



HAL
open science

L'acte notarié

Bahaa Boukhdoud

► **To cite this version:**

Bahaa Boukhdoud. L'acte notarié. Yboud Loïc; Lei Maxime. De la mobilisation du fait à la réalisation du droit, L'Harmattan, 2016, 9782343098296. hal-01517630

HAL Id: hal-01517630

<https://univ-tln.hal.science/hal-01517630>

Submitted on 3 May 2017

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.



Distributed under a Creative Commons Attribution - NonCommercial - NoDerivatives 4.0 International License

L'acte notarié

par *Bahaa Boukhdoud*,
Doctorant en droit privé à l'Université de Toulon (UTLN),
Attaché Temporaire d'Enseignement et de Recherche à l'Université
de Toulon (UTLN),
Centre d'Études et de Recherches sur les Contentieux (CERC)
n°EA 3164

Si la guerre est, selon Carl Clausewitz, « la continuation de la diplomatie par d'autres moyens »¹, l'exécution de la décision de justice est-elle, en matière de contrats, la continuation de leur exécution par d'autres moyens ?

En effet, au-delà et en l'état du droit positif, une guerre semble être déclenchée entre les différents instruments d'exécution contractuelle. Un contrat, quelle que soit sa nature, suppose le libre consentement de chacune des parties, ainsi que le respect d'un accord mutuel en vertu duquel elles engagent des actions qui dépendent des clauses fixées. D'une certaine façon, le contrat est donc une manière d'éviter l'affrontement : une forme d'entente négociée entre deux instances possédant chacune un bien convoité par l'autre. Dès lors que l'on s'est imposé conjointement une interrogation, comment gérer l'inexécution de l'une des parties ? Dans cette hypothèse, que devient le contrat lorsqu'il est l'enjeu d'une décision judiciaire ?

On connaît les prémisses doctrinales de cette interrogation, le contrat², qui selon le professeur Le Tourneau, « est destiné à assurer la création et la circulation des richesses, à échanger des biens et des services ; il n'a pas pour finalité de réparer des dommages »³. En cas d'inexécution, la sanction attribuée au débiteur joue un rôle fondamental. Le débat ne vaut que vis-à-vis de la nature de la sanction : on peut viser par la sanction soit l'exécution du contrat, soit la réparation du préjudice dans la mesure où le contrat n'a pas été

¹ C. Von Clausewitz, *De la guerre*, Payot & Rivages, 2006, p. 43.

² Selon l'avant-projet de réforme du droit des obligations, le contrat se définit comme « un accord de volontés entre deux ou plusieurs personnes destiné à créer des effets de droit ».

³ Ph. Le Tourneau (dir.), *Droit de la responsabilité et des contrats*, Dalloz, 2012, § 6.

rempli ? En effet, de la nature de la sanction est conditionnée l'efficacité des outils attribués à la décision de justice et ce, dès lors que justement, l'exécution du contrat est le but principal du contrat.

Si l'exécution de la décision de justice semble effectivement rassurer les créanciers, celle-ci n'est pas toujours la continuation du contrat et ne représente d'ailleurs pas souvent l'intérêt du créancier. Le professeur Pascal Ancel, dans son article sur « l'exécution des contrats et l'exécution des décisions de justice »⁴, analyse les liens qui se manifestent entre l'exécution de la décision juridictionnelle et l'exécution du contrat. Il démontre que ces dernières peuvent s'enchaîner ou se séparer. Elles s'enchaînent lorsque l'exécution de la décision est le moyen de parvenir à l'exécution du contrat tandis qu'il y aura rupture, conflit, et donc séparation entre elles car l'exécution de la décision n'a rien à voir avec l'exécution du contrat.

La justesse au cœur de la justice et de ses décisions est une évidence pour le citoyen. À bien des égards, le contrat matérialise une loi entre les différentes parties ; il la matérialise même selon l'article 1134 du Code civil. Selon Montesquieu, « quand je vais dans un pays, je n'examine pas s'il y a de bonnes lois, mais si on exécute celles qui y sont, car il y a de bonnes lois partout »⁵. Pour le célèbre philosophe des Lumières, toute loi s'engage par définition à être exécutée. Si l'on extrapole, il va dans le même sens que Jean-Paul Costa lorsqu'il affirmait que « la justice n'a pas seulement à être rendue, mais il doit être visible qu'elle est rendue »⁶. Déroger au contrat revient donc à manquer à une loi, ce qui implique de rendre ensuite visible son exécution. Sanctionner l'inexécution contractuelle par l'intervention de la justice revient finalement à exiger par-delà la volonté de la partie concernée l'exécution de son obligation.

⁴ P. Ancel, « Exécution des contrats et exécution des décisions de justice », in *L'exécution*, XXIIIème colloque des Instituts d'études judiciaires à l'Université Jean Moulin de Lyon, L'Harmattan, 2001, pp. 151-176. Il donne notamment un exemple : « le titre exécutoire délivré par le juge permettra au créancier d'obtenir son paiement ou parce que l'astreinte prononcée amènera le débiteur récalcitrant à résipiscence », *ibid*, p. 154.

⁵ Montesquieu, *De l'esprit des Lois : Anthologie*, Flammarion, 2013.

⁶ J.-P. Costa, « La contradiction sous l'influence de l'article 6§1 : le principe du contradictoire dans l'article 6 §1 de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *R.F.D.A.*, 2001, n° 1, p. 31.

Sur la base de ce constat, des projets de réforme – en droit des contrats – ont été influencés par l'idée de la force obligatoire du contrat prévue par l'article 1134 du Code civil. Ils ont prévu de sauver le contrat et d'en accompagner l'exécution car celle-ci se présente comme la solution à l'inexécution contractuelle. De ce choix engagé en direction d'une exécution contractuelle découle la volonté de déterminer qui de l'exécution des décisions de justice ou de celle de l'acte notarié paraîtra assurer la continuation du contrat. Cette question pose en outre implicitement celle de savoir si l'exécution du contrat est une manifestation suffisante de reddition de la justice ou si son intervention doit induire l'ajout de dommages et intérêts.

La volonté seule des parties d'établir un contrat ne suffit pas à assurer sa viabilité, encore faut-il qu'il demeure acceptable selon les règles admises par la société. Le notaire garant de son authenticité permet de se prémunir contre l'accusation de falsification, de par la seule rédaction des actes notariés. Le professeur Toullier⁷ qualifiera alors le notariat de « dépendance ou démembrement de la justice » tandis qu'en 1828, A.-J. Massé énoncera quant à lui : « cette faveur (la force exécutoire) n'a été accordée aux actes notariés que par une fiction dans laquelle on suppose que les contractants se condamnent volontairement à exécuter leurs conventions, devant un notaire qui a été revêtu à cet effet des fonctions de juge cartulaire, c'est-à-dire de juge rédacteur et dépositaire public et légal de la charte qui contient cette condamnation volontaire ». Par ces mots, il est clair que la fonction notariale entretient une confusion avec la fonction de jugement et ceci bien qu'elle soit en amont de toute forme de contrat.

Dans un article récent, le professeur Maxime Julienne soulignait, toujours dans ce sens que « le rapprochement de l'acte notarié et du jugement se justifie par l'histoire du notariat qui dérive effectivement d'un processus juridictionnel »⁸. S'appuyant sur les auteurs du Droit ancien, il rappelait ainsi que l'institution notariale est directement née de la nécessaire accélération du cours de la justice par adjonction, aux côtés des sentences *parées* rendues par les tribunaux de droit romain, des contrats « confessionnés » par lesquels le débiteur était *condamné* au moment même de son consentement reçu par un notaire. Celui-ci

⁷ C. B. M. *Toullier* est un juriste français ayant vécu aux 18^{èmes} et 19^{èmes} siècles.

⁸ M. Julienne, « Le caractère exécutoire de l'acte authentique. La force publique au service des contractants », *JCP N*, 2014, n° 29, chron. n° 1250.

était alors rattaché à une juridiction qui lui déléguait son pouvoir. En ce sens, il apposait sur ses actes le sceau de cette juridiction.

On comprend que dans cette perspective, « un acte notarié n'a force exécutoire que s'il est authentique, s'il émane d'un délégué investi d'une parcelle de l'autorité publique, et s'il est l'exact reflet de la volonté non viciée des parties »⁹. On comprend également que le consentement mutuel contient en creux la condamnation au cas de manquement, car l'acceptation des clauses se mue en acceptation des contraintes, et ce, au nom de la parole donnée devant un notaire investi du pouvoir de rendre exécutoire tout acte qu'il approuve, lui accordant une authenticité indéniable.

Bien que la loi du 6 octobre 1791 ait donné aux notaires mission de conférer force exécutoire à leurs actes en apposant leur propre sceau et non plus celui d'une juridiction, l'origine juridictionnelle des actes notariés subsiste et a même été entérinée au XXe siècle par l'article 33 alinéa 2 du décret n° 71-942 du 26 novembre 1971 : « Les copies exécutoires sont les copies authentiques qui se terminent par la même formule que les jugements des tribunaux. Les autres copies authentiques ne peuvent être délivrées en forme exécutoire ».

Malgré cette évolution, le caractère privatif de la profession notariée, demeure, aujourd'hui encore, empreint d'un caractère public.

L'activité notariale est d'ailleurs très fortement réglementée. Citons, à titre d'exemple : le caractère pérenne de la soumission des offices à un tarif réglementé ; l'obligation faite à tout notaire d'instrumenter dans les limites qui lui sont imparties par le droit et donc l'interdiction d'instrumenter un acte auquel lui, l'un de ses proches, l'un de ses associés ou un membre de la famille de ses associés, serait partie¹⁰.

⁹ E. Leroy, « De la force exécutoire des actes notariés », in *Authenticité et informatique*, Bruylant, 2000, p. 94.

¹⁰ Art. 2 du décret n° 71-941 du 26 nov. 1971 : « Les notaires ne peuvent recevoir des actes dans lesquels leurs parents ou alliés, en ligne directe, à tous les degrés, et en ligne collatérale jusqu'au degré d'oncle ou de neveu inclusivement, sont parties, ou qui contiennent quelque disposition en leur faveur. Les notaires associés d'une société titulaire d'un office notarial ou d'une société de notaires ne peuvent recevoir des actes dans lesquels l'un d'entre eux ou les parents ou alliés de ce dernier au degré prohibé par l'alinéa précédent sont parties ou intéressés ».

La fonction notariale se situe en amont de l'inexécution, c'est-à-dire au moment du consentement quand il s'agissait de prévenir l'éventualité d'un risque d'inexécution. Toutefois, la ressemblance entre les actes notariés et les décisions juridictionnelles, revêtues de la force de chose jugée, s'arrête là. L'acte notarié n'est plus, depuis la loi du 6 octobre 1791, un acte juridictionnel à proprement parler¹¹. Le notaire n'est plus que le garant du contrat et de sa conformité.

Qu'advient-il alors au contrat en aval, lorsque sa résolution a été entravée ? En cas d'inexécution de ses obligations par l'une ou l'autre des parties, le juge saisi pourra contraindre les parties au respect de leurs obligations contractuelles ou simplement sanctionner la partie défaillante. La décision juridictionnelle allant en ce sens n'aura force exécutoire qu'après notification à la partie adverse et écoulement du délai de tout recours suspensif d'exécution tels que l'appel ou l'opposition. Cependant, l'exécution volontaire du contrat peut se poursuivre concomitamment à l'exécution de la décision judiciaire, celle-ci surajoutant son efficacité à celle-là par :

- la qualité exécutoire du titre que constitue une décision de justice offrant au créancier des garanties d'obtention de sa créance ;
- la menace d'une astreinte pesant sur le débiteur récalcitrant.

Cependant, ce schéma basique doit être tempéré par une différenciation entre deux types de contrats : le contrat notarié et celui qui ne l'est pas.

Dans le cadre du contrat notarié, le créancier victime de l'inexécution de ses obligations par le débiteur peut directement recourir à l'exécution forcée et ceci sans qu'il soit nécessaire pour cela d'obtenir au préalable une décision de justice. Nous l'avons précisé plus haut, le contrat devient alors le signe d'un accord autant que d'une condamnation.

¹¹ Un acte juridictionnel découle d'une autorité et d'une force basée sur le pouvoir du juge. En plus de l'autorité du juge de trancher les litiges, ce dernier impose le jugement aux destinataires. Une fois les voies de recours épuisées, le jugement possède la force de chose jugée. En revanche, le notaire n'est qu'un authentifiant de l'acte contenant la volonté des parties et bénéficiant de la force obligatoire.

À l'inverse, dans le cadre d'un contrat conclu hors la présence d'un notaire, le créancier lésé doit, au préalable, obtenir une décision de justice aux fins de condamnation à exécution forcée de son débiteur. C'est l'acte « en lui-même » qui se voit d'abord examiné pour déterminer s'il est recevable. Cette différence est de taille et elle implique la nature même de ce qui définit un contrat.

Pourtant, dès lors que le contrat n'a d'autre but que l'exécution des obligations qu'il contient et que le Code civil intègre un dispositif de mise en œuvre forcée, sa nature – notariée ou non – doit être appréciée au regard de l'efficacité de cette exécution. On cherche ainsi toujours l'intérêt du contrat et des contractants : d'où l'intérêt de déterminer si celui-ci est mieux garanti dans l'exécution d'un acte notarié ou dans l'exécution de la décision de justice ?

C'est cette distinction qui fera l'objet de notre étude. Pour mener à bien cette réflexion, il faudra comparer les deux actes exécutoires que constituent, d'une part, l'acte notarié et, d'autre part, la décision de justice (I) avant de chercher à appréhender leur efficacité au regard des incidents d'exécution et de l'attribution de la compétence juridictionnelle pour en connaître (II).

I. La décision de justice et l'acte notarié : deux titres exécutoires de nature distincte

Bien que tous deux revêtus d'une capacité directe de mise en œuvre forcée, l'évolution historique semble démontrer que l'influence de l'acte notarié a été minimisée au regard de celle revêtue par une décision de justice (A) et ce alors que l'exécution du contrat se réalise par l'exécution de l'acte notarié (B).

A. Prépondérance des effets de la chose jugée sur ceux de l'acte notarié

La diminution de valeur des actes notariés par rapport aux décisions judiciaires revêtues de la force de chose jugée résulte, paradoxalement, de l'examen conjoint de deux catégories de décisions de justice : celles qui ne se prononcent que sur la nature et la conformité des conventions à l'ordre public et aux bonnes mœurs et celles qui décident, avec la force de chose jugée, de la validité des obligations des parties.

Ainsi, le professeur Hervé Croze¹² objecte à la suprématie des actes notariés par rapport aux actes sous seing privé, l'attribution de la valeur du titre exécutoire par la procédure d'homologation judiciaire régie par les articles 1441-1 et 1568 du Code de procédure civile. Cette homologation confère en effet aux conventions sous seing privé (dont la nature et la conformité à l'ordre public et aux bonnes mœurs auront été avaluées) qualité de titre exécutoire et ceci alors même que cette procédure échappe aux exigences du procès équitable (notamment par absence de vérification de la signature du débiteur¹³). Elle interdit également au juge auquel est soumise cette homologation de procéder à une vérification de la validité générale de l'acte. H. Croze, commentant un arrêt rendu par la 1^{ère} chambre civile de Cassation le 16 octobre 2013¹⁴, voit dans l'homologation judiciaire « un modèle moderne de titre exécutoire » apte à remplacer l'acte notarié exécutoire. Cette procédure, dite d'*exequatur*, donne au sceau juridictionnel une valeur incontestable dans l'exécution des conventions sous seing privé par l'intermédiaire de l'huissier de justice.

Par ailleurs, contrairement aux décisions judiciaires devenues définitives, l'acte notarié, bien que revêtu de la force exécutoire, permet au débiteur d'une obligation de contester sa régularité tout comme la validité de l'engagement qu'il constate, faisant dire à A. Leborgne que : « l'acte notarié est un titre exécutoire qui peut paraître plus incomplet qu'une décision de justice et qui, en tout état de cause, n'a pas autorité de la chose jugée »¹⁵.

Ceci étant, cette apparente incomplétude de l'acte notarié (constitutive d'une garantie pour le débiteur qui ne se voit privé, ni du recours au juge, ni des exigences du procès équitable), replace un tel acte dans la sphère non judiciaire à laquelle il appartient contrairement à la décision judiciaire ayant acquis force de chose jugée. Celle-ci, en effet, ne peut plus être remise en cause, y compris par le juge de l'exécution qui en vertu de l'article R. 121-1 du Code des procédures de l'exécution ne peut ni modifier le dispositif de la décision de

¹² H. Croze, « Authentique », *Procédures 2013*, repère 10.

¹³ Ph. Thery, « Procédures civiles d'exécution et droit international privé », *L.P.A.*, 22 déc. 1999, p. 11 et s., spéc. p. 12.

¹⁴ H. Croze, « Titre exécutoire sur titre exécutoire ne vaut ? », *JCP G.*, 9 déc. 2013, n° 1299, note sous Cass. 1^{ère} civ. 16 oct. 2013, n° 12-21.917.

¹⁵ A. Leborgne, *Voies d'exécution*, Dalloz, 2009, 1^{ère} éd., §440.

justice qui sert de fondement aux poursuites ni en suspendre l'exécution.

L'acte notarié ne confère donc pas autorité de la chose jugée aux prétentions des parties ; il n'est ni incontestable ni définitif. Cependant, il dispose d'un caractère préventif à même de rassurer et de protéger les intérêts de chacun. Il offre au créancier la possibilité d'agir sans délai contre son débiteur, constituant ainsi pour celui-ci une garantie d'exécution dont l'effectivité doit être mesurée au regard du droit et des pratiques d'exécution des obligations contractuelles.

B. L'exécution du contrat s'accomplit par l'exécution de l'acte notarié

Un contrat n'est pas signé dans le but de s'en dédire. Il est conçu pour être exécuté. Or, l'irruption du judiciaire implique qu'une sanction rende visible son intervention. Il s'agit de démontrer que l'exécution de la décision de justice se partage entre la réparation du préjudice subi et l'exécution du contrat. En revanche, l'exécution de l'acte notarié, elle, se limite à la réalisation des termes du contrat. En effet, son exécution traduit une volonté d'harmonie avec le principe de l'échange à la base du contrat. Pour les parties, c'est le maintien des vertus du dialogue où l'accord contractuel ne s'échange pas contre l'obtention d'une réparation puisque cette exécution réalise l'intérêt du contrat.

La réparation est « le dédommagement d'un préjudice par la personne qui en est responsable civilement, le rétablissement de l'équilibre détruit par le dommage, consistant à replacer si possible la victime dans la situation où elle serait si le dommage ne s'était pas produit »¹⁶. L'exécution est, quant à elle, « l'accomplissement par le débiteur de la prestation due, le fait de remplir son obligation, impliquant satisfaction donnée au créancier »¹⁷. On appelle donc exécution « la sanction tendant à obtenir, au besoin par la contrainte, l'accomplissement d'une obligation »¹⁸.

¹⁶ P. Rémy-Corlay, « Exécution et réparation : deux concepts ? », *R.D.C.*, 01 janv. 2005, n° 1, p. 13.

¹⁷ *Ibid*, p. 13.

¹⁸ V. « Réparation » et « Exécution », in *Vocabulaire juridique H. Capitant*, dir. G. Cornu, P.U.F., 2003.

Le débat doctrinal et jurisprudentiel sur la différence entre réparation et exécution, en cas de manquement contractuel, nous invite à adopter un point de vue pragmatique. La réparation ramène les contractants à la situation qui précède à l'inexécution du contrat, en réparant le préjudice causé par le débiteur. Cette solution semble de prime abord plus appropriée au délit qu'au manquement contractuel. L'exécution, telle que définie, reste la sanction la plus appropriée et la plus fidèle au contrat. Elle ne crée pas une nouvelle obligation de réparation et se contente de mettre en œuvre l'intérêt ayant motivé le contrat.

Les décisions judiciaires adoptent en majorité la réparation comme solution aux manquements contractuels. Elles menacent, d'une certaine façon, la crédibilité sacramentelle d'un contrat. En revanche, dans le cadre d'un contrat notarié, le créancier, victime de l'inexécution de ses obligations par son débiteur, peut directement recourir à l'exécution forcée sans qu'il soit nécessaire pour cela d'obtenir au préalable une décision de justice. En d'autres termes, et comme le précisait R. Perrot à l'occasion du commentaire d'un avis rendu par les Chambres civiles de la Cour de cassation le 16 juin 1995 : « L'acte notarié ne puisse pas seulement son autorité dans la présence du notaire qui en garantit l'authenticité : il tire sa force d'un *negotium* qui résulte de la volonté exclusive des parties. À la différence du juge qui ordonne et dont la discussion ne se discute pas, le notaire ne fait qu'authentifier des engagements dont il n'a pas la maîtrise »¹⁹.

L'exécution de l'acte notarié se présente finalement comme une sorte d'exécution du contrat, qu'elle soit par nature ou par équivalent. La finalité même de l'acte notarié est la réalisation du contrat, auquel il insuffle son autorité. Au contraire, l'exécution d'une décision de justice dépasse le contrat et ses répercussions résonnent tel un *diktat* qui retire tout consentement mutuel au profit des accents irrévocables du judiciaire. En quelque sorte, il transforme la parole négociée en délit.

¹⁹ R. Perrot, « Juge de l'exécution. Compétence d'attribution : difficultés relatives aux titres exécutoires », *R.T.D. Civ.*, 1995, p. 692.

II. Effectivité du caractère exécutoire de l'acte notarié en cas d'inexécution volontaire de ses obligations par le débiteur

S'interroger sur le degré comparé d'effectivité d'un acte notarié et d'une décision judiciaire ne prend de sens qu'au regard de la pratique contractuelle et de l'inexécution de ses obligations par un débiteur.

C'est donc au regard de la pratique contractuelle par des débiteurs défaillants (ou tentés de l'être) qu'il convient de s'interroger à l'égard de la réelle capacité exécutoire des actes notariés (A). Il faudra ensuite tenter de délimiter l'objet et la place des décisions judiciaires en cette matière de l'inexécution contractuelle (B).

A. Avantages de l'acte notarié en cas d'inexécution de ses obligations par un débiteur contractuel

Comme déjà exposé *supra*, l'acte notarié constitue un titre exécutoire. Celui qui le détient peut donc faire pratiquer à l'encontre de son débiteur toutes les voies d'exécution prévues par la loi sans avoir à recourir, au préalable, au juge aux fins de constater les obligations du débiteur défaillant. En effet, le créancier d'une obligation constatée par acte notarié n'a pas besoin de rendre « signifiant » cet acte afin de mettre en œuvre à l'encontre de son débiteur une procédure exécutoire.

L'exécution d'un acte notarié présente en cas d'inexécution de ses obligations par un débiteur l'avantage de la rapidité et de la simplicité par rapport à l'obtention d'une décision judiciaire exécutoire devenue nécessaire en cas d'inexécution de ses obligations par un débiteur défaillant, partie à un contrat sous seing privé.

Un second avantage – et non des moindres – réside dans le fait que le créancier d'un acte notarié peut recourir directement à toutes les mesures conservatoires légales dès lors que l'exécution lui paraît menacée et ceci même si la créance n'est pas encore liquidée. En pratique, la liquidation d'une créance d'un acte notarié ne pose, généralement, aucune difficulté. En effet, sa contrepartie monétaire est énoncée explicitement dans le contrat de deux manières : soit directement inscrite à l'acte notarié ; soit, comme l'énonce l'article 4 de la loi du 9 juillet 1991, elle y est prise en compte à travers l'indication de tous les éléments relatifs à son évaluation monétaire.

Celle-ci est dès lors aisément déterminée ou déterminable à l'occasion de l'exercice d'une saisie conservatoire effectuée sur les biens du débiteur, par un huissier de justice.

Dans l'hypothèse d'une contestation portée devant le juge de l'exécution par le débiteur à l'encontre des mesures prises par le créancier aux fins de recouvrer ou conserver sa créance, l'exécution de l'acte notarié conserve, par conséquent, un avantage certain sur celle de l'acte sous seing privé.

En effet, les mesures de recouvrement ou de conservation de sa créance par un créancier ne seront dans ce cadre pas suspendues et s'appliqueront tout au long de l'instance. Cependant, si la contestation soulevée par le débiteur est accueillie avec faveur par le juge de l'exécution cet atout momentané engendrera, dès lors, un risque pour le créancier.

Les avantages conférés au créancier d'un acte notarié lui attribuent ce qu'on nomme usuellement « le privilège du préalable » en référence aux pouvoirs de l'administration. En ce sens, il appartient au débiteur de prouver le caractère infondé des mesures d'exécution diligentées à son encontre.

On se situe ici dans un rapport exactement inverse à celui des parties liées par un acte sous seing privé. Dans ce cas, c'est au créancier lésé d'apporter au juge saisi la preuve de ses droits. Il laisse alors au débiteur la possibilité de recourir à des manœuvres dilatoires aux seules fins de reculer la date de sa condamnation à exécuter ses propres engagements.

En outre, l'acte notarié revêt, à n'en pas douter un caractère dissuasif envers le débiteur du fait de la facilité de saisine du juge de l'exécution par le créancier et du fait de la faible marge laissée à un débiteur pour ne point exécuter des obligations auxquelles il s'est librement engagé devant un notaire²⁰. Il confère à l'échange signifié par le contrat une nature officielle (authentique) et incite à un règlement amiable des parties confrontées à un contentieux.

En conséquence, comme le souligne le professeur Pierre Berlioz « l'acte notarié est celui qui, seul, peut vaincre par sa force la

²⁰ C. Lefebvre, « Le titre exécutoire notarié : une opportunité pour les entreprises », disponible en ligne : <http://www.oec-paris.fr/fr-FR/701,7/interprofessionnalité.html/>

résistance de ses débiteurs... [Même s'] il n'est pas absolument dépourvu de faiblesse et peut-être vaincu »²¹.

En effet, l'acte notarié n'est pas irrévocable. Malgré qu'il soit contestable devant les tribunaux, l'acte notarié porte en lui des armes dissuasives permettant d'empêcher aux débiteurs de mauvaise foi d'user de toute chicane dans l'unique but de retarder l'exécution contractuelle en cause.

Ceci étant, si l'acte notarié permet un recours accéléré à la justice, sa saisine demeure possible autant en cette matière que pour celle de contrats sous seing privé. Il importe donc, au terme de cette étude, de s'interroger sur leur nature éventuellement similaire à partir de l'exécution forcée d'un contrat notarié et de celle d'une décision judiciaire.

B. Nature comparée de l'exécution forcée d'un contrat notarié et de celle d'une décision judiciaire

La première différence remarquable entre l'acte notarié et la décision juridictionnelle réside dans leur origine, dans la nature distincte de la fonction de ceux qui en sont les auteurs et donc de leur degré d'*imperium*.

En effet, tandis que l'acte notarié n'authentifie que la volonté des parties, la décision de justice émane d'une autorité juridictionnelle disposant du pouvoir de « dire le droit » applicable à la situation particulière qui lui est soumise.

Le jugement fixe donc, de manière autoritaire, la situation des parties et impose par là sa solution aux plaideurs. Il s'apparente à un ordre impératif qui constitue une norme individuelle qualifiée de « force de chose jugée ». De ce fait, les parties ne peuvent se soustraire à la volonté émise par un juge. Elles sont tenues de la respecter, et ceci dès lors qu'elles ont épuisé tous les recours devant une juridiction supérieure.

Au contraire, l'acte notarié, s'il garantit une *apparence* de certitude, de liquidité et d'exigibilité de la créance permettant ainsi de donner force exécutoire à l'acte privé, il n'en demeure pas moins

²¹ P. Berlioz, « Limites et difficultés d'exécution de l'acte authentique », *JCP. N*, 18 juill. 2014, n° 29, n° 1252.

contestable par tout débiteur à qui l'on oppose un engagement qu'il contredit.

Saisie d'une demande de QPC relative au caractère de force exécutoire attachée aux actes notariés, la Cour de cassation a, le 12 mai 2011, estimé que la contestation qui lui était présentée était dépourvue de caractère sérieux. Cette position est justifiée par le fait que « le débiteur dispose d'un recours effectif et d'un droit à un procès équitable dès lors qu'il peut remettre en cause devant le juge de l'exécution l'acte notarié exécutoire dans son principe ou la validité des droits et obligations qu'il constate »²². En d'autres termes, la validité et la licéité des obligations transcrites dans un acte notarié, quand elles ne proviennent pas d'une autorité disposant par définition du pouvoir de « dire le droit », peuvent toujours être soumises à un contrôle du juge. Celui-ci est de toute évidence effectué *a posteriori*, et donnera ou non force de chose jugée à la force exécutoire alléguée par le créancier.

À titre d'exemple, une reconnaissance de dette notariée, souscrite en période suspecte, prive de fondement toute saisie-attribution pratiquée en exécution d'une telle reconnaissance de dette légalement impossible²³.

Le caractère d'*imperium* attaché à l'exécution d'une décision juridictionnelle et non à l'exécution d'un acte notarié trouve également son illustration au regard du délai de prescription, qui est celui de droit commun, c'est-à-dire cinq ans, pour l'exécution d'un acte notarié revêtu de la formule exécutoire. L'exécution d'une décision de justice est, pour sa part, étendue à un délai spécifique de dix ans selon l'article L. 111-4 du Code de procédure civile.

Un autre point, particulièrement important, mérite toute notre attention : il s'agit de la compétence juridictionnelle en cas d'inexécution ou de difficulté d'exécution des obligations contractuelles. Dans ce champ, la compétence du juge de l'exécution apparaît élargie lorsqu'il se trouve face à un acte notarié relativement à cette même compétence face à une décision de justice cette fois.

²² Cass. 2^{ème} civ., 12 mai 2011, n° 11-40.006.

²³ Cass. com., 1^{er} oct. 2002, n° 01-03.216 ; *JurisData*, n° 2002-015711 ; *Bull. civ.*, 2002, IV, n° 134.

Ainsi, l'article R. 121-1 du Code des procédures civiles d'exécution interdit au juge de l'exécution de modifier le dispositif d'une décision juridictionnelle ou d'en suspendre l'exécution. Les actes notariés, eux, peuvent voir leur exécution être interrompue par le biais d'une décision du juge.

S'agissant des actes notariés, le juge de l'exécution – et lui seul – peut statuer dans le cadre d'une procédure d'exécution, et ceci sur toute contestation relative au titre concerné, même si elle ambitionne de remettre en cause le principe de celui-ci ou la validité des droits et obligations qu'il constate. Il peut, par exemple, « dire si un acte constitue un titre exécutoire, statuer sur la prescription invoquée par le débiteur ainsi que sur toute éventuelle interruption de délais »²⁴. La limitation de l'intervention du juge de l'exécution à la seule hypothèse où, au cours de mesures d'exécution forcées s'élèvent des contestations ou difficultés, rappelée par la Cour de cassation dans un avis rendu en 1995²⁵, a été confirmée par cette même Cour dans un arrêt rendu le 31 janvier 2013²⁶. Dans cet arrêt, la Cour a précisé que la compétence du juge de l'exécution, bien que limitée aux cas de contestations et de difficultés rencontrées à l'occasion de procédures d'exécution forcée, englobait aussi celles propres à la prise de mesures conservatoires.

Toutefois, doté d'une compétence exclusive et limitée, le juge de l'exécution se voit nier cette compétence lorsque la difficulté soulevée devant lui a pour objet une demande d'inscription en faux contre un acte authentique, ainsi qu'en a décidé la Cour de cassation²⁷.

Ainsi, si l'acte notarié dispose en matière d'exécution d'avantages considérables par rapport au simple acte sous seing privé, il n'en reste pas moins un acte dépourvu de la force de chose jugée se situant ainsi, au regard de l'effectivité de la force exécutoire, en deçà de celle attachée aux décisions juridictionnelles. Située en amont de la pratique contractuelle, la fonction notariale octroie un crédit qui rejaillit sur l'authenticité de l'acte, mais non une autorité, qui, si elle est requise en aval, est le privilège de celui à même de « dire le droit ».

²⁴ P. Berlioz, *op. cit.*

²⁵ Cass., Avis, 16 juin 1995 ; *Bull. civ.*, avis 1995, n° 9.

²⁶ Cass. 2^{ème} civ., 31 janv. 2013, n° 11-26.992 ; *JurisData*, n° 2013-001140 ; *Bull. civ.*, 2013, II, n° 19.

²⁷ Cass., 3^{ème} civ. 18 févr. 1999 ; *Bull. civ.*, 1999, II, n° 35.

