judiciaire, avec un for implicitement fixé au lieu où se déroule le procès¹⁸. Pour le surplus en revanche, comme question d'organisation judiciaire, le choix de l'autorité compétente pour statuer en la matière est laissé conformément aux art. 122 al. 3 Cst et 4 al 1^{er} CPC au droit cantonal¹⁹. Certains passages des travaux préparatoires et l'art. 47 al. 2 let. a CPC montrent toutefois que le législateur fédéral s'attendait à ce que soit le plus souvent désigné le juge chargé du fond, ou au moins un membre de cette autorité si elle est collective, ce qui correspond effectivement au choix généralement effectué par les cantons²⁰.

Ce qui précède vaut aussi, au moins par analogie, pour un éventuel retrait de l'assistance judiciaire accordée, hypothèse à ne pas confondre avec celle d'un remboursement ultérieur²¹. En revanche pour la mise en œuvre d'un tel remboursement éventuel, dont le principe est posé, on l'a dit, par l'art. 123 CPC, le législateur fédéral n'a prévu aucune règle, ni quant à la procédure à suivre, ni quant à l'autorité compétente²². L'une et l'autre

¹⁶ Art. 11 LAJ. Des règles spéciales sur la défense d'office des prévenus dans la procédure pénale figuraient en revanche aux art. 105 ss du Code de procédure pénale cantonal du 12 septembre 1967.

¹⁷ Cf. BOVAY Benoît, *Procédure administrative*, 1^e édition, Berne 2000, pp. 235 s. (art. 40 de la loi vaudoise du 18 décembre 1989 sur la juridiction et la procédure administratives, prévoyant quelques principes et renvoyant pour le surplus à la LAJ, système qui sera aussi brièvement celui consacré par l'art. 18 LPA-VD (entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2010) avant les réformes liées aux unifications des procédures civile et pénale évoquées ci-après).

¹⁸ CR CPC-TAPPY N 12 ad art. 119.

¹⁹ TF 5A_710/2016 du 2 mars 2017, c. 4.2.

²⁰ Cf. notamment CR CPC-TAPPY N 12 ad art. 119. WUFFLI/FUHRER, *op. cit.*, N 878 publie un tableau indiquant notamment la source législative et l'autorité compétente canton par canton.

²¹ Le retrait vise en effet selon l'art. 120 CPC le cas où l'on s'aperçoit, généralement en cours de procès, que les conditions d'octroi de l'assistance judiciaire ne sont plus remplies ou ne l'ont jamais été, ce qui peut n'avoir rien à voir avec la capacité financière du bénéficiaire, mais résulter par exemple d'éléments nouveaux ou initialement inconnus concernant ses chances de succès, CR CPC-TAPPY N 4 ad art. 120 CPC. L'effet peut cependant être proche d'une demande de remboursement si le retrait est dû à une amélioration de la situation financière de l'intéressé ou à des renseignements nouveaux sur ladite situation.

²² Il n'en va en pratique pas différemment selon l'art. 64 al. 4 LTF, qui se contente de prévoir que « si la partie peut rembourser ultérieurement la caisse [du TF], elle est tenue de le faire », sans que cette

ont en conséquence été laissées au droit cantonal²³. Tout au plus certains auteurs admettent-ils une application supplétive des art. 119 ss CPC ou des règles cantonales concernant l'autorité compétente pour l'octroi ou le retrait de l'assistance judiciaire²⁴.

Dans le canton de Vaud, la LAJ de 1981, dont la réglementation matérielle était en bonne partie remplacée par les règles des art. 117 ss CPC²⁵, a été abrogée au 1^{er} janvier 2011²⁶. Les règles sur l'autorité compétente pour statuer en matière d'assistance judiciaire civile ont été insérées dans le Code de droit privé judiciaire²⁷ du 12 janvier 2010, qui contient à la fois des règles cantonales complémentaires au droit privé fédéral et au CPC. Le législateur vaudois a choisi de désigner comme autorité compétente pour l'octroi et le retrait de l'assistance judiciaire le juge saisi du fond, ou avant la litispendance le juge qui serait compétent au fond (art. 39 al. 1^{er} et 2 CDPJ). Il a toutefois précisé qu'il s'agirait d'un juge délégué lorsque ce juge du fond est une autorité collégiale (art. 42 al. 2 let. c CDPJ). Il a aussi spécifié qu'en cas de refus de l'assistance judiciaire justifié par l'absence de chances de succès, le juge en question ne pourrait plus statuer au fond (art. 39 al. 3 CDPJ), et serait donc remplacé par un collègue du même tribunal.

disposition ni d'ailleurs le Règlement du TF ou d'autres dispositions d'application ne précisent la procédure à suivre pour un tel remboursement, qui semble en pratique n'être habituellement pas demandé, cf. ComLTF-CORBOZ, N 77 ad art. 64 LTF. Devant le Tribunal fédéral des brevets, une règle prévoyant également que la partie qui a bénéficié de l'assistance judiciaire la rembourse lorsqu'elle est en mesure de le faire figure à l'art. 34 al. 2, dernière phrase, LTFB.

²³ C'est évident s'agissant de l'autorité compétente, question pour laquelle l'habilitation cantonale à désigner celle-ci résulte par principe des art. 122 al. 3 Cst. et 4 CPC, sans qu'alors il n'y ait de règle fédérale spéciale (contrairement à ce qui résulte des art. 119 et 120 CPC pour l'octroi et le retrait de l'assistance judiciaire) imposant le choix d'une autorité judiciaire plutôt qu'administrative. Pour la procédure proprement dite de remboursement, la liberté des cantons de la réglementer résulte en revanche seulement de l'absence de règle en la matière dans le CPC. Il s'agit à notre avis d'une lacune proprement dite du droit fédéral, autorisant les cantons à exercer une compétence législative résiduelle, cf. notamment TAPPY Denis, Procédure civile fédérale et organisation judiciaire cantonale : à la recherche d'un nouvel équilibre, *RSJ* 2019, p. 340, cela même dans l'hypothèse où ils choisiraient de désigner une autorité judiciaire civile et non administrative.

²⁴ Cf. WUFFLI/FUHRER, *op. cit.*, N 1073.

²⁵ Ou pour les parties civiles en procédure pénale par les règles du CPP, entré en vigueur le 1^{er} janvier 2011 également.

²⁶ En conséquence, la réglementation en la matière de l'art. 18 LPA-VD a été adaptée : la compétence du Bureau de l'assistance judiciaire pour octroyer celle-ci en cas de recours au TC a été remplacée par un système confiant désormais dans ce cas la décision au TC lui-même (al. 4), et les « dispositions régissant l'assistance judiciaire en matière civile » (soit selon nous aussi bien les art. 117 ss CPC que les dispositions cantonales en la matière), ont été déclarées applicables par analogie à la place des règles de la LAJ.

²⁷ RSV 211.02, ci-après CDPJ.

Le même législateur vaudois n'a en revanche rien prévu en 2010, expressément en tout cas²⁸, s'agissant de la procédure et de l'autorité compétente au sujet du remboursement de l'assistance judiciaire. Il s'est borné à confier la tâche de fixer « les modalités de la rémunération des conseils et de remboursement dans un règlement » au Tribunal cantonal (art. 39 al. 5 CDPJ). En pratique toutefois, si ce dernier a bien édicté sur la base de cette délégation un Règlement sur l'assistance judiciaire civile du 7 décembre 2010²⁹, il n'a pas prévu de règles détaillées sur la mise en œuvre du remboursement : son art. 5 se borne en effet à prévoir à cet égard de manière laconique, voire sibylline, que « le paiement des indemnités et leur remboursement sont gérés par le Service juridique et législatif » (ci-après SJL).

Or dans notre canton ce remboursement ne reste nullement lettre morte comme il semble l'être devant le TF³⁰. Il faut dire que la question y est d'une importance bien supérieure : toutes matières confondues, l'assistance judiciaire engendre pour le canton des coûts ou des pertes d'émoluments totalisant plusieurs dizaines de millions de francs par année, dont sans doute une bonne moitié pour l'assistance judiciaire en matière civile. Et pour celle-ci largement plus de la moitié des montants concernés sont finalement recouverts par des procédures en remboursement. Cette situation existait déjà avant l'unification des procédures civile et pénale et la politique vaudoise en la matière a été de perpétuer cet état de choses³¹ malgré l'unification précitée, dont la mise en œuvre devait engendrer le moins possible de charges supplémentaires pour les finances de l'État.

Avant 2011, les décisions octroyant l'assistance judiciaire sur la base de la loi de 1981 demandaient à la plupart des bénéficiaires de rembourser, en général par des mensualités, l'assistance judiciaire allouée. La possibilité en était expressément prévue par l'art. 9 al. 2 LAJ qui précisait que « l'octroi ou le maintien de l'assistance judiciaire peut être subordonné au paiement d'une contribution mensuelle aux frais du procès et pour la durée du procès ». Sur la base de cette disposition, la pratique de l'autorité compétente, soit l'ancien Bureau de l'assistance judiciaire, était de demander presque systématiquement, dans la décision accordant l'assistance judiciaire, le versement d'une « franchise » mensuelle à verser dès cet octroi et fixée selon la situation financière de l'intéressé, mais

²⁸ La pratique judiciaire n'a jamais considéré, à juste titre selon nous, que le législateur vaudois aurait implicitement voulu que s'appliquent au remboursement de l'assistance judiciaire les règles de compétence et de procédure applicables au retrait de celle-ci, comme certains auteurs le préconisent en cas de silence du droit cantonal, cf. note 24 ci-dessus.

²⁹ RSV 211.02.3, ci-après RAJ. À l'heure où nous rédigeons ces lignes, la teneur de l'art. 5 RAJ est restée inchangée, alors que le TC n'est plus compétent pour édicter des règles sur le remboursement de l'assistance judiciaire.

³⁰ Cf. note 22 ci-dessus.

³¹ Sur l'état d'esprit ayant présidé à l'adaptation des règles du droit vaudois en matière d'assistance judiciaire aux nouvelles procédures unifiées, cf. JdT 2011 III 92 cons. 2 b.

sauf exception d'au minimum 50 fr. par mois³². En même temps, l'art. 9 al. 2 LAJ fournissait une base légale pour exiger le remboursement immédiat de tout le solde en cas d'interruption de tels versements mensuels, puisque formellement une condition à laquelle l'assistance judiciaire octroyée avait été subordonnée n'était dès lors plus respectée.

Les autorités vaudoises ont souhaité maintenir ce système dans le cadre de la procédure civile, en conservant ordinairement un système de paiements périodiques sous forme d'une franchise mensualisée. Dans un arrêt de principe de 2011 déjà cité, le TC a reconnu sa compatibilité avec la possibilité d'un octroi partiel de l'assistance judiciaire selon l'art. 118 al. 2 CPC³³. L'idée de telles franchises dans le cadre de cette disposition était effectivement envisagée par le Message du Conseil fédéral relatif au CPC unifié³⁴. Le SJL a développé une pratique consistant à faire souscrire au bénéficiaire, après lui avoir demandé des renseignements sur sa situation financière et généralement sous la forme d'un courrier à contresigner pour accord, un « plan de paiement » prévoyant des versements mensuels. Il y insérait une clause déclarant remboursable immédiatement et en une fois le solde de l'assistance judiciaire accordée en cas de retard dans les mensualités. Sur cette base, ledit service entamait contre les signataires qui ne respectaient pas l'échéancier précité des poursuites, pour le total du montant restant, et sollicitait en cas d'opposition la mainlevée provisoire de celle-ci, en invoquant le plan de paiement comme une reconnaissance de dette au sens de l'art. 82 LP.

Cette manière de faire pouvait déboucher sur des situations insatisfaisantes, voire contraire au droit fédéral. Contrairement à l'ancien art. 9 al. 2 LAJ, le CPC ne prévoit pas expressément la possibilité de conditionner l'octroi de l'assistance judiciaire à un paiement régulier de mensualités ni n'érige un retard dans un tel paiement en cause automatique de retrait de ladite assistance selon l'art. 120 CPC. Cela peut éventuellement être admissible, on l'a vu, comme modalité d'un octroi seulement partiel de l'assistance judiciaire. Il faut cependant alors sur ce point en tout cas une décision émanant du juge compétent selon le droit cantonal pour statuer sur l'assistance judiciaire ou son retrait, non un simple accord avec l'intéressé³⁵ ni une décision d'une autorité administrative. Par ailleurs, voir dans de tels versements mensualisés une modalité d'un octroi seulement

³² Cf. JdT 2011 III 92 cons. 2 c.

³³ Cf. notes 31 et 32 ci-dessus.

³⁴ FF 2006 p. 6913.

³⁵ Le considérant 2 c de l'arrêt JdT 2011 III 92 déjà cité considère expressément que le fait que l'intéressé se soit déclaré d'accord avec des paiements de 50 fr. par mois ne suffit pas à fonder une créance correspondante de l'État s'il apparaît par ailleurs que sa situation financière est obérée et qu'il n'a pas des ressources suffisantes pour s'acquitter d'une telle franchise, ce qui nous paraît conforme à la nature publique, voire fiscale au sens très large de cette créance, difficilement compatible avec la faculté d'en disposer librement par transaction.

partiel de l'assistance judiciaire revient au fond à exiger en cours de procès des paiements anticipés soit d'une partie des frais judiciaires finaux, soit d'une part de l'indemnité qui sera versée à un conseil d'office. Dans le premier cas au moins et si le bénéficiaire de l'assistance judiciaire est demandeur, cela pourrait être considéré comme une forme particulière d'avance de frais au sens de l'art. 98 CPC. La sanction d'un retard ne devrait-elle pas alors être l'irrecevabilité de la demande selon l'art. 101 al. 3 CPC, solution qui n'a jamais été envisagée à notre connaissance ? Et justifier par un octroi partiel de l'assistance judiciaire que soient demandés immédiatement au bénéficiaire des montants destinés à couvrir une rétribution d'un conseil d'office que l'État ne versera audit conseil que des mois ou des années plus tard³⁶ nécessite pour le moins une grande souplesse intellectuelle...

Par ailleurs, voir dans des versements mensuels une modalité d'un octroi partiel de l'assistance judiciaire ne permet plus guère non plus de les légitimer une fois la procédure close : à ce moment en effet le juge, et non l'autorité administrative, établit les décomptes prévus par l'art. 122 CPC. Il doit fixer définitivement les frais qui sont couverts par l'assistance judiciaire et, dans l'hypothèse d'un octroi seulement partiel, les frais non couverts par celle-ci et mis le cas échéant à la charge du bénéficiaire. L'art. 123 CPC prend en quelque sorte le relais et permet au canton d'exiger le remboursement des premiers, mais seulement dès le moment ainsi que dans la mesure où ledit bénéficiaire est en mesure d'y procéder. Un remboursement sous forme de mensualités supportables pour l'intéressé permet précisément de tenir compte de cette exigence, mais doit être adapté à sa situation financière du moment, voire aux fluctuations ultérieures de celle-ci.

Un tel remboursement par mensualités pourrait probablement être prévu par le juge précité dans sa décision selon l'art. 122 CPC, mais seulement sur la base d'une appréciation de la situation financière de l'intéressé au moment de ladite décision. Il n'y a guère de place alors pour une règle prévoyant un remboursement devenant immédiatement

³⁶ L'affaire jugée par le TF le 7 août 2018 dont il sera question ci-après montre que des versements mensuels sont parfois demandés au bénéficiaire de l'assistance judiciaire dans un cas où seule l'indemnité à verser finalement à un avocat d'office est couverte par celle-ci. C'est en particulier fréquemment le cas lorsqu'il s'agit d'une cause de droit du bail immobilier ou de mesures protectrices de l'union conjugale où il n'y a en principe dans le canton de Vaud pas d'émolument de justice ni par conséquence d'avance de frais. Il est difficilement imaginable de couvrir la future indemnité au conseil d'office par une application analogique de l'art. 98 CPC, qui ne vise expressément que les « frais judiciaires présumés », dont l'art. 95 al. 2 CPC donne une liste exhaustive ne comprenant pas ladite indemnité... De même lorsque l'assistance judiciaire est accordée à un défendeur, des versements qui lui seraient réclamés dès ce moment ne peuvent guère constituer qu'un remboursement anticipé selon l'art. 123 CPC, puisqu'une partie non indigente dans la même situation ne saurait, selon le droit fédéral, être astreinte au versement d'avances et que, sous réserve de frais d'administration des preuves, l'État ne lui réclamerait pas de frais judiciaires avant le décompte final, prévu en principe selon les art. 104 ss CPC dans la décision sur le fond.

exigible pour le tout en cas de retard. En effet, se contenter en principe alors d'un paiement par mensualités implique la reconnaissance implicite que la situation financière de l'intéressé ne lui permet pas de rembourser d'un coup. Sans indices d'une amélioration nouvelle de sa situation financière (que des retards dans les mensualités versées n'établissent en tout cas pas...), demander soudainement un paiement complet contrevenait selon nous au droit fédéral, malgré la clause en ce sens contresignée par l'intéressé, indépendamment du point de savoir si le remboursement de l'assistance judiciaire pouvait réellement être réglé par une convention entre l'État et le débiteur concerné en dehors de toute décision d'un juge ou d'une autorité administrative.

La pratique décrite ci-dessus a finalement été soumise au TF et n'a pas trouvé grâce devant celui-ci. Dans une première affaire³⁷, après une procédure de mesures protectrices de l'union conjugale où elle avait bénéficié de l'assistance judiciaire, la recourante s'était vu réclamer par le SJL le remboursement des prestations accordées à ce titre, totalisant 7707 fr. 40. Elle avait contresigné successivement plusieurs lettres de ce service prévoyant des versements mensuels (d'abord de 100 fr. par mois, puis finalement de 25 fr. par mois) et précisant qu'en cas de retard de plus de 30 jours dans le paiement d'une échéance la totalité de la créance deviendrait immédiatement exigible. À la suite de tels retards, elle avait été poursuivie en paiement du solde de 5430 fr. et le juge de paix de son domicile avait prononcé la mainlevée provisoire de son opposition au commandement de payer. L'action en libération de dette qu'elle avait intentée devant le même juge de paix avait été rejetée, comme son recours consécutif selon les art. 319 ss CPC devant la Chambre des recours civils du TC.

Le recours en matière civile, subsidiairement recours constitutionnel, qu'elle avait intenté au TF a été traité comme un recours en matière de droit public³⁸ et partiellement admis : les juges de Mon-Repos ont déclaré l'action en libération de dette irrecevable, mais ont estimé que la mainlevée provisoire n'aurait pas dû être accordée et qu'elle ne devait pas permettre de continuer la poursuite contre la recourante. Dans des considérants détaillés, le TF a relevé que le remboursement de l'assistance judiciaire était une créance de

³⁷ TF 2C_350/2017 du 7 décembre 2017. Des extraits de cet arrêt sont publiés dans le JdT 2018 III 39.

³⁸ S'agissant d'un recours touchant au moins en partie à l'interprétation des règles du CPC sur l'assistance judiciaire et son remboursement, on aurait pu croire qu'il s'agissait d'une affaire civile connexe au droit civil selon l'art. 72 al. 2 let. b LTF, mais les juges de Mon-Repos s'en sont tenus en l'espèce à une jurisprudence publiée aux ATF 138 II 506 (refus en vertu de l'art. 89 LTF, et donc dans le cadre d'un recours en matière de droit public, de la légitimation pour recourir au canton des Grisons, qui entendait se plaindre que la juridiction cantonale de dernière instance ait appliqué l'art. 123 al. 2 CPC pour juger prescrite une prétention en remboursement née avant 2011). Ils n'ont pas considéré que le fait d'être dirigé contre une décision rejetant, fût-ce à tort, une action en libération de dette selon l'art. 83 al. 2 LP suffisait à rendre l'art. 72 al. 2 let. a LTF applicable, ce qui est conforme à la solution généralement admise qui ne soumet pas à cette disposition les litiges de pur droit matériel même liés à une poursuite, cf. ComLTF-CORBOZ, N 27 ad art. 72.

droit public, qu'elle devait normalement être fixée par une décision et non par un accord entre l'État et le débiteur, que les conditions exceptionnelles pour qu'une telle créance de droit public puisse faire l'objet d'une reconnaissance de dette sous seing privé ouvrant la voie à une mainlevée provisoire, puis une action judiciaire en libération de dette selon les art. 82 et 83 LP, n'existaient qu'en présence d'un cas où le droit public concerné prévoyait un système de contentieux public par voie d'action, et qu'en l'espèce rien ne permettait de penser qu'un tel système ait été prévu par le législateur vaudois.

Ce dernier point était contestable³⁹ : comme l'a relevé dans une note le professeur Denis PIOTET⁴⁰, le droit vaudois a en principe conservé, en édictant les art. 103 ss CDPJ entré en vigueur le 1^{er} janvier 2011, le système historique faisant de l'action portée en principe devant les juridictions civiles en application du CPC fédéral à titre de droit cantonal supplétif⁴¹ le mode ordinaire de règlement judiciaire des litiges de droit public dans notre canton. Même s'ils sont en pratique beaucoup plus nombreux, les cas de contentieux par voie de recours portés devant la Cour de droit administratif et public (ci-après CDAP) sont des exceptions à cette règle générale, nécessitant qu'un tel système soit expressément prévu. Relevons toutefois que, si le TF avait sur cette base estimé que le droit vaudois en vigueur à l'époque, faute d'une telle disposition légale expresse⁴², mettait bien les décisions en matière de remboursement de l'assistance judiciaire civile dans la compétence du juge civil compétent *ratione valoris*, il n'aurait sans doute pas pour autant eu à rejeter le recours : en admettant comme recevable l'action en libération de dette, il aurait en effet dû alors se demander s'il était conforme au droit supérieur de l'avoir écartée sans examiner au fond si les conditions légales d'exigibilité du montant en poursuites étaient réunies⁴³, c'est-à-dire si la situation financière de la recourante la mettait alors en

³⁹ On aurait toutefois peut-être pu interpréter l'art. 5 RAJ chargeant, nous l'avons vu, le SJL de « gérer » le remboursement des indemnités d'assistance judiciaire comme lui donnant précisément la compétence de statuer par voie de décision. En l'absence de jurisprudence des autorités vaudoises en ce sens et s'agissant d'une question d'interprétation d'une disposition cantonale peu claire, le TF ne pouvait toutefois sans doute pas préciser lui-même en ce sens la portée de cette disposition (art. 95 LTF a contrario).

⁴⁰ JdT 2018 III 43.

⁴¹ Les art. 106 ss LPA VD prévoient bien des règles sur des actions devant une juridiction administrative, mais en pratique ils ne s'appliquent guère qu'à quelques contestations en matière d'assurances sociales devant la Cour des Assurances sociales du TC.

⁴² La solution du TF aurait cependant pu être in casu juste à condition d'interpréter le renvoi de l'art. 39 al. 5 CDPJ et l'art. 5 RAJ comme suffisants pour donner au SJL un pouvoir de statuer par voie de décision sur le remboursement de l'assistance judiciaire. S'agissant toutefois d'une question d'interprétation d'une norme peu claire de droit cantonal, les juridictions vaudoises n'étaient à notre avis en tout cas pas tombées dans l'arbitraire en estimant implicitement le contraire.

⁴³ Relevons que le TF aurait pu examiner cette question avec plein pouvoir d'examen, puisque c'était un problème de droit fédéral à trancher selon l'art. 123 CPC et que la recevabilité du recours en matière de droit public éliminait la question délicate d'une recevabilité du recours en matière civile,

mesure de rembourser en une fois ledit montant. Nous n'avons guère de doute que la réponse aurait été négative, de telle sorte que le résultat n'en aurait guère été modifié en pratique...

Quelques mois plus tard, le TF a une nouvelle fois eu l'occasion de se pencher sur la compatibilité avec l'art. 123 CPC des pratiques du SJL⁴⁴. Il s'agissait d'une affaire où l'assistance judiciaire, sous la forme du bénéfice d'un avocat d'office, avait été accordée à un justiciable par une décision d'une vice-présidente du Tribunal civil de l'arrondissement de l'Est vaudois du 22 novembre 2016, qui avait en même temps mis à sa charge une « franchise mensuelle » de 100 fr. dès le 1^{er} janvier 2017. Peu après, le procès ayant apparemment pris fin, la même magistrate avait rendu une seconde décision fixant l'indemnité du conseil désigné à 2203 fr. 20 en précisant que le bénéficiaire était tenu au remboursement de cette indemnité « dans la mesure de l'art. 123 CPC ».

N'ayant encaissé que deux versements de 100 fr., l'État de Vaud avait introduit en mai 2017 une poursuite pour le solde de 2003 fr. 20, puis requis du juge de paix d'Aigle la mainlevée définitive de l'opposition faite par le poursuivi sur la base des deux décisions de la vice-présidente. Cette mainlevée ayant été refusée par ce juge, puis sur recours selon les art. 319 ss CPC par la Cour des poursuites et faillites du TC, l'État de Vaud avait alors saisi le TF, en intentant principalement un recours en matière civile et à défaut un recours constitutionnel subsidiaire. Les juges de Mon-Repos ont déclaré irrecevable le premier⁴⁵ et rejeté le second⁴⁶. Dans leurs considérants, ils ont mentionné la critique de

malgré une valeur litigieuse insuffisante, en raison d'une question juridique de principe (art. 74 al. 1^{er} et 2 let. a LTF).

⁴⁴ TF 5A_150/2018 du 7 août 2018. Des extraits de cet arrêt sont publiés dans la SJ 2019 I 43.

⁴⁵ La valeur litigieuse requise selon l'art. 74 al. 1^{er} LTF n'était évidemment pas atteinte et le TF a jugé qu'il n'y avait en l'espèce aucune question juridique de principe qui aurait pu justifier une dérogation selon l'art. 74 al. 2 let. a LTF. Relevons que s'agissant d'un recours contre une décision en matière de mainlevée et non, comme dans l'affaire précédente, d'une action en libération de dette, l'art. 72 al. 2 let. a LTF s'appliquait et justifiait que le recours en matière de droit public ne soit pas ouvert, bien qu'il se soit agi là aussi de la créance de droit public prévue par l'art. 123 CPC.

⁴⁶ Le TF n'a donc pas jugé l'État de Vaud non légitimé à recourir devant lui au sujet du remboursement de l'assistance judiciaire, contrairement à ce qu'il avait fait pour le canton des Grisons dans l'arrêt ATF 138 II 506. Là aussi la différence s'explique probablement par le fait qu'il s'agissait d'une affaire de mainlevée, soumise en principe malgré la nature publique de la créance litigieuse à la règle de l'art. 72 al. 2 let. a LTF : même si le recours en matière civile était irrecevable faute de valeur litigieuse suffisante, le TF a suivi, dans le cadre de l'application de l'art. 115 LTF sur la qualité pour recourir, la pratique développée à propos de ce recours plutôt que du recours en matière de droit public. Or dans le cadre d'un recours en matière civile l'État poursuivant peut exercer comme n'importe quel créancier un recours au TF dans les affaires concernant les poursuites qu'il intente, car il est touché par ces décisions de la même manière qu'un particulier (cf. ComLTF-CORBOZ N 40 ad art. 76 LTF ; TF 5A_454/2012 du 22 août 2012 et 5D_13/2016 du 18 mai 2016 à propos de la légitimation pour in-

PIOTET au sujet de l'arrêt du 7 décembre 2017, mais n'ont pas jugé nécessaire de réexaminer la question. Ils ont en effet estimé que, de toute façon, l'art. 123 CPC, comme règle de droit supérieur, exigeait une décision statuant sur la réalisation des conditions requises selon cette disposition pour un remboursement, décision que le droit cantonal avait peut-être la liberté de confier à une juridiction civile plutôt qu'à une autorité administrative, mais qui ne pouvait en tout cas pas être laissée à l'appréciation du juge de la mainlevée⁴⁷.

Quoiqu'il en soit, la question n'est plus d'actualité, puisque le législateur vaudois a choisi d'adapter sa législation pour la rendre conforme aux arrêts précités. Déjà présentée comme en projet par le juge cantonal COLOMBINI⁴⁸, cette modification a finalement pris la forme d'une loi du 11 décembre 2018 modifiant le CDPJ en supprimant les mots « et de remboursement » à l'al. 5 de son art. 39 et en y introduisant un nouvel art. 39a ainsi qu'un nouvel art. 39b. Cette nouvelle, complétée par des adaptations parallèles des règles concernant l'assistance judiciaire en matière pénale (modifications de la loi vaudoise du 19 mai 2009 d'introduction du CPP), a été mise en vigueur au 1^{er} mars 2019⁴⁹.

Pour le sujet qui nous intéresse, les principales innovations consistent à préciser que le département en charge du recouvrement des créances judiciaires⁵⁰, après avoir versé la rémunération due au conseil juridique commis d'office ainsi que les frais judiciaires mis à la charge du canton (art. 39a al. 1^{er} CDPJ), procède au recouvrement de ces sommes auprès du bénéficiaire de l'assistance judiciaire dans la mesure où celui-ci est en mesure de les rembourser (art. 39a al. 2 CDPJ). Il est désormais expressément précisé que ladite autorité détermine par voie de décision si et dans quelle mesure c'est le cas (art. 39a al. 3 CDPJ). Dans l'affirmative, elle peut simultanément prononcer la mainlevée de l'opposition à une éventuelle poursuite engagée à son encontre en recouvrement des

tenter un recours constitutionnel subsidiaire en matière de mainlevée de caisses publiques d'assurance).

⁴⁷ Le TF n'a donc pas jugé transposable la jurisprudence admettant parfois que le juge de l'exécution forcée ou de la mainlevée puisse avoir à déterminer, face à un jugement ou une transaction judiciaire prévoyant une condition, si cette dernière est remplie (voir en dernier lieu ATF 143 III 564 et ATF 144 III 193). Il faut dire qu'il ne se serait pas agi simplement de vérifier une condition de fait, mais de statuer sur la réalisation de conditions juridiques découlant d'une disposition légale.

⁴⁸ Cf. COLOMBINI Jean-Luc, Note sur les compétences pour statuer sur le remboursement de l'assistance judiciaire en matière civile et pénale en droit vaudois, JdT 2018 III 33. La révision législative en question a finalement été proposée au Grand Conseil, à côté de nombreuses autres modifications législatives de détail, dans le cadre de l'Exposé des motifs et projets de budgets des charges et revenus et des investissements de l'État de Vaud pour l'année 2019 (ci-après EMPB 2019) soumis au parlement vaudois en automne 2018.

⁴⁹ FAO n° 23 du 19 mars 2019 p. 6.

⁵⁰ L'exposé des motifs indique que cette compétence pourra être déléguée au SJL (EMPB 2019 n° 14.2.1, ad art. 39 CDPJ).

avances fournies par l'État au titre de l'assistance judiciaire (art. 39a al. 4 CDPJ). Enfin il est précisé que les décisions en la matière peuvent faire l'objet d'un recours au TC, soit en pratique à la CDAP, soumis à la loi vaudoise de procédure administrative (art. 39a al. 5 CDPJ).

La procédure est donc désormais clarifiée. Un remboursement de l'assistance judiciaire devra normalement être désormais imposé par une décision administrative⁵¹, comme celle que postulait l'arrêt du 7 décembre 2017, et c'est celle-ci qui déterminera si et dans quelle mesure celui qui a bénéficié de l'assistance judiciaire est en mesure de la rembourser. Nous déduisons du texte de l'art. 39a al. 1^{er} et 2 CDPJ⁵², que cette décision doit normalement intervenir après le paiement effectif des frais et indemnités en faveur d'un conseil d'office à la charge du canton. Cela n'exclut pas forcément que celui qui accorde l'assistance judiciaire puisse continuer à astreindre, dans le cadre de l'art. 118 al. 2 CPC et comme l'avait fait la vice-présidente du Tribunal dans la seconde affaire évoquée ci-dessus, le bénéficiaire de l'assistance judiciaire à des versements mensuels dès le début du procès. Cela devrait cependant être dans ce cas une décision du juge et non de l'administration cantonale. Faute de disposition dans le CPC analogue à l'ancien art. 9 al. 2 LAJ, il nous paraît par ailleurs douteux que des retards dans ces paiements puissent alors justifier un retrait complet de l'assistance judiciaire accordée. En revanche, des poursuites portant exclusivement sur les seules mensualités restées impayées devraient être possibles.

Si l'on fait abstraction de poursuites exercées sans décision de remboursement préalable avant l'entrée en vigueur de la novelle du 11 décembre 2018, c'est peut-être à de telles poursuites que devrait servir la possibilité désormais prévue par l'art. 39a al. 4 CDPJ que le département prononce lui-même « dans la même décision »⁵³ la mainlevée définitive

⁵¹ Peut-être faut-il réserver le cas où la décision du juge civil statuant sur les frais et l'assistance judiciaire selon les art. 107 et 122 CPC dans le cadre d'un jugement final précise déjà qu'un remboursement est dû, comme l'envisageait COLOMBINI, *op. cit.*, p. 34, mais à condition que le montant à rembourser ne puisse dépendre d'une appréciation de la situation financière de l'intéressé, ce qui en pratique ne pourra guère être le cas que s'agissant d'un remboursement inconditionnel tenant compte d'éventuelles modifications pour le tout, comme il peut par exemple être imposé à celui à qui le jugement final en question alloue une très grosse somme.

⁵² « Le département [...] verse la rémunération due au conseil juridique commis d'office ainsi que les frais judiciaires mis à la charge du canton. Il procède ensuite au recouvrement de ces sommes auprès du bénéficiaire de l'assistance judiciaire dans la mesure où celui-ci est en mesure de les rembourser ».

⁵³ A la lettre, cette formulation semble exclure une décision séparée du Département sur la seule mainlevée d'opposition. Ce n'est peut-être cependant pas ce qu'entendait le législateur et la jurisprudence aura sans doute à préciser si, dans le cas où le SJL intente une poursuite après une décision sur le remboursement et sur la base de cette décision, ce qui pourrait devenir la règle, une éventuelle mainlevée d'opposition devra être demandée au juge de paix selon l'art. 42b al. 1^{er} ch. 2 LVLP ou pourra néanmoins être prononcée par l'autorité administrative. Les explications du Conseil d'État selon les-

de l'opposition faite à un commandement de payer portant sur un remboursement de l'assistance judiciaire. Rappelons que, malgré des critiques doctrinales, la possibilité qu'une autorité administrative puisse prononcer la mainlevée définitive d'une créance qu'elle a elle-même fixée par décision est admise en droit positif suisse⁵⁴. Cela implique aussi l'admissibilité du système, prévu par l'art. 39a al. 5 CDPJ, soumettant le recours concernant une telle mainlevée à une juridiction administrative.

Selon ces nouvelles dispositions, une décision administrative, susceptible d'un recours de droit administratif selon la LPA-VD, devra donc intervenir au sujet du remboursement de l'assistance judiciaire avant une procédure d'exécution forcée et c'est dans ce cadre qu'il sera examiné dans quelle mesure les conditions de l'art. 123 CPC sont remplies. Cela ne signifie pas que la pratique consistant à demander pour cela à l'intéressé des renseignements sur sa situation financière et à prévoir, sans décision formelle, un plan de paiement accepté par lui doit disparaître. Comme on l'a vu, les travaux préparatoires montrent en effet que l'intention du législateur vaudois est de conserver ce mode de faire dans les nombreux cas où ledit intéressé collabore avec l'autorité de recouvrement et paie effectivement des montants mensuels proportionnés à ses facultés⁵⁵. Une interruption ou des retards ne pourront cependant plus être considérés comme rendant sans autres vérifications le solde entièrement exigible : au contraire, il faudra alors qu'intervienne une décision au sens de l'art. 39a nouveau CDPJ tenant compte de la situation de l'intéressé au moment de ladite décision, soit basée sur des renseignements actualisés au sujet sa capacité financière.

quelles « une procédure de mainlevée menée devant le juge de paix n'aurait [...] guère de sens si ce n'est d'allonger inutilement la procédure » (EMPB 2019 n° 14.2), semblent plutôt conduire à la seconde solution.

⁵⁴ L'art. 79 LP permet en effet au créancier à la poursuite duquel il a été fait opposition « d'agir par la voie de la procédure civile ou administrative » et de requérir la continuation de la poursuite « en se fondant une décision exécutoire qui écarte expressément l'opposition ». Une jurisprudence constante a confirmé que cette décision écartant l'opposition pouvait aussi émaner d'une autorité administrative, ce que le législateur a d'ailleurs expressément admis lors d'une révision de l'art. 79 LP précité en 1997, cf. ATF 128 III 39 ; 130 III 524 ; 134 III 115 et les réf. citées.

⁵⁵ EMPB 2019 n° 14.2 : « la compétence donnée au département ne l'obligera pas à rendre systématiquement des décisions. La dette du bénéficiaire de l'assistance judiciaire est en effet préexistante à toute décision du département, qui ne se prononcera qu'en cas de nécessité sur l'exigibilité de ladite dette ; une entente avec le bénéficiaire de l'assistance judiciaire sur les modalités de remboursement (paiements échelonnés) comme elle est pratiquée aujourd'hui reste donc non seulement possible, mais devrait continuer à constituer la règle, comme c'est le cas aujourd'hui ». Curieusement, l'exposé des motifs ne semble pas envisager une décision imposant des paiements échelonnés, ce qui nous paraît cependant la seule solution conforme à l'art. 123 CPC face à un ancien bénéficiaire qui ne s'acquitterait pas spontanément de paiements échelonnés alors que sa situation financière permet d'en exiger de lui sans qu'elle soit suffisante pour qu'il puisse rembourser d'un coup toute l'assistance dont il a bénéficié.

En pratique, le SJL devrait donc alors recueillir à nouveau de tels renseignements essentiellement auprès de l'intéressé lui-même. *Quid* cependant si celui-ci ne les fournit pas ou mal ? La novelle de 2018 n'a pas prévu de norme de droit pénal cantonal, qu'on aurait pu songer à réintroduire⁵⁶. Il a en revanche instauré une règle imposant à l'ancien bénéficiaire de l'assistance judiciaire de collaborer à l'établissement de sa situation financière par le département (art. 39b al. 1^{er} CDPJ). À ce défaut, ce dernier sera en droit de présumer que les ressources de l'intéressé lui permettent de rembourser, sous-entendu en totalité, les avances fournies par l'État au titre de l'assistance judiciaire⁵⁷.

Est-ce un tour de passe-passe pour « faire du neuf avec du vieux » en conservant presque inchangée la pratique antérieure ? Pas sur le plan formel, puisque l'intéressé qui a pris du retard dans un remboursement par mensualités aura désormais l'occasion de démontrer que sa situation financière ne lui permet pas ou plus de faire davantage, et de recourir devant le juge administratif si cette argumentation n'est pas suivie. Déduire certains éléments défavorables à l'administré d'un manque de collaboration de sa part n'est d'ailleurs pas en soi quelque chose d'exorbitant des règles ordinaires de la procédure administrative.

Ériger une telle solution en présomption légale, qui plus est de droit cantonal alors qu'il s'agit de vérifier une exigence de capacité financière résultant d'une règle fédérale, peut paraître audacieux. Si l'on admet qu'il s'agit d'une règle touchant la procédure probatoire, régie dans le nouveau système par la LPA-VD, et que l'art. 39b al. 2 CDPJ ne pose quoiqu'il en soit sans doute qu'une présomption réfragable, dont l'autorité administrative devra s'écarter, même en faveur d'un justiciable non collaborant, si elle détient des éléments tendant à démontrer qu'en réalité sa situation financière ne permet pas le remboursement litigieux, une interprétation conforme au droit supérieur nous paraît néanmoins possible. Il resterait évidemment à se demander si, en érigeant le remboursement de l'assistance judiciaire quasiment en règle⁵⁸, les dispositions et la pratique vaudoise respectent bien l'esprit des art. 117 ss et 123 CPC. Un examen de cette question dépasserait de beaucoup les limites de cette petite étude. Il faudrait d'ailleurs aussi examiner alors si,

⁵⁶ L'ancien art. 12 LAJ permettait d'infliger une amende à celui qui avait donné sciemment au Bureau de l'assistance judiciaire de faux renseignements, ce qui valait sans doute aussi pour des renseignements intentionnellement incomplets.

⁵⁷ Art. 39b al. 2 CDPJ : « si en raison du défaut de collaboration du bénéficiaire de l'assistance judiciaire, le département ne peut établir sa situation financière, celle-ci est présumée lui permettre de rembourser les avances fournies par l'État au titre de l'assistance judiciaire ».

⁵⁸ La section consacrée à cette question de l'exposé des motifs commence par l'affirmation qu'« en matière civile et pénale l'assistance judiciaire n'est pas gratuite » (EMPB 2019 n° 14.1), ce qui est au moins osé s'agissant d'une institution que la Constitution fédérale actuelle qualifie précisément d'assistance judiciaire gratuite !

d'un autre côté, la pratique cantonale ne va pas au-delà des exigences minimales du droit fédéral quant à la gêne financière justifiant l'assistance judiciaire⁵⁹.

⁵⁹ Dans la pratique des autorités vaudoises, l'assistance judiciaire est souvent accordée à des justiciables dont les ressources dépassent largement le minimum vital, mais à qui leur budget et leurs liquidités ne permettent pas de sortir d'un coup les importants montants correspondant à des avances normales de frais selon l'art. 98 CPC et des provisions en faveur d'un avocat de choix. Dans ce genre de cas, on comprend bien la logique d'une assistance judiciaire en principe remboursable.