

Du bon usage des dispositions de l'article 700 du (Nouveau) Code de Procédure Civile (et des institutions "représentatives" de la Profession d'Avocat ?)

Patrice Rembauville-Nicolle, ancien membre du Conseil National des Barreaux, ancien membre du Conseil de l'Ordre de Paris, met les pieds dans le plat

Il y a deux ans , alors que j'étais Membre du Conseil de l'Ordre du Barreau de Paris, j'ai été chargé de discuter, accompagné d'autres Membres du Conseil, au sein d'un groupe de travail constitué à l'initiative de Monsieur le Premier Président du Tribunal de Grande Instance de Paris , des conditions d'application par les chambres civiles de la juridiction parisienne, des dispositions de l'article 700 du (Nouveau) Code de Procédure Civile qui, on le constate, ne sauraient être correctement appliquées sans le concours efficace des Avocats, ce qui suppose donc que les uns et les autres s'entendent , notamment, sur ce que sont les "frais irrépétibles" et sur ce qui peut être considéré comme entrant dans le champ d'application de l'article 700.

Lorsque j'ai quitté le Conseil en Décembre 2005, les travaux du groupe de travail n'étaient pas achevés et se posait alors la question de savoir, entre autres, si en cas d'accord entre Avocats et Magistrats il y aurait lieu, soit de publier, chacun de son côté, des recommandations, soit de signer un protocole d'accord.

A dire vrai, je me souviens avoir moi même hésité à choisir sachant cependant qu'il me paraissait alors assez peu cohérent de signer un protocole tant il est évident que la question d'une bonne application des dispositions de l'article 700 du Code de Procédure Civile ne devait pas être traitée seulement entre parisiens ! Devait-elle en outre se limiter à la seule juridiction civile ? Evidemment non et, d'ailleurs des contacts ont été pris à l'époque, qui n'ont, à ma connaissance, pas eu de suite, avec le Tribunal de Commerce de Paris qui, depuis plus longtemps que l'Ordre de Paris et peut-être même que le Président du Tribunal de Grande Instance, avait réfléchi aux conditions d'application des dispositions de l'article 700. A l'évidence les Juges Consulaires, en raison de leur mode de désignation et de leur implication dans le monde des affaires ont une appréciation plus pragmatique des questions d'argent que celle que peuvent avoir des Juges professionnels parfois trop éloignés des réalités économiques .

Un "*entretien*" de la Gazette du Palais (publié dans le numéro des 26 et 27 Octobre 2005) avec Monsieur Jean-René Maillard, Président de la 2ème chambre du Tribunal de Commerce de Paris est très révélateur de la vision concrète de cette juridiction au sujet des difficultés d'application de l'article 700.

D'après le Président Maillard "*il n'est évidemment question ni de donner (aux Juges) des instructions, ni de fixer des règles, ni d'édicter des normes, ni même de donner des préconisations ou des recommandations, mais simplement de fournir des indications , des repères ...*". Il indique, plus loin, que dans la mesure où le Code traite des frais exposés et non compris dans les dépens, "*l'indemnité correspondant à l'article 700 doit permettre à la partie gagnante de se voir dédommée des dépenses engagées : honoraires d'Avocat, bien sûr, mais aussi frais de déplacement, d'obtention de pièces, de consultation de juriste ou d'expert (non désignés par le Tribunal) ... toutes les dépenses engagées mais pas plus ...*".

En ce début d'année 2007, où en est la réflexion du côté des Avocats ? Au sein du Conseil National des Barreaux, je ne sais pas que quiconque s'en préoccupe. En revanche, la lecture du Bulletin du Barreau (de Paris) daté du 13 Mars 2007, nous apprend "*qu'un projet de protocole avec le Tribunal de Grande Instance est en discussion*" et que "*Monsieur le Bâtonnier a chargé la commission, constituée pour traiter de ces questions , de participer avec le Tribunal de Grande Instance à la rédaction de ce protocole pour convenir des justificatifs acceptables et ne pouvant remettre en cause la nécessaire confidentialité des relations entre l'Avocat et son client*" Cette formulation pourrait laisser redouter que certains Avocats pensent toujours que l'article 700 est principalement sinon exclusivement destiné à obtenir le remboursement des honoraires d'Avocat... quand il n'est pas utilisé par les Avocats comme un complément d'honoraires !

Il semble par conséquent utile et urgent de faire le point de la situation afin de pouvoir formuler des propositions concernant non pas seulement les Avocats et les juridictions parisiennes mais toutes les juridictions et les justiciables français susceptibles d'être confrontés aux conditions d'application des dispositions de ce fameux article 700 .

En 1789, les Etats Généraux proclamaient la gratuité de la Justice française.

Cependant, de nombreux droits et autres taxes étaient institués au fil des années afin de faire face au coût de fonctionnement d'une telle institution. Ces «*dépens*» étaient mis à la charge de la partie qui succombait.

L'accès à la Justice est néanmoins demeuré longtemps très difficile pour les personnes qui devaient avancer les honoraires d'Avocats. En effet, considérés comme un «*don spontané de la reconnaissance du client*», ils ne pouvaient faire l'objet d'une indemnisation. En 1975, le (Nouveau) Code de Procédure Civile tentait de combler cette lacune par le biais de son article 700, dont la mise en œuvre et l'interprétation allaient susciter des désaccords.

Pour en mesurer la portée, il y a lieu d'examiner l'esprit de ce texte ainsi que sa situation dans le contexte procédural (I), son contenu (II) et enfin, les difficultés d'application qui en ont découlé (III) afin de proposer, en guise de conclusion (provisoire), sinon des solutions à tous les problèmes posés, à tout le moins une méthode de travail - au sein et à l'initiative du Conseil National des Barreaux - en vue de parvenir à la meilleure application possible, par tous les Avocats français et toutes les juridictions concernées, des dispositions de l'article 700.

I - Esprit du texte et situation dans le contexte procédural

Avant d'étudier le contenu des dispositions permettant la répétibilité des sommes non comprises dans les dépens (1.2) ainsi que leur but (1.3), il y a lieu de revenir sur les circonstances qui ont conduit à l'adoption de cette mesure (1.1).

1.1 - 1975, date charnière

Jusqu'en 1975, le Juge se contentait d'imputer les frais d'instance à la partie qui succombait lors du procès. Pour les sommes qui n'étaient pas considérées comme telles mais que les parties avaient cependant engagées au titre de l'instance, seule une action en responsabilité civile fondée sur l'article 1382 du Code Civil permettait une indemnisation, à la condition que soit prouvée une faute en recourant à la théorie de l'abus de droit.

A partir du décret du 5 décembre 1975, date de l'adoption du (Nouveau) Code de Procédure Civile, le législateur décidait de remédier à cette carence en instituant, dans un titre XVIII intitulé «*les frais et dépens*», l'article 700 qui ouvrait une possibilité pour la partie victorieuse à l'instance d'être indemnisée des frais «*non compris dans les dépens*» qu'elle aurait engagés, et notamment les honoraires d'Avocat.

Sa rédaction originale¹ fut toutefois très critiquée, notamment par un grand nombre d'Avocats qui, comme le rappelle Jean-Claude Woog dans un article publié à la Gazette du Palais du 2 juillet 1998, descendirent dans la rue le 17 janvier 1976 et se mirent en grève du 21 au 25 janvier suivant. En effet, la référence expresse au montant des honoraires d'Avocats laissait le Juge apprécier, quoique de façon indirecte, leur niveau alors même que les règles régissant cette Profession consacraient la liberté de fixation de leur rétribution.

¹[1] «*Lorsqu'il apparaît inéquitable de laisser à la charge d'une partie les honoraires et tous autres frais non inclus dans les dépens, le Juge peut condamner l'autre partie à lui payer la somme qu'il détermine* ».

Le Garde des Sceaux ordonnait en conséquence le retrait de ce texte et l'article 700 fut modifié. En lieu et place des « honoraires et tous autres frais non inclus dans les dépens », on pouvait lire « les sommes exposées par [une partie] et non comprises dans les dépens ». Désormais, toute référence expresse aux honoraires de l'Avocat est pudiquement bannie, bien que le champ d'application du texte soit inchangé. Enfin, c'est par l'article 75 de la loi du 10 juillet 1991 que fut institué le texte tel qu'il est aujourd'hui en vigueur.

1.2 - Définition et emplacement

L'article 700 du (Nouveau) Code de Procédure Civile dispose :

« Comme il est dit au I de l'article 75 de la loi n° 91-647 du 10 juillet 1991, dans toutes les instances, le Juge condamne la partie tenue aux dépens ou, à défaut, la partie perdante à payer à l'autre partie la somme qu'il détermine, au titre des frais exposés et non compris dans les dépens. Le Juge tient compte de l'équité ou de la situation économique de la partie condamnée. Il peut, même d'office, pour des raisons tirées des mêmes considérations, dire qu'il n'y a pas lieu à cette condamnation. »

Il n'est pas inutile de citer aussi à nouveau le texte d'origine :

Ancien art. 700 (D. n° 76-714 du 29 juillet 1976)

Lorsqu'il paraît inéquitable de laisser à la charge d'une partie les sommes exposées par elle et non comprises dans les dépens, le Juge peut condamner l'autre partie à lui payer le montant qu'il détermine.

Se trouve donc bien posé le principe d'une indemnisation des frais exposés et non compris dans les dépens par la partie qui aurait la charge des dépens ou, à défaut, par celle qui perdrait le procès.

La nature indemnitaire de cette condamnation n'est pas à mettre en doute. Ce ne sont pas les honoraires d'Avocats que supporte la partie condamnée, mais une indemnité forfaitaire qui doit les contrebalancer sans oublier les autres frais que la partie gagnante a exposés. La condamnation aux frais irrépétibles de l'article 700 n'en emprunte pas moins, sur bien des points, son régime juridique à celui des dépens de l'article 695 car il s'agit dans les deux cas de questions relatives aux frais afférents à une instance.

La place à laquelle cette disposition a été insérée est importante. En effet, l'article 700 se trouve dans le livre 1^{er} du (Nouveau) Code de Procédure Civile, contenant les «*dispositions communes à toutes les juridictions*», ce dont il convient de tirer toutes conséquences. Le chapitre dont il fait l'objet du dernier article régit «*la charge des dépens*», au sein d'un titre XVIII traitant plus particulièrement des «*frais et dépens*». Ainsi, le législateur, en lui attribuant une telle place, a tenu à en faire une règle de portée générale, applicable devant toutes les juridictions civiles. Il ne peut aujourd'hui être fait référence aux dépens d'une instance sans que la question des frais irrépétibles ne soit en effet abordée.

Parallèlement à son insertion dans le (Nouveau) Code de Procédure Civile, ce texte a été adapté pour être rendu applicable devant les juridictions administratives (article L. 761-1 du Code de justice administrative) et pénales (article 475-1 du Code de procédure pénale). Néanmoins, cette adaptation ne modifie en rien son esprit ni ses objectifs.

1.3. - Le but poursuivi par l'adoption de la règle

Plusieurs raisons sous-entendent la mise en œuvre d'une telle disposition.

En premier lieu, il convient de constater que le principe de gratuité de la Justice proclamé il y a plus de 200 ans n'est pas respecté tant que le justiciable conserve la charge de ses frais irrépétibles. Les Avocats jouissant de la liberté de fixation de leurs honoraires, l'égalité des justiciables devant la Justice doit être rétablie et ce, quelle que soit leurs revenus. De la même manière que les dépens sont mis à la charge de la partie perdante, il convenait d'y ajouter les frais irrépétibles, dont la nature se situe dès lors à la frontière entre dommages-intérêts et dépens de procédure.

Au-delà du respect d'un des principes fondamentaux de notre système judiciaire, l'article 700 permet d'encourager les recours justifiés. En effet, lorsqu'une cause semble nécessiter la saisine d'une juridiction, le demandeur, au vu des éléments de fait et de droit dont il dispose, pourra espérer une issue favorable et, dès lors, aura de grandes chances de voir son adversaire condamné au paiement des frais irrépétibles.

En corollaire, cette disposition devient une force de dissuasion tant pour le demandeur que pour le défendeur. Pour le premier, en effet, la perspective d'un échec lui fera prendre toute la mesure du risque pécuniaire qu'il encourt. Pour le dernier en revanche, toute résistance abusive ou dilatoire lui ferait encourir une condamnation pour laquelle la faute n'a plus à être démontrée.

Ainsi, Jean-Claude Woog écrit-il à juste titre qu'il semble que la perspective d'une condamnation sur ce fondement permette d'encourager les recours « légitimes » et d'écarter du même coup une partie des actions qui le seraient moins.

II - Le contenu de l'article 700

L'article 700 du (Nouveau) Code de Procédure Civile pose le principe d'une condamnation au paiement d'une indemnité censée couvrir le montant des frais irrépétibles par la partie ayant déjà la charge des dépens ou celle qui peut être considérée comme « perdante ». Cependant, devant quelles juridictions peut-on prétendre à son application (2.1) ? De plus, comment déterminer les sommes que l'on entend comme irrépétibles (2.2) ? Enfin, quels sont les critères du contrôle juridictionnel exercé par le Juge (2.3) ?

2.1. - Son champ d'application

Une des conditions de mise en œuvre de l'article 700 du (Nouveau) Code de Procédure Civile est l'existence d'une instance (« *dans toutes les instances...* »). Il a déjà été dit que son emplacement au sein des « *dispositions communes à toutes les juridictions* » le rendait applicable dans toute instance autre que pénale ou administrative.

Ainsi, il concerne toutes les juridictions de l'ordre judiciaire statuant en matière civile, commerciale, sociale, rurale ou prud'homale en application de l'article 749 du même Code², et ce, qu'elles soient de droit commun (Tribunal de Grande Instance, Cour d'Appel) ou d'exception (Tribunal d'Instance, Tribunal de Commerce, Tribunal Paritaire des Baux Ruraux, Tribunal des affaires de Sécurité Sociale, Conseil de Prud'hommes).

Dans des matières plus spécialisées, la jurisprudence s'est également prononcée en faveur de son application, en particulier pour les juridictions d'expropriation³ ou pour la Cour d'appel de Paris lorsqu'elle statue sur un recours dirigé contre une décision du Conseil de la Concurrence⁴ (mais pas pour le Conseil de la Concurrence, qui n'est pas une véritable "juridiction").

² « *Les dispositions du présent livre s'appliquent devant toutes les juridictions de l'ordre judiciaire statuant en matière civile, commerciale, sociale, rurale ou prud'homale, sous réserve des règles spéciales à chaque matière et des dispositions particulières à chaque juridiction* ».

³ Cass. 3^{ème} Civ., 24 mai 1989 : JCP G 1990, II, 21477, obs. Cadiet.

⁴ CA Paris, 9 nov. 1987 : Gaz. Pal. 1987, 2, p. 725.

Même si une procédure est prévue sans frais, l'article 700 peut s'appliquer (la jurisprudence considère que la gratuité proclamée ne concerne que les dépens !). Une condamnation peut donc intervenir :

- en contentieux douanier⁵,
- en contentieux des élections professionnelles dans l'entreprise⁶,
- dans le contentieux dans lequel le service des Domaines de l'Etat est partie⁷,
- dans le contentieux relatif aux droits d'enregistrement⁸,
- enfin, en contentieux électoral⁹.

Par ailleurs, même si les juridictions ne statuent pas au fond, elles peuvent néanmoins se prononcer sur le fondement de l'article 700 :

- pour la Cour de cassation, l'article 629 le prévoit explicitement¹⁰,
- devant le Juge des référés, qui accorde cette indemnité à titre définitif¹¹,
- devant le Juge de la mise en état, qui dispose de pouvoirs analogues à ceux du Juge des référés, et qui statue sur les dépens en application de l'article 772 du Nouveau Code de procédure civile,
- devant le Juge de l'exequatur¹² (la seule question ici étant le problème posé par le nécessaire respect du contradictoire en la matière : la demande ne pourra donc être présentée qu'après recours mais non au stade initial de l'ordonnance sur requête).

Ainsi, l'application générale de l'article 700, complété par les dispositions spéciales édictées en matière pénale et administrative, peut être invoquée pratiquement dans la totalité des contentieux.

2.2 - Que faut-il entendre par «frais irrépétibles» ?

Afin d'identifier ce qu'il convient d'inclure dans les «frais irrépétibles», seule une analyse a contrario est envisageable. En effet, le texte dispose expressément que ce sont les «*frais exposés et non compris dans les dépens*». Ainsi, il convient d'identifier les sommes que l'on doit inclure dans les dépens.

⁵ Cass. 1^{ère} civ, 11 déc. 1985 : Bull. civ. I, n° 347 - Cass. Com., 23 févr. 1988 : Gaz. Pal. 1988, 1. p. 514, note Hatoux.

⁶ Cass. Soc. 20 juillet 1978 : Gaz. Pal. 1978, 2, somm. P. 443 ; Bull. civ. V, n° 629).

⁷ CA Paris, 5 juin 1981 : D. 1982, inf. rap. P. 158, obs. Julien.

⁸ Cass. Com., 22 juillet 1986 : JCP G 1986, IV, 301.

⁹ Cass. 2^{ème} Civ. 2 mars 2001, Mme Jakubovitch, Juris Data n° 2001-008825.

¹⁰ « *Sans préjudice de l'application des dispositions de l'article 700, la Cour de cassation peut laisser la totalité ou une fraction des dépens à la charge d'une partie autre que celle qui succombe* ».

¹¹ Cass. 3^{ème} Civ., 19 nov. 1980 : bull. civ. III, n° 183.

¹² CA Paris, 8 mai 1979 : Gaz. Pal. 1979, 2, p. 344, note Mauro.

L'article 695 du (Nouveau) Code de Procédure Civile donne une liste de ce qu'il convient de considérer comme des dépens d'instance. Par définition, tout ce qui n'y est pas cité doit être considéré comme frais irrépétibles (et notamment les honoraires d'Avocat, les frais de déplacements et de démarches...). La jurisprudence a eu l'occasion de se prononcer sur les frais pour lesquels un doute pouvait subsister. Le tableau suivant (qui pourrait ne pas être complet) permet d'avoir une vue d'ensemble de ce qu'il faut ou non considérer comme des dépens :

Dépens de l'art. 695	Autres frais
Dépenses fiscales	
Droits, taxes, redevances ou émoluments perçus par les secrétariats des juridictions ou l'administration des impôts (art. 695 1°).	Droits, taxes et pénalités éventuellement dus sur les actes et titres produits à l'appui des prétentions des parties (art. 695 1°).
	Droits d'enregistrements afférents aux actes nécessaires à la réalisation d'un plan de cession, qui ne sont pas inclus dans les dépens mis à la charge du « redressement judiciaire » par le Jugement arrêtant le plan, supportés par l'acquéreur (Com. 6.12.94).
Contrepartie d'un service	
Les indemnités des témoins (art. 695 3°).	
La rémunération des techniciens (art. 232 art. et 695 4°).	Honoraires des techniciens non désignés par le Juge (Civ. 2 ^{ème} , 5.12.73) : honoraires de consultation d'un professeur.
	Les honoraires versés à des conseils divers, experts amiables, conseils en brevet (TGI Paris, 14 févr. 1978).
Les débours tarifés (art. 695 5°).	Les droits perçus seulement à l'occasion de la décision, qui demeurent à la charge de la partie à qui ils incombent d'après les lois civiles et fiscales, à moins que le jugement n'en impose le paiement à l'autre partie à titre de dommages-intérêts (Com. 6.12.94, Civ. 2 ^{ème} 17.06.99).
Les émoluments des officiers publics ou ministériels (art. 695 6°).	Les émoluments de l'avoué assistant une partie dans une procédure sans représentation obligatoire (Soc. 14.11.85)
	Les honoraires d'Avocat (Soc. 21 fév. 79).
La rémunération des Avocats dans la mesure où elle est réglementée, y compris les droits de plaidoirie (art. 695 7°).	La rémunération des Avocats, même réglementée, lorsque leur ministère n'est pas obligatoire (Civ. 2 ^{ème} , 2.12.87).
L'assistance d'une entreprise de déménagement et l'intervention d'un serrurier sont expressément prévus dans la réglementation portant tarif des huissiers (Civ. 2 ^{ème} 2.03.00)	Les frais de déménagement lors d'une procédure d'expulsion (Civ. 2 ^{ème} 6.05.87)
Rémunération des personnes chargées des enquêtes sociales en matière de divorce et de séparation de corps (Civ. 2 ^{ème} , 2.12.87).	
Frais divers	

Les frais de traduction des actes lorsque celle-ci est rendue obligatoire par la loi ou par un engagement international (art. 695 2°). <i>Nota</i> : au lieu de « obligatoire », lire « nécessaire » à compter du 1 ^{er} janvier 2005 (décret du 20 août 2004 portant modification de la procédure civile).	
	Les frais de déplacements, de voyage et de séjour en France imposés à un plaideur (TGI Paris 2 nov. 76) Les frais de déplacements et de démarches (Soc. 13 juin 84).
	Les frais engagés pour obtenir certaines pièces (CA Colmar, 19 nov. 1984).
Aide juridictionnelle	
	Frais distincts de ceux pris en compte par l'aide juridictionnelle (Cass. 3 ^{ème} Civ. 26 avr. 1984 ; Cass. Soc. 5 nov. 1987).
	Si l'aide juridictionnelle est partielle, honoraires d'Avocats restés à la charge de la partie en vertu de la convention d'honoraires (conséquence de la jurisprudence citée pour les frais « distincts » de l'AJ).
Décret du 20 août 2004 portant modification de la procédure civile (entrée en vigueur : 1^{er} janvier 2005)	
Les frais occasionnés par la notification d'un acte à l'étranger (art. 695 8°).	
Les frais d'interprétariat et de traduction rendus nécessaires par les mesures d'instruction effectuées à l'étranger à la demande des juridictions dans le cadre du règlement (CE) n° 1206/2001 du Conseil du 28 mai 2001 relatif à la coopération entre les juridictions des Etats membres dans le domaine de l'obtention des preuves en matière civile et commerciale (art. 695 9°).	

Ainsi, les frais que l'on peut inclure dans la catégorie de ceux qui pourraient faire l'objet d'une indemnité sur le fondement de l'article 700 sont extrêmement variés. Néanmoins, il convient d'apporter quelques précisions sur les critères qui permettent leur prise en compte pour l'attribution d'une indemnité.

Les frais de toute nature ne pourront être pris en compte que s'ils ont été exposés dans le cadre de l'instance qui donne lieu à la condamnation (et non lors de procédures antérieures ou différentes)¹³. A ce titre toutefois, l'instance d'appel forme un tout avec l'instance initiale : la Cour d'appel peut donc statuer sur l'ensemble des frais exposés devant les Juges du fond sans avoir à se limiter à la procédure d'appel¹⁴.

¹³ Cass. 2^{ème} civ., 19 novembre 1986, Bull. civ. II, n° 171. *Contra* : T.Com. Paris 3^{ème} Ch., 22 mai 2002, inédit.

¹⁴ Cass. 3^{ème} Civ., 12 juillet 1988, Bull. civ. III, n° 129.

En outre, l'affaire à laquelle fait allusion le Président Maillard dans son entretien avec la Gazette du Palais semble bien faire référence à une indemnité de 150.000 euros accordée par le Juge du fond s'agissant de frais exposés dans le cadre d'une expertise ordonnée par le Juge des référés, alors même que l'instance au fond a donné lieu à un désistement...

La nature indemnitaire de la condamnation explique qu'il n'y ait pas droit à un recouvrement direct par l'Avocat (ce ne sont pas ses honoraires qu'il reçoit par ce biais ni que la partie se voit rembourser mais une indemnité forfaitaire censée compenser leur versement ; c'est en tout cas la thèse du Professeur Defossez dans le fascicule consacré aux dépens du Jurisclasseur Procédure). Cela explique aussi que la condamnation ne soit pas assortie d'une condamnation à la TVA puisqu'elle n'a pas la nature juridique d'une rémunération.

A la différence du régime applicable aux dépens, le Juge n'est obligé de statuer sur les frais irrépétibles que s'il a été saisi d'une demande. Dès lors, le respect des règles découlant du principe du contradictoire s'impose.

Une autre différence réside également dans la possibilité donnée au Juge d'accorder l'exécution provisoire en ce qui concerne l'article 700. Une telle décision en matière de dépens est interdite conformément à l'article 515 alinéa 2 du Code de procédure civile. Elle est en revanche possible pour l'indemnité de l'article 700 qui n'a pas la nature de dépens, mais de frais¹⁵. C'est également le cas en matière de référé¹⁶. Ces décisions sont revenues sur une jurisprudence traditionnelle qui refusait l'exécution provisoire de la condamnation à une indemnité pour frais irrépétibles. Certaines juridictions maintiennent cependant la solution traditionnelle¹⁷.

Enfin, la nature même de l'indemnité a pu conduire la jurisprudence à affirmer que, contrairement à la condamnation pour procédure abusive qui répare un préjudice fondé sur la commission d'une faute et dès lors produit intérêt légal à compter du jour du jugement, son caractère forfaitaire ne lui permet pas de porter intérêt¹⁸. Il existe néanmoins sur le sujet une divergence de jurisprudence puisque la chambre sociale a toujours affirmé le contraire, estimant qu'aucune disposition ne permet d'écarter l'application de l'article 1153 du Code civil en la matière¹⁹.

¹⁵ Cass. 2^{ème} Civ., 31 mai 2001, Bull. civ. II n° 107.

¹⁶ Cass. 2^{ème} Civ., 24 juin 1998, Bull. civ. II, n° 222.

¹⁷ CA Aix-en-Provence, 17 décembre 2001, Assoc. APAMETRA-BTP, Juris-Data n° 1989-040253.

¹⁸ Cass. 1^{ère} Civ., 13 avril 1983 : JCP G 1983, IV, 192.

¹⁹ Cass. Soc. 2 mai 1989, : JCP G 1989, IV, 248.

2.3 - Les critères d'attribution par le Juge

A la lecture de l'article 700, on constate que 4 conditions préalables doivent être réunies afin que puisse être prononcée une condamnation sur son fondement. En effet, l'instance doit exister, l'une des parties doit succomber, des frais non inclus dans les dépens doivent exister et avoir été supportés par l'autre partie, et enfin le Juge doit avoir été saisi d'une demande.

Avant la loi du 10 juillet 1991, le Juge devait constater qu'il était inéquitable de laisser à la partie gagnante la totalité des frais irrépétibles. Depuis la réforme en revanche, la partie gagnante a droit au remboursement de ses frais, sauf si des conditions d'équité ou des circonstances économiques justifient l'absence ou la limitation d'une telle condamnation. Ainsi, la condamnation devient le principe : «*le Juge condamne*» alors qu'auparavant le texte ne prévoyait qu'une faculté : «*le Juge peut condamner...*».

Néanmoins, les considérations d'équité demeurent. Pour permettre au Juge de les apprécier, la jurisprudence avait dégagé trois catégories de critères :

- le caractère de l'action intentée est un élément d'appréciation du Juge : il a ainsi été jugé que l'action tirée de l'article 700 a donc pu venir se substituer à une action en dommages-intérêts pour procédure abusive dont les éléments constitutifs n'auraient pas été suffisamment caractérisés²⁰ ;
- la succombance réciproque de chacune des parties dans leurs prétentions respectives. Le partage des dépens permet dans ce cas au Juge de condamner l'une ou l'autre des parties²¹ mais également de ne prononcer aucune condamnation ;
- enfin, la disparité de situation économique, désormais expressément inscrite dans la loi par la réforme de 1991, pouvait justifier le refus d'accorder une indemnité aux banques et aux compagnies d'assurances²² ou au contraire la condamnation au profit d'un particulier²³.

III - Les difficultés d'application de l'article 700

De l'application de l'article 700 ont pu être identifiées deux grands types de difficultés, tenant d'une part à la consistance des demandes effectuées et d'autre part au pouvoir du Juge qui statue ici, une fois n'est pas coutume, en équité :

²⁰ Cass. 2^{ème} Civ. 13 juin 1979, Gaz. Pal. 1979, 2, p. 562, note Viatte.

²¹ Cass. 2^{ème} Civ. 15 février 1984, Bull. civ. II, n° 28.

²² TI Bergerac, 30 novembre 1976, Gaz. Pal. 1977, 1, p. 171 ; TI Lille, 23 octobre 1980, Gaz. Pal. 1981, 1, somm. p. 91.

²³ CA Paris, 11 février 1992, D. 1992, inf. rapp. P. 148, sol. implicite.

3.1. - En raison d'une jurisprudence hasardeuse

Contre toute attente, il ne serait pas nécessaire que les dépenses aient été effectuées au moment de la demande de condamnation au titre de l'article 700. La Cour de cassation avait exigé en premier lieu que les sommes aient été payées²⁴. Cette jurisprudence, semble-t-il, a depuis été abandonnée. Désormais, les Juges n'ont pas à constater que les frais ont été préalablement payés²⁵, ni même réellement exposés²⁶ ! Les Avocats pourraient donc (et le font souvent) ainsi garder une discrétion totale sur le montant de leurs honoraires et tous frais réclamés au titre de l'article 700. Il n'en demeure pas moins que le Juge devra se convaincre de l'existence réelle des sommes dont le recouvrement indemnitaire est sollicité, même s'il n'a pas à en connaître le détail.

Cela pose bien évidemment de nombreux problèmes puisque, par exemple, s'affrontent d'une part l'exigence selon laquelle la pratique de l'honoraire est libre pour l'Avocat et ne doit pas faire l'objet d'un contrôle en opportunité de la part du Juge, et d'autre part, la nécessité de justifier néanmoins du principe et de l'existence d'une telle dépense, ce qui, à mon avis, ne devrait pas poser de véritable difficulté, y compris au regard du secret professionnel.

Il ne semble pas que l'affirmation pure et simple de l'engagement d'une somme, sans justification, soit une solution viable dans la mesure où le Juge doit, à chaque fois, se poser la question du caractère effectif de la dépense. Cette absence de nécessité de produire des documents justificatifs est donc propice d'une part, au développement d'une attitude soupçonneuse de la part du Juge, à tort ou à raison... et d'autre part, à une privation au préjudice du créancier de son droit à recouvrer tout ou partie des frais qu'il a exposés pour sa défense.

3.2. - En raison du caractère discrétionnaire du pouvoir attribué au Juge

Le contrôle juridictionnel exercé par le Juge sur des considérations d'équité lui permet de minimiser, voire d'anéantir la portée du 1^{er} alinéa de l'article 700 du (Nouveau) Code de Procédure Civile selon lequel «le Juge condamne...» au paiement des frais irrépétibles. Il peut le faire en soulevant d'office les moyens tirés de l'équité. Cela lui permet donc, malgré la succombance du défendeur, de ne pas allouer au demandeur l'intégralité de sa demande.

²⁴ Cass. 3^{ème} Civ., 4 avril 1978, Bull. civ. III n° 149 ; Cass. Soc. 11 janvier 1979, Bull. civ. V n° 32.

²⁵ Cass. Com., 8 décembre 1992, Bull. civ. IV, n° 398.

²⁶ Cass. Com. 4 mai 1993, Bull. civ. IV, n° 169.

Le Juge du fond dispose, dans l'appréciation des circonstances d'équité, d'une large liberté qui se traduit par un pouvoir souverain d'appréciation²⁷. Ce pouvoir d'appréciation s'exerce en première instance comme en appel et un appel du seul chef de la condamnation aux frais irrépétibles serait par conséquent recevable²⁸.

Un pouvoir souverain n'est toutefois pas un pouvoir arbitraire. Ainsi, le Juge devait initialement motiver sa décision²⁹. Mais un courant jurisprudentiel dominant a admis que la décision qui se contente de viser l'article 700 pour accorder une indemnité est suffisamment motivée³⁰. Cette dispense de motivation plus explicite peut se comprendre, selon le professeur Defossez, dans la mesure où elle répond favorablement à une demande. Il convient toutefois d'émettre quelques réserves puisque, encore une fois, c'est en équité que le Juge statue ici et non en droit. Mais cet argument ne trouve-t-il pas sa limite dans le fait que statuer en équité peut permettre de s'abstenir de motiver sa décision ?

La question se posait également de savoir si, lorsque le Juge rejetait la demande, il n'était pas obligé de motiver son refus. Il semble que ce ne soit pas le cas. La seule référence aux dispositions de l'article 700 a également été jugée suffisante dans cette hypothèse par certaines décisions³¹. Il suffirait donc d'énoncer que le refus de remboursement n'apparaît pas inéquitable pour que la décision soit suffisamment motivée³².

La position de la jurisprudence est regrettable. En effet, dès lors que le remboursement des frais irrépétibles est un droit, son octroi tout comme sa privation, même sur un fondement d'équité, doivent être motivés, afin que les parties puissent connaître les raisons de la décision du Juge.

De surcroît, cette absence d'obligation de motivation est une porte ouverte à l'arbitraire du Juge qui peut ainsi discrétionnairement décider dans chaque instance, sans qu'il soit possible d'exercer un contrôle sur sa décision, si la cause «mérite ou non» la condamnation de la partie perdante aux dépens. De là à dire que le Juge dispose du pouvoir d'accorder l'indemnité de l'article 700 «à la tête du client» (ou de l'Avocat) , il n'y a qu'un pas... et il n'est pas certain que les justiciables y trouvent leur compte !

²⁷ Cass. 2^{ème} Civ., 27 janvier 1982, Bull. civ. II, n° 12.

²⁸ Cass. 2^{ème} Civ., 15 juin 1988, Juris-date n° 1988-001547.

²⁹ Cass. Soc. 3 octobre 1980 ; Cass. 1^{ère} civ., 7 mai 1980.

³⁰ Cass. 1^{ère} Civ., 13 février 1980 ; Bull. civ. I, n° 47 ; Cass. Com., 26 janvier 1982, Bull. civ. IV, n° 23.

³¹ Cass. Soc. 5 janvier 1983, Gaz. Pal. 1983, 1, pan. jurispr. p. 137, obs. Guichard.

³² Un motif inopérant peut être en revanche censuré : c'est le cas de la décision d'exclusion d'application de l'article 700 au motif que le directeur des services fiscaux qui avait formé cette demande était rétribué pour représenter son administration (Cass. Com. 10 octobre 2000, Epoux Tantin : Petites affiches, 29 décembre 2000, note Perdriau).

A cet égard, d'après les praticiens, il est des justiciables qui sont régulièrement « lésés » par la liberté d'appréciation laissée aux Juges dans la mesure où les juridictions traitant du droit de la famille et, plus spécialement du divorce, paraissent, sans que l'on comprenne pourquoi à la lecture de leurs motivations quand elles existent, fort réticentes à accorder à l'un ou à l'autre des ex-époux des indemnités au titre de l'article 700. Si l'on prend en compte le nombre important de décisions prononcées en cette matière, il y a là une anomalie à laquelle il faut remédier et c'est évidemment aux Avocats qu'il revient de prendre, les premiers, les initiatives qui s'imposent.

3.3. - En raison du comportement des Avocats

A la lumière de ce qui vient d'être exposé et en conclusion (provisoire ?) de cette brève étude, on serait tenté, d'une part, de recommander aux Juges d'user avec beaucoup de précautions de leur pouvoir discrétionnaire de statuer en équité et le cas échéant, d'inciter les Avocats à motiver, pièces à l'appui, leurs demandes présentées au titre de l'article 700, ce qui suppose tout d'abord que les uns et les autres s'accordent pour ne pas diverger s'agissant de distinguer ce qui rentre dans les dépens de l'article 695 du (Nouveau) Code de Procédure Civile et ce qui n'y rentre point et qui peut donc être accordé ou refusé au titre de l'article 700 du (Nouveau) Code de Procédure Civile, et ce qui implique surtout qu'Avocats et Magistrats cessent de raisonner comme si les sommes sollicitées, accordées ou refusées au titre de l'article 700 portent en tout ou partie sur les seuls honoraires de l'Avocat.

Or, puisque c'est aux Juges qu'il appartient de trancher, c'est bien évidemment aux Avocats qu'il revient de les convaincre et de prouver le bien-fondé de leurs prétentions. De même que c'est aux Avocats qu'il appartient de réunir scrupuleusement et de produire sans rien oublier ni cacher, sans crainte ni pudeur, non seulement les justificatifs relatifs au règlement effectif par leur client de leurs honoraires, mais tous les justificatifs des autres frais exposés par leur client tels que ceux évoqués par le Président Maillard cité au début de mes développements et qui n'entrent pas dans les dépens de l'article 695 (cf supra). J'ajoute qu'il faut craindre qu'il arrive un jour que des clients constatant que leur Avocat n'a pas ou a mal présenté une demande d'indemnisation au titre de l'article 700, mettent en cause sa responsabilité civile professionnelle !

Je suis personnellement convaincu (et sans trahir la confidentialité de conversations que j'ai pu avoir avec tel ou tel Magistrat qui partage mon opinion...) que la bonne ou la mauvaise application des dispositions de l'article 700 du (Nouveau) Code de Procédure Civile dépend prioritairement des Avocats qui, en vérité, ont le grand tort d'être encore divisés sur sa finalité et sur ses modalités d'application.

Je suis également et enfin farouchement opposé à toute démarche qui ne prendrait pas en compte l'intérêt de tous les justiciables français qui sont tous concernés si bien qu'on ne voit pas pour quel bon motif seul le Conseil de l'Ordre des Avocats parisiens signerait un protocole d'accord avec le seul Tribunal de Grande Instance de Paris s'agissant de dispositions applicables devant d'autres juridictions et dans toute la France !

Qui osera prétendre et qui pourra démontrer que cette question ne doit pas être traitée au plan national et par conséquent d'abord au sein du Conseil National des Barreaux puis ensuite par le Conseil National avec toutes les juridictions françaises selon des modalités restant à définir ? A moins qu'il ne soit même nécessaire d'en passer par des discussions avec la Chancellerie... Cette hypothèse pourrait consoler le Bâtonnier de Paris puisqu'il est avéré que la Chancellerie viole régulièrement la loi en consultant entre autres, l'Ordre de Paris et la Conférence des Bâtonniers quand il conviendrait de ne consulter que le Conseil National des Barreaux qui est le seul représentant légal de la Profession d'Avocat auprès des Pouvoirs Publics !

D'aucuns diront que cet article qui avait bien commencé se termine fort mal tant les problèmes posés par l'application des dispositions de l'article 700 sont éloignés des difficultés rencontrées par la Profession d'Avocat pour ne s'exprimer à l'égard des Pouvoirs Publics que par la voix du seul Conseil National des Barreaux... Ceux là ont torts mais ne le savent pas car ils ignorent sans doute que nombreux sont les problèmes techniques de ce genre, et d'autres plus importants encore, qui ne sont pas si difficiles à résoudre mais qui ne sont pas près d'être réglés tout simplement parce que le Conseil National des Barreaux est empêché de se saisir d'un grand nombre de sujets sans qu'aussitôt l'Ordre de Paris et aussi la Conférence des Bâtonniers ne viennent lui contester son champ de compétence si bien que de nombreux projets s'enlisent, que des initiatives sont contrées ou donnent lieu à des "*doublons*", chacun travaillant dans son coin sans concertation avec l'autre dans l'espoir de faire prévaloir son point de vue, en oubliant que tous sont représentés par leurs élus au sein du Conseil National des Barreaux. A ce petit jeu-là, les justiciables - les clients des Avocats – sont, sinon souvent, parfois lésés ! Sans parler de l'image de la Profession d'Avocat auprès des Pouvoirs Publics...

Une Profession qui, en six ans pour ne pas remonter plus loin dans le temps, n'a pas su s'unir au sein du seul Conseil National des Barreaux pour trouver une solution au problème de l'Aide Juridictionnelle, pourra-t-elle se mettre d'accord pour régler, sans vaines querelles et en reconnaissant qu'il s'agit naturellement d'un problème national relevant donc de la compétence du seul Conseil National, la question des conditions d'application des dispositions de l'article 700 du (Nouveau) Code de Procédure Civile ? Je connais la réponse à cette question et c'est parce que je sais, par expérience, pourquoi elle sera négative (j'aimerais avoir tort !) que je ne regrette pas d'avoir récemment démissionné du Conseil National des Barreaux.

Patrice Rembauville-Nicolle
Avocat au Barreau de Paris
Ancien Membre du Conseil National des Barreaux
Ancien Membre du Conseil de l'Ordre