



HAL
open science

LE NOTAIRE ET L'EXECUTION FORCEE Rapport de synthèse

Xavier Lagarde

► **To cite this version:**

Xavier Lagarde. LE NOTAIRE ET L'EXECUTION FORCEE Rapport de synthèse. La semaine juridique. Notariale et immobilière, 2019. hal-02156932

HAL Id: hal-02156932

<https://hal.science/hal-02156932v1>

Submitted on 14 Jun 2019

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.

LE NOTAIRE ET L'EXECUTION FORCEE

Rapport de synthèse

Xavier Lagarde

*Professeur à l'Ecole de Droit de la Sorbonne (Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne)
Directeur du Département de Recherche « Sorbonne – Justice et Procès (IRJS) »*

Les juristes qui ignorent tout du droit notarial savent au moins une chose : un acte notarié est un acte authentique, ce dont il résulte qu'il fait foi jusqu'à inscription de faux et qu'il est doté de la force exécutoire. Les deux vont de pair. L'article 19 de la loi du 25 ventôse an XI dispose ainsi que « *tous actes notariés feront foi en justice et seront exécutoires dans toutes l'étendue de la république* ». Les dispositions de l'article 33, alinéa 2, du décret du 26 novembre 1971 résonnent encore de ce principe historique en retenant que « *les copies exécutoires sont les copies authentiques qui se terminent par la même formule que les jugements des tribunaux* ». De la sorte, la réflexion doit principalement porter sur l'authenticité, ce qui n'a pas échappé à la doctrine la plus inspirée¹. La force exécutoire ne semble pas requérir une analyse aussi soutenue. Elle se définit aisément car, comme chacun le sait, elle est l'attribut d'un titre en vertu duquel un créancier peut pratiquer les mesures d'exécution forcée prévues par le code des procédures civiles d'exécution. Elle découle mécaniquement de la conjonction d'une formule et d'un acte authentique. Ses conditions comme ses effets manquent de mystère, de sorte qu'à première vue, le ressort d'une réflexion sur le notaire et l'exécution forcée paraît introuvable. C'est un sujet pour les huissiers et les organisateurs de ce colloque, Me SAGAUT M. Le Professeur Michel GRIMALDI, l'ont peut-être pressenti en invitant Me SAFAR à donner un point de vue comparatiste sur la mise à exécution des jugements et des actes notariés.

Ils ont surtout eu le mérite d'anticiper que les évolutions de la pratique, de la réglementation et de la jurisprudence justifiaient un renouvellement doctrinal. Cet après-midi d'échanges et de regards croisés nous a en effet permis d'observer un phénomène qui demeurerait en quelque sorte sous le radar des analystes les plus avisés². A un moment où la foi due à l'acte semble atteinte par une forme de paganisme, l'acte notarié concurrencé sous cet angle par l'acte d'avocats, il devient d'entendement raisonnable et contemporain que la force exécutoire décroche de l'authenticité. Les conditions de cette dernière ne sont peut-être qu'imparfaitement réunies et pourtant l'exécution forcée semble envisageable. Une dissociation semble à l'œuvre à telle enseigne que la force exécutoire prend de l'autonomie. En tout cas, celle-ci est naissante **(I)**, elle est justifiée **(II)** et elle est prometteuse **(III)**.

¹ J. Flour, Sur une notion nouvelle de l'authenticité : Defrénois, 1972, art. 30159, n° 5

² V. toutefois, les actes du colloque de l'ARNU du 28 mars 2018 sur l'exécution de l'acte authentique, JCP N 2014, n°1249 à 1254, not. les contributions de P. Berlioz et M. Julienne.

I.- Une autonomie naissante

La matière internationale ouvre la voie. Me GASTE et notre collègue Pierre CALLE, si lumineux sur une matière si délicate, nous en ont doublement convaincu. Lorsque la confiance prévaut, comme c'est le cas au sein de l'Union européenne, la force exécutoire circule mécaniquement, comme s'il existait une sorte d'espace notarial européen. Elle va de soi sans qu'intervienne un contrôle de l'authenticité par une autorité publique du territoire sur lequel l'acte est exécuté. Ce contrôle demeure certes pour les actes en provenance d'un pays ne faisant pas partie de l'Union européenne. Pour autant et peut-être est-ce ce qui frappe le plus le juriste de droit interne, la condition d'accès à la force exécutoire, comprise de manière plus ou moins exigeante, porte en réalité sur des éléments du *negotium* qui échappent à l'authenticité. Il vaut mieux pour le notaire que l'*instrumentum* ait un contenu licite, mais la licéité demeure contestable. D'où il suit que l'octroi de la formule exécutoire est ainsi détaché d'un contrôle, même minimum, de l'authenticité. La première prend ainsi son autonomie. Cela paraît si évident à nos orateurs internationalistes qu'ils ajoutent qu'en réalité, le sujet qui mérite un supplément de doctrine est celui de la mise à exécution de l'acte authentique étranger, en un mot de l'effectivité de ce dernier. Et ils argumentent l'un et l'autre avec conviction qu'il est temps de considérer le principe de territorialité des mesures d'exécution à la lumière de son unique fondement, le respect de la souveraineté étrangère. Celle-ci interdit qu'un huissier puisse prendre des actes matériels en territoire étranger, mais elle ne saurait empêcher, comme en matière de créance, une contrainte intellectuelle aux effets extraterritoriaux. On l'aura compris, la force exécutoire est un problème en soi, détachable de l'authenticité qui, dans l'espace international, ressemble plus à un point d'origine qu'à un point d'appui.

L'ordre juridique interne est aussi le terrain d'audaces. Au terme d'une restitution brillante et synthétique de l'origine de la force exécutoire de l'acte notarié, notre collègue Mathias LATINA nous a lui aussi invité à détacher la force exécutoire de la force probante qui s'attachent à cet acte. Il a évoqué l'acte contresigné par les avocats des parties et rappelé que même ses plus ardents promoteurs ne sont jamais allés jusqu'à proposer qu'un tel acte ait un caractère exécutoire. C'est bien la preuve, nous dit-il justement, que ce caractère s'attache à la qualité d'officier public du rédacteur de l'*instrumentum*, bien plus qu'à la force probante de ce dernier. C'est tellement vrai que, serait-ce en première lecture paradoxal, la force exécutoire de l'acte notarié fait ressentir ses effets là où, précisément, il n'y a pas d'authenticité. Cette dernière s'attache, selon les termes de l'article 1371 du Code civil, à ce que le notaire « *dit avoir personnellement accompli ou constaté* ». Elle n'a pas la vertu de couvrir les éventuels vices du *negotium*³ que le notaire reçoit sans maîtrise du contenu déterminé par les parties. Or, si la force exécutoire s'attache à l'*instrumentum*, c'est bien le *negotium* qui en profite. La créance qui est actée dans le titre peut être mise à exécution alors même qu'ultérieurement, celle-ci ne résisterait pas à l'épreuve d'un procès.

Irait-on jusqu'à dire que la force exécutoire est à ce point autonome qu'elle sortirait indemne d'une contestation de l'authenticité ? La réponse négative tombe sous le sens. Pour autant, avant que le faux ne soit définitivement reconnu, la force exécutoire résiste plutôt bien. En cas d'inscription de faux, le juge peut sans doute suspendre l'exécution de l'acte, mais il n'y est pas tenu. Au contraire, lorsque l'acte est sous seing privé, la contestation de sa sincérité contraint le

³ Inédit, mais significatif de la différence entre le *negotium* et l'*instrumentum*, Cass. Civ. 1^{ère} 1^{er} octobre 2014, Pourvoi n°13-19.461 : « *les irrégularités affectant la représentation conventionnelle d'une partie à un acte notarié ne relèvent pas des défauts de forme que l'article 1318 du code civil sanctionne par la perte du caractère authentique, et partant, exécutoire de cet acte, lesquels s'entendent de l'inobservation des formalités requises pour l'authentification par l'article 41 du décret n° 71-941 du 26 novembre 1971 (...)* ».

juge à une vérification d'écriture. Qui plus est, le doute qui subsiste à l'issue d'une inscription de faux n'empêche pas l'exécution de l'acte authentique⁴, alors que la jurisprudence sur les écritures privées retient que le doute est au désavantage de la partie qui se prévaut de l'acte et non de celle qui, contre l'apparence, entreprend la contestation d'écritures⁵.

Ces éléments nous portent donc à desserrer le lien que les textes établissent entre authenticité et force exécutoire et à reconnaître une autonomie naissante à cette dernière. Il est vrai que dans ses décisions les plus solennelles, la Cour de cassation maintient explicitement la nécessité de ce lien. Ainsi énonce-t-elle à propos d'une question débattue que « *l'inobservation de l'obligation, pour le notaire, de faire figurer les procurations en annexe de l'acte notarié ne fait pas perdre à l'acte son caractère authentique, partant son caractère exécutoire* »⁶. Pour autant, la règle est posée à propos d'une copie servant de support à la mise en œuvre d'une mesure d'exécution. Or, l'authenticité de la copie n'est pas tout-à-fait de la même encre que celle de la minute. L'authenticité de la copie, c'est sa conformité à la minute. L'authenticité de la minute, c'est l'honnêteté du notaire. C'est bien la raison pour laquelle le lien que la jurisprudence établit entre la première forme d'authenticité et la force exécutoire ne signifie pas que cette dernière soit conditionnée par une démonstration préalable de l'authenticité même de la minute. C'est ainsi qu'il faut comprendre l'autonomie de la force exécutoire. D'ailleurs, par le passé, la Cour de cassation retenait avec peut-être plus de transparence « *que l'obligation, pour le notaire, de faire figurer les procurations en annexe de l'acte authentique ou de les déposer au rang de ses minutes n'est pas sanctionnée par la nullité de l'acte en tant que titre exécutoire* »⁷. Comme si une insuffisance formelle de la copie authentique n'en menaçait pas le caractère exécutoire.

II.- Une autonomie justifiée

Ces solutions qui marquent une autonomie de la force exécutoire sont justifiées et, d'un point de vue pratique ou théorique, il n'y a de fait pas de raisons d'être regardant pour la force exécutoire comme on l'est pour l'authenticité. Trois séries d'observations permettent de s'en convaincre.

Tout d'abord et en pratique, la force exécutoire représente moins que ce qu'on lui prête. Comme nous l'a rappelé Maître Muriel MIGNARD, cette force n'est jamais qu'un privilège du préalable qui laisse les parties libres de contester la créance que constate le titre. La force exécutoire est un attribut de l'*instrumentum*, qui certes profite au *negotium*, mais ne préjuge pas du sort de ce dernier. L'observation a déjà été faite, l'acte notarié n'est assimilable à un jugement qu'à la condition de réduire cette catégorie juridique à la matière gracieuse⁸ que caractérise l'absence

⁴ Cass. Civ. 1^{ère} 19 décembre 2006, Pourvoi n°05-12.756, Bull. civ. I n°555 : « *il appartient à celui qui s'est inscrit en faux contre un acte authentique d'établir l'inexactitude des énonciations litigieuses qu'il comporte* ».

⁵ V. par ex. Cass. Civ. 1^{ère} 15 novembre 2010, Pourvoi n°09-68.389 : « *lorsque l'écriture et la signature d'un acte sous seing privé sont déniées ou méconnues, il appartient au juge de vérifier l'acte contesté, à moins qu'il puisse statuer sans en tenir compte ; que, si cette vérification ne lui permet pas de conclure à la sincérité de l'acte, la partie qui fonde ses prétentions sur cet acte doit en être déboutée* ».

⁶ V. Cass. Ch. Mixte 21 décembre 2012, Pourvoi n°12-15.063, Bull. ch. Mixte n°4 ; v. les observations bien peu contestables de Ph. Théry, JCP 2012 n°471. V. également, la chronique de L. Aynès, D. 2012, 890.

⁷ Cass. Civ. 1^{ère} 22 mars 2012, Pourvoi n°11-11.925, Bull. civ. I n°66.

⁸ V. M. Julienne, « Le caractère exécutoire de l'acte authentique. La force publique au service des contractants », JCP N 2014, 1250 ; P. Berlioz, « Limites et difficultés d'exécution de l'acte authentique », JCP N 2014, 1252.

de contestation. En raison de ce trait caractéristique, les décisions gracieuses sont dépourvues d'autorité de chose jugée⁹. C'est une donnée du droit processuel qui fait ressentir ses effets en droit substantiel. Le notaire constate ce qui n'est pas contesté. Son office donne de la force au constat, il ne procure pas l'autorité propre au jugement des choses contentieuses. En conséquence et en pratique, un débiteur à qui est signifié le premier acte d'exécution est toujours en situation de saisir un juge de toutes les questions litigieuses qu'il serait en mesure de soumettre à défaut d'exécution préalable. Cette dernière n'entraîne aucune irrecevabilité et la partie saisie peut utilement plaider la prescription de la créance, la nullité de l'acte, l'exception d'inexécution, en un mot tous les moyens que lui offre le droit substantiel. La force exécutoire, c'est finalement assez peu et c'est d'ailleurs la raison pour laquelle, si une contestation se profile, il est utile de la renforcer au moyen d'une procédure judiciaire conduisant à un jugement. Ces propos sont ainsi synthétisés par la Chambre commerciale de la Cour de cassation : « *l'acte notarié, bien que constituant un titre exécutoire, ne revêt pas les attributs d'un jugement et aucune disposition légale ne fait obstacle à ce qu'un créancier dispose de deux titres exécutoires pour la même créance, de sorte que la titularité d'un acte notarié n'était pas en soi de nature à priver la banque de son intérêt à agir à fin de condamnation de son débiteur en paiement de la créance constatée dans cet acte* »¹⁰.

Ces premières observations sont à mettre en parallèle avec celles que suscite l'examen du régime des actes sous seing privés. Dans certaines conditions, ceux-ci peuvent accéder au bénéfice de la force exécutoire. Tel est le cas pour les transactions. L'article 1567 du Code de procédure civile, par renvoi à l'article 1565 du même code, prévoit ainsi que, « *saisi par la partie la plus diligente ou l'ensemble des parties à la transaction* », le juge compétent pour connaître du contentieux dans la matière objet de la transaction peut homologuer cette dernière. Ce texte permet donc à l'une des parties à la transaction d'obtenir l'apposition de la formule exécutoire alors même que l'autre partie s'y opposerait. Cette possibilité est d'ailleurs ouverte même si la transaction opère transfert de droits immobiliers¹¹. La procédure suivie est une procédure unilatérale conduite en l'absence de la partie adverse. C'est une procédure ad hoc en ce sens qu'elle n'est considérée ni comme une procédure gracieuse¹², ni même comme une procédure sur requête¹³. Il s'en déduit qu'elle est insusceptible de recours alors même que, pour accorder la force exécutoire, le juge se livre à un contrôle minimum de l'accord transactionnel qui porte sur la nature et l'existence¹⁴ de la convention qui lui est soumise et sur sa conformité apparente à l'ordre public et aux bonnes mœurs¹⁵. La contrepartie de ce contrôle minimum est naturellement que l'acquisition de la force exécutoire n'empêche pas de dénoncer la nullité de la

⁹ Cass. civ. 1^{ère} 6 avril 1994, Pourvoi n°92-15.170, Bull. civ. I n°141 ; Cass. civ. 1^{ère} 25 mai 1992, Bull. civ. I n°158 ; la solution est différente si la procédure gracieuse prend une tournure contentieuse, v. Cass. civ. 1^{ère} 16 décembre 2015, Bull. civ. I n°841.

¹⁰ Cass. com. 18 janvier 2017, Pourvoi n°15-17.719.

¹¹ Civ. 1^{re}, 6 mai 2006, pourvoi n° 04-13467, Bull. civ. I, n° 243 ; RTD civ. 2006. 823, obs. R. Perrot, *Defrénois* 2007. 550, note Ph. Théry.

¹² En ce sens, V. Civ. 2^e, 24 mai 2007, pourvoi n° 06-11259, Publié, D. 2008. 129, obs. Jullien et Racine, D. 2007. AJ 1667, et Pan. 2427, obs. N. Fricero ; JCP 2007. II. 10172, note H. Croze et O. Fradin ; *Procédures* 2007. 180, note R. Perrot ; JCP 2007. I. 200, § 10, obs. T. Clay ; *Dr. et proc.* 2007. 342, note Y. Desdevises.

¹³ Cass. civ. 2^{ème} 1^{er} septembre 2016, Pourvoi n°15-22.915, P.

¹⁴ V. cep. Civ. 1^{re}, 10 sept. 2014, P. n° 13-11.843, Bull. civ. I n° 146 : « *il entre dans les pouvoirs du juge de refuser de rendre exécutoire une transaction dont il a constaté l'absence de formation* ».

¹⁵ Civ. 2^e, 26 mai 2011, n° 06-19.527, P. : « *lorsque le président du tribunal de grande instance statue (...) sur une demande tendant à conférer force exécutoire à une transaction, son contrôle ne peut porter que sur la nature de la convention qui lui est soumise et sur sa conformité à l'ordre public et aux bonnes mœurs* » V. déjà S. Guinchard, *mégacode*, p. 950 n° 6 ; B. Gorchs, *Le contrôle judiciaire des accords de règlement amiable*, Rev. arb. 2008/1, pp. 33-68.

transaction¹⁶. Ainsi, pour accorder le bénéfice de la force exécutoire à un sous seing privé, avec une efficacité semblable à celle d'un acte notarié, le juge n'est pas plus exigeant qu'un notaire. Il l'est même plutôt moins dès lors que ce dernier exerce son devoir de conseil et se porte garant de la validité de l'acte.

En pratique, il n'y a donc pas de raisons sérieuses de conditionner la force exécutoire de l'acte notarié à un respect scrupuleux des exigences formelles de l'authenticité. Il n'y en a pas plus en théorie. L'authenticité a partie liée avec la vérité, la force exécutoire avec l'efficacité¹⁷. Ces deux attributs de l'acte ne se nourrissent pas du même terreau. Le mélange est souhaitable. Personne ne veut la justice et le désordre, l'ordre et l'injustice. Les juristes savent cependant la complexité du réel et les accommodements raisonnables qu'appelle son traitement. Ceux-ci se construisent sur une trajectoire proche d'une constante. En droit, il a toujours été admis que l'efficacité, cousine de la célérité, et la vérité, sœur du délibéré, n'aient pas la même temporalité et que préséance soit accordée à la première sur la seconde. Un jugement contesté peut bénéficier de l'exécution provisoire. Un acte homologué et dont la validité demeure incertaine est assorti de la formule exécutoire. L'exécution forcée d'un acte notarié se conçoit alors mêmes que les conditions de son authenticité ne sont peut-être pas toutes réunies. C'est le propre de l'intervention d'un officier public, loin d'être un coup d'épée dans l'eau, elle tranche dans le vif et s'impose avec force, quand bien même ses dires subissent le feu de la contestation. A la recherche d'une formule, on oserait au nez des philosophes que l'essence précède l'existence. Cette dernière au contraire n'accède au rang de réalité juridique qu'au terme d'un processus sérieusement encadré. La chose jugée n'est tenue pour la vérité qu'au terme d'une instance contradictoire conduite dans le respect des principes directeurs du procès. L'authenticité, celle de la minute, s'obtient dans un contexte amiable et les exigences d'un traitement contentieux n'ont pas lieu d'être. Pour autant, la confiance faite au notaire, témoin privilégié¹⁸ qui instrumente sous le sceau de l'authenticité, conduit à la rédaction d'un acte dont la force probante, comme la chose jugée, procède d'une forme d'immutabilité. La foi due à l'acte notarié est aussi difficile à détruire que l'autorité d'un jugement définitivement acquise. L'inscription de faux, encore une fois lorsqu'elle portée contre la minute, est aussi mal aisée à mettre en œuvre qu'une procédure de révision. Les décisions de justice ont l'autorité de la chose jugée quand les actes notariés ont l'autorité de la chose constatée, ou plus exactement de la chose reçue. La chose n'est pas la même, mais l'autorité est d'une semblable intensité. C'est bien pourquoi l'authenticité ne s'accommode guère de l'imperfection quant au contraire, pour les jugements comme pour les actes notariés, le provisoire et la contestation s'accommodent de l'exécution forcée.

Finalement, il n'y a pas lieu de s'offusquer d'une force exécutoire qui s'accomplit aux marges de l'authenticité. Elle est le propre des offices publics. De même qu'une justice déléguée n'est plus retenue, de même que donner et retenir ne vaut, de même l'imperium ne s'affaisse-t-il pas du seul fait de sa délégation.

¹⁶ Cass. Civ. 2ème 28 septembre 2017, Pourvoi n°16-19.184, P.: « l'homologation d'un accord transactionnel qui a pour seul effet de lui conférer force exécutoire ne fait pas obstacle à une contestation de la validité de cet accord devant le juge de l'exécution ». V. déjà. Civ. 3e 10 juill. 1991, Bull. civ. III, n° 208 selon lequel « un contrat judiciaire est exposé aux seules voies de nullité ou de rescision susceptible d'atteindre les contrats et ne peut être attaquée par les voies de recours contre les jugements » ; rappr. Civ. 1re, 20 juill. 1961, Bull. civ. I, n° 421.

¹⁷ V. R. Libchaber, obs. sous Cass. Civ. 2ème 18 juin 2009, Pourvoi n°08-10.843, Defrénois 2009, p. 2344.

¹⁸ Comme chacun le sait, le mot est de Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, t. 2, spéc. n° 90.

III.- Une autonomie prometteuse

La reconnaissance de l'autonomie de la force exécutoire est riche de promesses. Si elle constitue un gage d'effectivité pour les créances de somme d'argent, elle pourrait demain venir en renfort d'autres obligations, en tout cas d'autres effets de droit, comme le transfert de la propriété. C'est ce que proposent notre collègue Cyril GRIMALDI et Maître David VITTORI, avec à la fois courage, prudence et raison.

En pratique, il est assez pénible que la moindre contestation requière l'intervention du juge. La conclusion de l'acte demeure ainsi suspendue au bon vouloir d'une partie qui, alors que les conditions sont incontestablement réunies, trouve toujours une raison de reporter sa comparution. Certes, il n'est pas si difficile d'engager une procédure de référé. En même temps, outre les inconvénients liés à la conduite d'une instance, le coût, la durée, il faut compter sur les hésitations de la partie victime des attermolements de l'autre. Le bénéficiaire d'une promesse qui a levé l'option et justifie de son aptitude à verser le prix peut légitimement prendre un peu de temps avant d'assigner le promettant pour forcer la vente. Et il peut tout aussi légitimement s'interroger sur la prudence d'un notaire qui a pourtant la qualité d'officier public et qui semble soudain si timide dans l'exercice de son imperium.

D'un point de vue technique, la réforme du droit des contrats apporte un élément de plus à la réflexion. L'article 1196 du Code civil indique et ce n'est pas nouveau que, sauf clause contraire, « le transfert (de propriété) s'opère lors de la conclusion du contrat ». L'article 1221 consacre le principe de l'exécution en nature. Là comme ailleurs, il n'y a pas de bouleversement. Certes, l'ancien article 1142 du code civil posait le principe de la résolution en dommages et intérêts des obligations de faire. Pour autant, le principe était rongé par les exceptions au point d'ailleurs que la Cour de cassation jugeait « que la partie envers laquelle un engagement contractuel n'a point été exécuté a la faculté de forcer l'autre à l'exécution de la convention lorsque celle-ci est possible »¹⁹. Au moins pour les promesses unilatérales de vente, le principe avait encore de beaux restes puisqu'une jurisprudence contestée retenait « que les bénéficiaires n'avaient pas déclaré acquérir, l'obligation de la promettante ne constituait qu'une obligation de faire et que la levée d'option, postérieure à la rétractation de la promettante, excluait toute rencontre des volontés réciproques de vendre et d'acquérir »²⁰. Cette jurisprudence fait désormais partie de notre histoire dès lors que le nouvel article 1124 du Code civil dispose sobrement que « la révocation de la promesse pendant le temps laissé au bénéficiaire pour opter n'empêche pas la formation du contrat promis ». En considération de ces changements de contexte législatif, il paraît désormais difficile d'empêcher les notaires d'instrumenter une vente que le promettant ne veut plus conclure. Si l'exécution en nature est le principe, si la révocation de la promesse n'empêche pas la formation du contrat, l'absence de comparution n'est pas un motif pour refuser d'instrumenter. Il ne peut être soutenu que le désaccord interdit de constater le transfert de propriété. Lorsqu'une créance de somme d'argent procède d'un acte notarié, les mesures d'exécution sont mises en œuvre précisément parce que le débiteur ne veut plus payer. Il n'y a pas de raison de traiter plus mal le droit d'opter du bénéficiaire. Si la promesse est notariée, elle

¹⁹ Cass. Civ. 1^{ère} 16 janvier 2007, Pourvoi n°06-13.983, Bull. civ. I n°19.

²⁰ Cass. Civ. 3^{ème} 15 décembre 1993, Pourvoi n°91-10.199, Bull. civ. III n°174 ; v. encore Cass. Civ. 3^{ème} 16 juin 2015, Pourvoi n°14-14.758.

est dotée de la force exécutoire et l'effectivité de celle-ci suppose de dispenser le bénéficiaire d'un préalable judiciaire.

Enfin et sous un angle théorique, cette solution ne rencontre pas plus d'obstacles. Tout d'abord, il n'y a pas de faute à mettre à exécution un titre exécutoire, ce dernier n'aurait-il cette qualité qu'à titre provisoire. L'article L. 111-10 du code des procédures civiles d'exécution le dit expressément. Certes, l'exécution est poursuivie aux risques du créancier. Elle ne l'est cependant pas au risque du notaire pourvu qu'il ait clairement informé et conseillé le bénéficiaire de la promesse. Ensuite et surtout, et même si Mathias LATINA s'est fait sur ce point l'écho d'une doctrine convergente, il n'est pas certain qu'il faille se défaire des origines de la force exécutoire des actes notariés. Le 21 mars 2017, la Cour européenne des droits de l'homme a encore qualifié les notaires de « magistrats de l'amiable »²¹. Il me paraît encore juste de considérer que le notaire est délégataire de l'imperium parce qu'il est aussi délégataire d'une partie de la justice gracieuse. La réforme du divorce et les nouveaux pouvoirs qu'elle offre au notaire sont plus qu'une simple réminiscence. C'est qu'en effet, le motif pour lequel la figure du notaire-magistrat est abandonnée n'est pas pleinement convaincant. L'acte notarié n'aurait pas la même force qu'un jugement parce son contenu reste contestable. En droit processuel, la contestation du contenu d'un jugement et la question de sa force exécutoire sont deux choses bien distinctes, à telle enseigne que des décisions ont assurément force exécutoire alors même qu'elles sont dépourvues d'autorité de chose jugée et contestables à loisir. Les ordonnances sur requête et les décisions rendues en matière gracieuse en sont le meilleur exemple. Certes, l'acte notarié n'a pas l'autorité d'un jugement, mais cette absence d'autorité n'en diminue pas sa force exécutoire. Il a même plus de force qu'un jugement en ce sens qu'il ne peut faire l'objet d'un recours suspensif. Au demeurant, l'acte notarié n'est pas sans autorité. Ce qui en tient lieu, c'est l'authenticité qui permet d'accorder foi à ce dont le notaire dit des faits dont il a une connaissance directe. L'authenticité est au fait ce que l'autorité de chose jugée est au droit. Tant qu'il n'y a pas de chose à juger, de qualifications juridiques à décider, de règles de droit à appliquer, rien n'empêche de faire crédit à un officier public autre qu'un juge. Et même tout y conduit puisque le notaire a sur le juge l'avantage de la proximité et, en conséquence, une aptitude à connaître le fait supérieure à celle d'un juge qui, en matière d'administration de la preuve, est le plus souvent contraint de déléguer son office à un tiers, huissier ou expert.

Les échanges à la suite des interventions de Cyril GRIMALDI et David VITTORI ont révélé une certaine réserve de la profession, comme s'il était toujours si difficile de s'extraire d'une tradition selon laquelle la contestation chasse l'acte notarié. En réalité, telle n'est pas la rupture proposée. Il n'est pas suggéré que le notaire règle un différend. Il est juste souhaité qu'il puisse constater la réalisation des conditions énoncées sans équivoque dans un premier acte, quelque contestation qu'il y ait par ailleurs. Il est un temps demandé à l'officier public ayant reçu un acte de constater la survenance d'un fait. En un mot, la proposition faite revient à ce que le notaire se fasse huissier pour assurer l'effectivité de ce qu'il a instrumenté. Ce qui peut expliquer les hésitations exprimées. Mais l'officier public qui peut le plus n'est-il pas en mesure de réaliser le moins ?

L'intervention d'un officier public déclenche une constante et comprend trois variantes. La constante n'est autre que la force exécutoire qui découle d'une formule, toujours la même et qui vaut exactement la même chose quel que soit le support sur lequel elle est apposée. Sa permanence lui assure une certaine autonomie de sorte qu'elle peut s'imposer alors même qu'une incertitude existe sur les autres effets de l'acte. Ce sont bien ces derniers qui varient et s'étalonnent en considération du niveau d'intensité de la contribution de l'officier public. Celle-ci

²¹ CEDH, 21 mars 2017, n° 30655/09 ; *JCP N*, n° 36, 8 sept. 2017, n° 1257, p. 45, obs. J.-P. Marguenaud, C. Dauchez et B. Dauchez, *Defrénois* 22 mars 2018, p. 35, obs. M. Latina.

est portée à son maximum lorsque le juge intervient en matière contentieuse et qu'il tranche un litige, en fait et en droit. Il y a alors autorité de chose jugée. Elle est à son minimum lorsqu'il s'agit simplement de constater des faits dont l'officier public a une connaissance directe et personnelle. Le juge peut le faire, mais il est en droit de déléguer cette fonction à un huissier de justice, dans les conditions prévues à l'article 249 du code de procédure civile. Les constatations font foi jusqu'à inscription de faux, ce qui est une forme d'autorité, au sens d'immutabilité, des faits constatés. La contribution est enfin d'un niveau intermédiaire lorsque l'officier public exerce une fonction de réception qui comprend une vérification des conditions et du contexte dans lequel l'acte réceptionné a été conclu. Elle appartient au juge dans l'exercice de la juridiction gracieuse, mais également au notaire « *tenu d'assurer l'efficacité de l'acte* »²². L'un homologue quand l'autre reçoit, mais l'office est le même. Leur intervention n'a pas à proprement parler d'effet propre, sinon une efficacité substantielle que le juge et le notaire permettent ou renforcent. En tout cas, il est bien certain qu'entre le jugement et le constat, il y a place pour la réception, cette dernière de tous temps partagée. Il est également peut douteux que celui qui juge est habilité à réceptionner comme à constater. Tout conduit donc à admettre que le notaire qui reçoit une promesse est en mesure de constater les conditions de sa réalisation.

²² V. encore Cass. Ass. Plén. 5 décembre 2014, Pourvoi n° 13-19.674, Bull. Ass. Plén. n°3.