ED 141 : Ecole doctorale Droit et Science Politique

EA 3457 - Centre de droit civil des affaires et du contentieux économique

Mahougnon Prudence HOUNSA

Les actes juridiques privés exécutoires. Droit français/Droit OHADA

Thèse présentée et soutenue publiquement le 14 décembre 2015
en vue de l'obtention du doctorat de Droit privé et sciences criminelles
de l'Université Paris Ouest Nanterre La Défense

sous la direction de M. Daniel LEBEAU

Jury :

Président :	Civilité Prénom NOM	Titre, établissement
Rapporteur:	Civilité Prénom NOM	Titre, établissement
Rapporteur:	Civilité Prénom NOM	Titre, établissement
Examinateur:	Civilité Prénom NOM	Titre, établissement
Examinateur:	Civilité Prénom NOM	Titre, établissement
Membre invité:	Civilité Prénom NOM	Titre, établissement

INTRODUCTION

1. L'exécution forcée dans le temps : de la contrainte par corps à l'exécution sur les biens.- La question du paiement d'une créance a été à travers les âges une question majeure, une préoccupation centrale de toute société humaine. Et pour cause, elle est au cœur de la sécurité des échanges commerciaux, et partant du développement économique des sociétés. Ceci justifie du reste la vigueur des réponses auxquelles elle a pu donner lieu. Ainsi depuis le droit romain en passant par l'ancien droit jusqu'à l'époque contemporaine, elle a toujours pris la forme d'une exécution forcée à défaut d'une exécution volontaire[1]. D'ailleurs il est assez significatif de relever qu'aussi bien en droit romain que dans l'ancien droit, le créancier justifiait d'un véritable droit réel sur la personne du débiteur qu'il pouvait faire esclave, vendre ou mettre à mort à défaut de paiement. Cette forme d'exécution par contrainte par corps a perduré jusqu'au XIXème siècle. Elle laissa progressivement place à une exécution sur les biens du débiteur[2].

2. L'exécution forcée : un acte de coercition d'une exceptionnelle gravité malgré la suppression de la contrainte par corps.- Le remplacement de la contrainte par corps comme mode d'exécution forcée par l'exécution forcée sur les biens ne fait pas moins de l'exécution forcée un acte d'une coercition exceptionnelle. Pour avoir un ordre de grandeur, il ne serait pas excessif de dire qu'elle est le pendant de la peine d'emprisonnement en droit pénal, pouvant même dans certains cas être comparée à la peine pénale la plus élevée à savoir la réclusion à perpétuité. Car dans certains cas, l'exercice d'une mesure d'exécution forcée à l'encontre d'une personne peut conduire à sa faillite définitive de laquelle elle pourrait ne jamais se relever. A cet égard, la représentation donnée de l'huissier de justice dans la littérature classique du XIXème siècle par les auteurs comme Flaubert, Zola, Balzac et qui associait celui-ci à la dureté, à l'intrusion voire même à la mort est assez illustrative[3].

---

[1] V. J-L. Halpérin, *Histoire du droit privé depuis 1804*, PUF, droit fondamental, 1ère éd. 1996, n° 23, p. 48 et n° 98, p. 152

[2] V. sur cette évolution historique, Id. ; J. Prévault, « L'évolution de l'exécution forcée en droit français », Dr. et proc. 2001. 72 ; M.-H. Renaut, « La contrainte par corps, une voie d'exécution civile à coloris pénal », *RTD crim*. 2002. 791 ; J. –Ph. Levy et A. Castaldo, *Histoire du droit civil*, Dalloz, 1re éd. 2002, p. 965 et s.; A. Leborgne, *Droit de l'exécution. Voies d'exécution et procédures de distribution*, éd. Dalloz, 2e éd. 2014, n° 9 et s., p. 9 et s

[3] A. Mathieu-Fritz, « Les représentation sociales de la profession d'huissier de justice », Droit et société, 54/2003, pp. 491 et s.

3. Le titre exécutoire : l'oméga de la justice civile.- La disparition de la peine d'emprisonnement en matière d'exécution forcée ne doit pas faire perdre de vue le caractère extrêmement grave de celle-ci et partant du titre y donnant droit, c'est-à-dire le titre exécutoire. En tant que titre donnant le droit à une personne d'exercer à l'encontre de son débiteur une contrainte de la nature de celle qu'implique l'exécution forcée, le titre exécutoire peut être considéré comme l'acte ultime, l'oméga de la justice civile.

4. Une nécessaire adaptation du titre exécutoire à l'évolution des mœurs juridiques.- En tant que tel, le titre exécutoire mérite une attention particulière et surtout renouvelée notamment en vue d'une adaptation continuelle à l'évolution des mœurs juridiques. C'est donc à cet exercice particulièrement recommandé mais d'une grande délicatesse que se propose de se livrer la présente étude.

Toutefois, il ne sera nullement question ici de se livrer à un examen *in globo* et systématique des titres exécutoires afin de déterminer toutes les scories juridiques que ceux-ci viendraient à contenir pour ensuite les en débarrasser. Une telle initiative serait à la fois impertinente et inutile. D'abord l'impertinence consisterait dans l'absence d'une problématique précise et sérieuse qui serait susceptible de guider une telle démarche, tant il est admis qu'une problématique rigoureusement déterminée reste et demeure la boussole du pèlerin à la quête du savoir. Ensuite une telle initiative serait bien inutile pour la simple et bonne raison que, parmi les différents titres exécutoires existants, certains présentent un degré de satisfécit tel que leur éventuelle remise en cause ne peut en aucune façon être mis à l'ordre du jour. Bien au contraire le régime de ceux-ci pourrait dans certains cas, tenir lieu de base d'analyse afin de détecter les incohérences et anomalies que pourraient présenter les autres titres exécutoires. Tel est le cas des titres exécutoires faisant suite à une décision juridictionnelle, celle-ci ayant l'avantage de se dérouler dans des conditions de garanties assez satisfaisantes au regard aussi bien du droit international que constitutionnel de la protection des droits fondamentaux.

En revanche un examen rapide des actes juridiques privés exécutoires révèle de sérieuses raisons de penser que cette catégorie de titre exécutoire reste perfectible, ce qui justifie l'objet de la présente étude.

Section I : L'objet de l'étude

Les actes juridiques privés exécutoires. Droit français/droit OHADA

Sous-section I : Délimitation du sujet

A - Champ d'étude spatial

5. Droit français et droit OHADA[4].- Si cette étude, à quelques égards peut avoir des vertus comparatistes, il convient de préciser que telle n'est pas sa finalité première. Mais alors, il peut paraître bien étonnant de se livrer à une étude d'une situation juridique se présentant dans deux ordres juridiques différents, sans prétendre à une étude comparative. Ce serait mal connaître le lien ombilical unissant ces deux droits. En effet, la quasi-totalité[5] des pays membres de l'organisation OHADA sont des anciennes colonies françaises. En tant que telles, ceux-ci sont régis par un droit à très forte inspiration française. Et pour cause, au lendemain des indépendances, la plupart des anciennes colonies ont inséré dans leur constitution, des clauses dites de réception du droit antérieur afin d'éviter le vide juridique. En vertu de celles-ci, une

[4] Dans le souci de sécuriser le climat des affaires en Afrique et partant d'établir un courant de confiance en faveur des économies de leur pays en vue de créer un nouveau pôle de développement en Afrique, certains Etats ont signé le Traité relatif à l'Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires (O.H.A.D.A.) à Port-Louis (Ile Maurice), le 17 Octobre 1993 entré en vigueur le 18 septembre 1995. Il s'agit de : Bénin, Burkina, Cameroun, Centrafrique, Comores, Congo, Côte d'Ivoire, Gabon, Guinée Equatoriale, Mali, Niger, Sénégal, Tchad, Togo. Ces pays ont été rejoints par la Guinée-Bissau (1995-1996) et la Guinée-Conakry (2000). Un dix-septième Etat, la République Démocratique du Congo (R.D.C.) est en négociation depuis 2004 pour adhérer à l'OHADA. Selon l'article 2 du Traité OHADA, entrent dans le domaine du droit des affaires, l'ensemble des règles relatives au droit des sociétés et aux statuts juridiques des commerçants, au recouvrement des créances, au régime du redressement des entreprises et de la liquidation judiciaire, au droit de l'arbitrage, au droit du travail, au droit comptable, au droit de la vente et des transports et toutes autres matières que le Conseil des Ministre déciderait, à l'unanimité d'y inclure conformément à l'objet du Traité. Chacune de ces matières est régies par un acte appelé **Acte Uniforme (article 5 du traité)**. Ainsi peut-on citer l'Acte uniforme du 11 mars 1999 relatif au droit de l'arbitrage (J.O. O.H.A.D.A., 15/05/99, p. 2) ; l'Acte Uniforme relatif au droit commercial général (J.O. O.H.A.D.A. n°1, 1/10/97) ; l'Acte Uniforme du 17 avril 1997 relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique (J.O. O.H.A.D.A. n° 2, 01/10/97, p. 1 et s.) ; l'Acte Uniforme du 24 mars 2000 portant organisation et harmonisation des comptabilités des entreprises (J.O. O.H.A.D.A n°10, p. 1 et s.) ; l'Acte Uniforme du 17 avril 1997 portant organisation des sûretés (J.O. O.H.A.D.A 1/07/98, p. 1 et s.) ; l'Acte Uniforme portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécutions (J.O. O.H.A.D.A n°6, 01/06/98, p. 1 et s.) ; l'acte Uniforme du 10 avril 1998 portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif (J.O. O.H.A.D.A. n° 7, 01/07/98, p. 1 et s.) ; l'Acte Uniforme relatif au contrat de transport de marchandises par route adopté le 22/03/2003 ; l'Acte Uniforme relatif au droit des société coopératives (J.O. O.H.A.D.A n° 23 du 15/02/2011). Les actes uniformes sont directement applicables et obligatoires dans les Etats Parties nonobstant toutes dispositions contraires de droit interne (article 10 du traité).

[5] Excepté la Guinée-Bissau lusophone et le nouvel adhérent Congo qui était sous colonisation belge

réception du droit colonial dans ces nouveaux Etats s'est opérée au lendemain des indépendances[6]. Dans ces conditions, il serait peu dire, d'affirmer que le squelette, sinon le génome du système juridique de la quasi-totalité des anciennes colonies est le droit français[7]. Par suite, le système de droit OHADA qui est calqué sur celui des pays qui le constitue à savoir une grande majorité d'anciennes colonies françaises, a des liens de parentés très poussés avec le système de droit français. C'est donc moins de deux ordres juridiques différents dont il est ici question mais de deux ordres juridiques entretenant des liens conceptuels assez étroits, au point qu'étudier une situation juridique dans ces deux ordres, loin de choquer, relève plutôt de la normalité.

La deuxième raison qui écarte cette étude des canons du droit comparé consiste dans le fait que, loin de la démarche comparatiste qui consiste dans la « projection du droit national sur les systèmes étrangers afin d'aboutir à la découverte d'un « étalon » ou d'une « grille » »[8], cette étude vise à apporter une solution à une problématique identifiée dans ces deux ordres juridiques.

B- Champ d'étude temporel

6. Le droit positif nourri éventuellement des évolutions historiques.- La présente étude se concentrera sur le droit positif de ces deux ordres juridiques. Toutefois, elle se nourrira des évolutions historiques du champ substantiel d'étude considéré, toutes choses susceptibles de lui apporter un précieux éclairage.

Sous-section II : Définition du sujet

Un acte ou une décision devient un titre exécutoire dès lors qu'il acquiert la force exécutoire (A). S'agissant des actes juridiques privés exécutoires (B) leur qualité de titre exécutoire résulte de l'attribution de la force exécutoire à des actes juridiques privés.

---

[6] V. en ce sens, GBAGUIDI N. et KODJOH-KPAKPASSOU W., *Introduction au système juridique et judiciaire du Bénin*, Encyclopédie, Globalex, Université de New-York, 2009, n° 3 spéc. 3.1.2 pour l'exemple du Bénin

[7] V. sur le droit en Afrique coloniale, B. Piret et autres (dir.), Droit et Justice en Afrique coloniale. Traditions, production et réformes, Publications de l'Université Saint-Louis Bruxelles 2013, p. 12 et s. ; M. Ipranossian, La colonisation et le législateur colonial français, thèse Paris 1916, éd. Librairie Arthur Rousseau, Rousseau et Cie, p. 67 et s.

[8] D. Alland et S. Rials (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, éd. Lamy PUF 2003, p. 455, entrée : droit comparé

A- Notion de force exécutoire

7. Un attribut conférant la qualité de titre exécutoire.- La force exécutoire peut être définie comme ce qui confère à un acte ou une décision sa nature de titre exécutoire, c'est-à-dire son aptitude à fonder une mesure d'exécution forcée du droit qu'il constate. Ceci ressort clairement de l'article L. 111-3 du code de procédure civile d'exécution. Celui-ci définit en effet comme titres exécutoires « 1° les décisions des juridictions de l'ordre judiciaire ou de l'ordre administratif lorsqu'elles ont force exécutoire, ainsi que les accords auxquels ces juridictions ont conféré force exécutoire (…) »[9].

Aussi, outre les accords auxquels peuvent être conférés force exécutoire, il y a les procès-verbaux de conciliation signés du juge et des parties[10] ainsi que l'acte notarié revêtu de la formule exécutoire[11] qui ont été cités comme étant des titres exécutoires donc ayant force exécutoire. Tous ces actes sont des actes juridiques privés exécutoires.

B- Les actes juridiques privés exécutoires

L'exposé panoramique des actes concernés (1) permettra de se rendre compte qu'il ne s'agit ni plus ni moins d'actes juridiques privés (2), dotés d'une force exécutoire (3).

1- Les actes concernés

8. Les actes constatant une créance-. Les constatations susceptibles d'être rendues exécutoires sont celles ayant constaté une créance et elles seules. Cela répond au principe selon lequel le titre exécutoire doit constater une créance liquide[12]. La jurisprudence précise qu'il faut à défaut de contenir le montant de la créance, que le titre comporte tous les éléments permettant de la liquider. Deux éléments doivent donc retenir l'attention : la créance et son caractère liquide. Ainsi, le titre doit contenir avant toute chose une créance. Ensuite, celle-ci doit être liquide.

La créance est entendue comme « *le rapport d'obligation considéré du côté actif, par opposition à la dette : un droit personnel, en vertu duquel une personne nommée créancier peut exiger d'une autre nommée débiteur l'accomplissement d'une prestation (donner, faire ou ne*

[9] Article L. 111-3-1° du CPCE
[10] Id. n° 3
[11] Ibid. n° 4
[12] V. l'article L. 111-2 du code de procédure civil d'exécution

pas faire quelque chose »[13]. Elle est liquide quand : « *elle porte sur une somme d'argent dont le montant est déjà chiffré* »[14]. C'est donc à l'aune de cette condition que seront déterminés les accords susceptibles de se voir attribuer la force exécutoire.

9. Les accords homologués.- Cette catégorie d'acte juridique privé exécutoire a été créée en France par l'ordonnance n° 2011-1540 du 16 novembre 2011 ayant transposé la directive n° 2008/52/CE du 21 mai 2008 qui a précisément ajouté un article 3-1 à la loi n° 91-650 du 9 juillet 1991. Cette disposition a succédé à l'article 3 de la loi n° 91-650 du 9 juillet 1991 qui parlait uniquement des transactions soumises à l'homologation du président de grande instance comme étant des titres exécutoires. Elle devint après la codification de la partie législative des dispositions relatives aux voies d'exécution réalisée par l'ordonnance n° 2011-1895 du 19 décembre 2011, l'article L. 111-3 n° 1 du CPCE. Il ne semble pas qu'il soit question ici de n'importe quel accord. Il s'agit d'accord nommés. C'est du moins ce que suggère l'article 1565 du code de procédure civile. Celui-ci dispose que : « *l'accord auquel sont parvenu les parties à une médiation, une conciliation ou une procédure participative peut être soumis, aux fins de le rendre exécutoire, à l'homologation du juge compétent pour connaître du contentieux dans la matière considérée* ».

Trois catégories d'accords sont ainsi concernées à savoir : les accords intervenus sur médiation –judiciaire ou conventionnelle-, les accords intervenus suite à une conciliation –judiciaire ou conventionnelle-, les accords intervenus suite à une procédure participative.

Les accords issus d'une médiation. Il s'agit concrètement de tout accord ayant sanctionné une médiation que celle-ci soit conventionnelle[15] ou judiciaire[16] et constatant une créance. La médiation conventionnelle tire son fondement, soit d'une clause de médiation[17], soit après

[13] G.CORNU, op. cit., p.281
[14] Id.
[15] V. M. Darmon, « La médiation conventionnelle : un mode alternatif de règlement des litiges », *JCP* 1996, I, 3976 ; G. Flécheux et Ph. Lafarge, *La médiation*, in mélange P. Drai, Dalloz 2000, p. 301 *sq*. ; G. Giudicelli-Delage, Conciliation et médiation, J-Cl. Procédure civile, fasc. 160 ; Y. Desdevises et Ph. Milbrun (dir.), Les modes alternatifs de règlements des litiges : les voies nouvelles d'une autre justice, av-prop. P. Catala et G. Flécheux, La documentation française 2003, p. 55, *sq* ; M. Olivier, « La conciliation et la médiation judiciaire (aspects anciens et actuels) », *Gaz. Pal*. 18-19 oct. 1996, p. 2, *sq* ; M. Armand-Prévost, « La médiation- Trop connue, mal connue, méconnue », *Gaz. Pal*. 8-10 janv. 2006, p. 2 *sq* ;
[16] G. Pluyette, « La médiation judiciaire en matière civile », *Gaz. Pal*. 2-4 oct. 1994, p. 11 *sq* ; B. Gorchs, « La médiation dans le procès civil, sens et contresens », *RTD civ.* 2003, p. 409 sq
[17] V. sur la validité des clause de médiation, CM, 14 févr. 2003, D. 2003. I. 1386, n. Ancel et Cottin, Rev. arb. 2003. 403 ; n Jarrosson, CCC 2003, n° 84, Leveneur, JCP 2003. I. 142, n° 13 et plus généralement S. Amrani-Mekki et Y. Strickler, *Procédure civile*, éd. PUF 2014, n° 143 et s., p. 267 et s. ; X. Lagarde, « L'efficacité des clauses de conciliation ou de médiation », *Rev. arb*. 2000, p. 217, *sq* ; M.-C. Rivier, « L'éviction de la juridiction étatique par le contrat » in P. Ancel et M.-C. Rivier (dir.), *Le conventionnel et le juridictionnel dans le règlement des différents*, Economica 2001, p. 23 *sq* ;

naissance du différend, de la saisine d'un médiateur privé. Sont plus précisément concernés tous les accords issus d'une médiation civile ou pénale.

S'agissant de la médiation civile, elle peut être conventionnelle ou légale.

Au titre des médiations civiles conventionnelles, peuvent être citées : la médiation assurantielle mise en place dans les années 1990 et qui est assurée soit par le médiateur de la Fédération française des sociétés d'assurance (FFSA)[18] soit par celui institué par les sociétés d'assurance elles-mêmes ; la médiation assurée par le Centre de médiation et d'arbitrage de Paris (CMAP)[19] ; la médiation en ligne instaurée par le Forum des droits sur internet créé en 2003[20], qui a pour objet de traiter des questions de droit liées à l'utilisation d'internet.

La médiation légale quant à elle peut se dérouler dans le cadre d'une instance judiciaire ou non. La médiation qui se déroule durant une instance judiciaire est confiée par le juge soit à un médiateur personne physique soit à un médiateur personne morale. À côté de ce type de médiation judiciaire, il convient de signaler la médiation familiale[21]. S'agissant de la médiation légale se déroulant en dehors de la sphère judiciaire, peuvent être citées : la médiation en matière de conflits collectifs de travail de l'article L. 2523-1 du code du travail instituée par le décret D. n° 55-473 du 5 mai 1955 tendant à favoriser la conclusion des conventions collectives et des accords en matière de salaire et plusieurs fois modifié[22] ; la médiation en matière de cinéma -assurée par le médiateur du cinéma- créée par la loi n° 82-652 du 29 juillet 1982 sur la communication audiovisuelle ; la médiation en matière de litiges relatifs à l'octroi de l'autorisation de retransmission intégrale et simultanée, sans changement, d'une œuvre par le câble[23], créée par la loi n° 97-283 du 27 mars 1997 portant transposition dans le code de la propriété intellectuelle des directives du Conseil des communautés européennes[24] ; la médiation

[18] Cet organisme dispose d'une « charte de la médiation »
[19] Cette médiation est encadrée par deux documents : 1- les règles d'éthiques des médiateurs ; 2- « le règlement de la médiation »
[20] Cette médiation en ligne est encadrée depuis 2006 par un « Règlement de médiation » disponible sur http://www.foruminternet.org
[21] Article 5 de la loi n° 2002-305 du 4 mars 2002 relative à l'autorité parentale ayant inséré un article 373-2-10 dans le code civil disposant en son alinéa 1re que : « le juge peut (…) proposer (aux parents) une mesure de médiation et, après avoir recueilli leur accord, désigner un médiateur familial pour y procéder ». Ensuite, la loi n° 2004-439 relative au divorce a inséré dans le code civil un article 255-1° qui prévoit que le juge peut proposer aux époux un mesure de médiation et, après avoir recueilli leur accord, désigner un médiateur familiale pour y procéder »
[22] L. n° 82-957 du 13 novembre 1982 relative à la négociation collective et au règlement des conflits collectifs de travail puis L. n° 2008-67 du 21 janvier 2008 ratifiant l'ordonnance n° 2007-239 du 12 mars relative au code de travail
[23] Article L. 132-20-2 du code de la propriété intellectuel
[24] Directive n° 93/83 du 27 novembre 1993 et 93/98 du 29 octobre 1993

en matière bancaire -assurée par les médiateurs bancaires-[25] créée par la loi n° 2001-1168 du 11 décembre 2001 portant mesures urgentes de réformes à caractère économique et financier ; la médiation en matière de conflits boursiers assurée par le médiateur de l'autorité des marchés financiers[26] (AMF); la médiation en matière d'énergie instaurée par la loi n° 2006-1537 du 7 décembre 2006 relatif au secteur de l'énergie.

Quant à la médiation pénale, il en existe deux sortes. Elle peut en effet être judiciaire ou extrajudiciaire.

La médiation judiciaire[27] est celle constituant une alternative à la poursuite. Elle a été instituée par la loi n° 93-2 du 4 janvier 1993 portant réforme de la procédure pénale[28]. L'article 41-1, alinéa 1-5° du code de procédure pénale dispose en effet que : « *S'il lui apparaît qu'une telle mesure est susceptible d'assurer la réparation du dommage causé à la victime, de mettre fin au trouble résultant de l'infraction ou de contribuer au reclassement de l'auteur des faits, le procureur de la République peut, préalablement à sa décision sur l'action publique, directement ou par l'intermédiaire d'un officier de police judiciaire, d'un délégué ou d'un médiateur du procureur de la République :*

(...)Faire procéder, à la demande ou avec l'accord de la victime, à une mission de médiation entre l'auteur des faits et la victime ».

En ce qui concerne la médiation pénale extrajudiciaire, elle est prévue dans certaines matières à connotation pénale non pas à l'initiative de l'autorité de poursuite comme c'est le cas pour la médiation pénale judiciaire, mais de la victime. C'est le cas du harcèlement moral et de la discrimination[29].

Les accords issus d'une conciliation. Elle peut être judiciaire ou extrajudiciaire. La conciliation judiciaire concernée ici est celle confiée à un conciliateur de justice par opposition à celle conduite par le juge lui-même. Il y a aussi la conciliation en droit des entreprises en difficultés[30]

[25] Article L. 312-1-3 du code monétaire et financier
[26] Article L. 621-19 du code monétaire et financier
[27] V. C. Lazerges, « Typologie des procédures de médiation pénale », in mélanges Colomer, Litec, 1993 p. 217 et s. C. Lazerges, « Médiation pénale, justice pénale et politique criminelle » : *RSC* 1997, p. 186 et s.
[28] V. G. Blanc, « La médiation pénale- Commentaire de l'article 6 de la loi n° 93-2 du 4 janvier 1993 portant réforme de la médiation pénale » : *JCP 1994, I, 3760* ; R. Cario (dir.), *La médiation pénale- Entre pression et réparation*, L'Harmatan, 1997
[29] V. pour plus de précisions et généralement sur les médiations en droit privé, D. Roets, « La multiplication des médiations en droit privé », in A.-M. Tournepiche et J.-P. Marguénaud (dir.), *La médiation. Aspects transversaux*, éd. Litec 2010, pp. 69-81
[30] V. M. Jeantin et P. Le Cannu, *Droit commercial- Entreprises en difficultés*, Dalloz, 7e éd., 2007, n° 81 et s.

qui est une version améliorée de la loi du 1re mars 1984. Elle est instaurée par la loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises. Ici, le conciliateur a pour mission de « favoriser la conclusion entre le débiteur et ses principaux créanciers ainsi que, le cas échéant, ses cocontractants habituels, d'un accord amiable destiné à mettre fin aux difficultés de l'entreprise »[31]. La conciliation extrajudiciaire peut être soit consensuelle[32] soit légale. Elle est consensuelle lorsque les parties décident de la confier à un tiers, personne physique ou morale. Dans le premier cas, elle se déroule sans formalisme particulier, tandis que dans le second cas, la procédure de conciliation épouse les règles de l'organisme de conciliation désigné. La conciliation extrajudiciaire légale est celle instaurée par la loi mais se déroulant en dehors de la sphère judiciaire. Il peut être cité à titre d'exemple, la conciliation de la Commission départementale de conciliation compétente en matière de conflits entre locataires et bailleurs[33].

Les accords issus de la convention de procédure participative. La convention de procédure participative est le nouveau-né au sein de la famille des modes amiables de règlement des différends[34]. Elle est issue du Rapport Guinchard, *ambition raisonnée pour une justice apaisée*[35], a été concrétisée par la loi du 22 décembre 2011[36] et entrée en vigueur tardivement suite à la parution du décret d'application de ladite loi du 20 janvier 2012. Il s'agit d'un type de droit collaboratif par lequel les parties à un différend dont n'est encore saisi ni le juge ni l'arbitre, cherchent conjointement et de bonne foi, les voies d'un règlement amiable de celui-ci[37]. Il ressort de l'article 4 de la Loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques tel que modifié par l'article 37 III de la loi du 22 décembre 2010 relative à l'exécution des décisions de justice, aux conditions d'exercice de

[31] C. com. art. L. 611-6, al. 2
[32] V. sur cette expression, J. Joly-Hurard, *Conciliation et médiation judiciaires*, Préf. Serge Guinchard, PUAM 2003, n° 28-29, p. 32-33
[33] Son fonctionnement est prévu par le Décret n° 2001-653 du 19 juillet 2001 modifié par le Décret n° 2015-733 du 24 juillet 2015 relatifs aux Commissions départementales de conciliation locatifs et l'article 20 de la loi n° 89-462 du 6 juillet 1989 tendant à améliorer les rapports locatifs et portant modification de la loi n° 86-1290 du 23 décembre 1986
[34] V. cependant S. Amrani-Mekki et Y. Strickler, op. cit., n° 148, p. 273 précisant que celle-ci doit être soigneusement distinguée des MARL ; comp. Rapport S. Guinchard, *Ambition raisonnée pour une justice apaisée*, La documentation française 2008, proposition n° 47, p. 29 qui la désigne clairement par le vocable de « nouvelle procédure de règlement amiable des litiges »
[35] Id., proposition n° 47 : « *47. Création d'une nouvelle procédure de règlement amiable des litiges : la procédure participative de négociation assistée par avocat. Cette procédure devrait permettre de faciliter le règlement amiable des litiges, sous l'impulsion des avocats ; en cas d'échec partiel ou total de la négociation, une passerelle vers la saisine simplifiée de la juridiction permet un traitement accéléré de l'affaire (observation et pièces des parties figurant dans l'acte de saisine)* », p. 29
[36] Loi n° 2010-1609 du 22 déc. 2010, JO 23 déc. 2010
[37] Article 2062 du code de procédure civile

certaines professions réglementées et aux experts judiciaires**,** que l'assistance des parties par avocats est une condition de validité de la convention de procédure participative[38].

L'homologation. Toutes ces procédures donnent lieu en cas de succès à un accord. Celui-ci peut être soumis au juge compétent pour homologation. Dès son homologation, l'accord devient un titre exécutoire, plus précisément un acte juridique privé exécutoire à condition de constater une créance.

Le droit OHADA, pour ce qui le concerne, n'a pas prévu cette catégorie de titre exécutoire. Ainsi, dans le système OHADA, les accords obtenus sur médiation ou sur conciliation extrajudiciaires ne peuvent recevoir l'homologation susceptible de leur conférer la force exécutoire, c'est-à-dire la qualité de titre exécutoire. Seuls sont prévus les actes notariés exécutoires et les procès-verbaux de conciliation exécutoires[39].

10. Les actes notariés revêtus de la formule exécutoire.- En droit français aussi bien qu'en droit O.H.A.D.A et plus généralement dans les droits de tradition latine[40], la force exécutoire de l'acte notarié est une conséquence directe de son caractère d'authenticité. Ainsi ressort-il de l'ordonnance du 2 novembre 1945 qui n'a pas modifié le pouvoir du notaire consacré par la **loi du 25 ventôse an XI (art. 19)** que : *« Les notaires sont les officiers publics établis pour recevoir les actes et contrats auxquels les parties doivent ou veulent faire donner le caractère d'authenticité attaché aux actes de l'autorité publique, et pour assurer la date, en*

[38] Cet article dispose : « *nul ne peut, s'il n'est avocat, assister une partie dans une procédure participative prévue par le code civil* », V. aussi en ce sens H. Poivey-Leclercq, « La convention de procédure participative », *JCP* 2011, act. 70 ; S. Amrani-Mekki, « La convention de procédure participative », *D*. 2011, 3007 ; N. Fricero, « Qui a peur de la justice participative ? pour une justice, autrement » in Mél. S. Guinchard, Dalloz, 2010, p. 145

[39] Cercle HORIZON club OHADA Orléans et Norton Rose, Les modes alternatives de règlement de conflits (MARC) en droit OHADA, « Les textes sur les procédures d'homologation des transactions ou accords issus de la médiation conventionnelle sont souvent inexistants ou peu clairs au sein des Etats membres et ne sont pas actuellement pris en compte dans le cadre de l'OHADA », in ; V. aussi I. OTTO, « Médiation et OHADA », in http://revue.ersuma.org/no-4-septembre-2014/doctrine/article/mediation-et-ohada mentionnant l'absence de codification de la médiation en droit OHADA et précisant que celle-ci se développe néanmoins dans les Etats membres de l'OHADA par l'activité des centres de médiation et citant notamment les centres de médiation suivants : le centre d'arbitrage, de médiation et de conciliation du Bénin, le centre national d'arbitrage de conciliation et de médiation de la RDC, le centre de conciliation et d'arbitrage du Mali, le centre d'arbitrage de Cote d'Ivoire, le centre d'arbitrage, de médiation et de conciliation d'Ouagadougou, le Centre d'Arbitrage, de Médiation et de Conciliation de Centrafrique (CAMC-CA)

[40] Dans les pays comme le Luxembourg, l'Allemagne, le régime de l'acte notarié est le même qu'en France à quelques différences près.

conserver le dépôt, en délivrer des grosses et expéditions »[41]. Ce texte permet d'affirmer qu'une fois que l'acte ou le contrat des parties est reçu par le notaire, il acquiert de *facto* l'authenticité.

Le notaire qui reçoit l'acte des parties dans des conditions de solennité requises peut en délivrer aux parties une copie certifiée conforme, signée et paraphée à chaque page par le notaire et revêtue de la formule exécutoire[42]. Celle-ci vaut titre exécutoire. Ce titre exécutoire a été créé par la loi ventôse 17 mars 1803 qui constitue elle-même la survivance d'une règle déjà connue de l'ancien droit. Il suffit que l'acte soit dressé par le notaire ou reconnu devant lui et déposé au rang de minutes. Dans ce dernier cas, l'acte de reconnaissance est signé par le notaire et les parties[43].

L'acte doit ensuite contenir une obligation à la charge d'une partie envers l'autre. Mais cette dernière exigence est largement interprétée par la Cour de cassation. Ainsi a-t-elle déclaré valable une saisie immobilière pratiquée sur la base d'un acte notarié constatant une ouverture de crédit[44] bien que *stricto sensu*, l'acte ne constatait pas l'engagement du client envers la banque, mais plutôt de celle-ci vis-à-vis de ce dernier. Il en va pareillement de l'acte ayant constaté l'affectation hypothécaire consenti pour la garantie la dette d'autrui[45]. Quoiqu'il en soit, cette dernière condition rend de fait beaucoup d'actes notariés inéligibles à l'acquisition de la force exécutoire. C'est le cas des « *testaments, donations de bien à venir entre époux, procès-verbaux de conseil d'administration* »[46].

En droit OHADA, c'est l'article 33-4 qui prévoit ce titre exécutoire.

11. Les procès-verbaux de conciliation signés du juge et des parties.- Les parties qui parviennent à une conciliation en plein instance peuvent faire constater leur accord par le juge[47]. Des extraits de cet accord peuvent être délivrés aux parties. Ils valent titres exécutoires. En droit OHADA, c'est l'article 33-3 de l'AUVE qui prévoit ce titre exécutoire[48].

---

[41] V. sur ce point A. MOREAU, *La magistrature de prévention ou le notaire agent de protection des droits de l'homme*, éd. France édition, 2004, p.73 et s

[42] Cass. 2e civ., 24 juin 2010, n° 09-67.887

[43] Cass. 2e civ., 21 oct. 2010, n° 09-12.378, *Bull. civ. II*, n° 173 ; *D*. 2010. 2590 ; *Dr. et proc*. 2011. 19, note Putman précisant que le débiteur doit procéder à une reconnaissance de signature et d'écriture accompagnant le dépôt

[44] Cass. 2e civ., 10 févr. 1977, Bull. civ. II, n° 32

[45] Cass. 2e civ., 6 juin 1996, n° 94-20.293 ; Cass. 2e civ., 25 mars 2010, n° 09-12-127

[46] V. en ce sens R. Perrot et Ph. Théry, op. cit., n° 148, p. 162-163

[47] Art. 129-1 du CPCE

[48] Art. 131 du CPCE

12. Le titre délivré par l'huissier de justice.-

En cas de non-paiement d'un chèque. Ce titre est prévu à l'alinéa 5 de l'article L. 111-3 du code de procédure civile d'exécution. Celui-ci prévoit la possibilité pour l'huissier de justice de délivrer un titre exécutoire en cas de non-paiement d'un chèque. Ce titre est en réalité à distinguer du protêt exécutoire[49], car contrairement à la formalité du protêt[50] qui implique un coût élevé et peut être établi par un huissier de justice ou un notaire, la loi du 11 juillet 1985 a prévu la formalité du certificat de non-paiement dans les conditions décrites à l'article L. 131-73 du code monétaire et financier. Ce certificat est délivré au porteur du chèque par le tiré au terme d'un délai de trente jours à compter de la première présentation du chèque impayé. La notification effective ou à défaut, la signification de ce certificat par ministère d'huissier vaut commandement de payer. À défaut de payement entre les mains de l'huissier dans un délai de quinze jours à compter de la signification, celui-ci peut délivrer sans autre acte de procédure ni frais, un titre exécutoire. Il est à remarquer que contrairement au protêt qui peut être établi par un notaire ou un huissier, seul l'huissier de justice s'est vu reconnaître le pouvoir d'établir ce titre exécutoire en droit français. Il convient de relever toutefois qu'en droit UEMOA, ce pouvoir est reconnu en plus de l'huissier de justice au notaire et au greffier.

Le titre exécutoire pour le paiement des petites créances ayant une cause contractuelles ou résultant d'une obligation statutaire. Par ailleurs, la loi n°2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques dite loi *Macron* vient d'instaurer une procédure simplifiée de recouvrement des petites créances. Elle donne à l'huissier de justice le pouvoir de créer un titre exécutoire à la demande du créancier pour le paiement d'une créance ayant « une cause contractuelle ou résultant d'une obligation de caractère statutaire et inférieure à un montant défini par décret en Conseil d'Etat ». Cette procédure se déroule selon les termes de l'article 1244-4 inséré dans le code civil par la nouvelle loi « dans un délai d'un mois à compter de l'envoi par l'huissier d'une lettre recommandée avec demande d'avis de réception invitant le débiteur à participer à cette procédure.

L'huissier qui a reçu l'accord du créancier et du débiteur sur le montant et les modalités du paiement délivre, sans autre formalité, un titre exécutoire ». Il s'agit d'une homologation, puisque l'article L. 111-3-5 du code de procédure civile d'exécution modifié par la loi parle de

[49] V. en sens contraire R. Perrot et Ph. Théry, op. cit., n° 154, p. 166-167 estimant que ce titre est communément appelé protêt exécutoire
[50] Article 131-48 et 131-61 et s. CMF

« titre délivré par l'huissier de justice (…) ou en cas d'homologation de l'accord entre le créancier et le débiteur dans les conditions prévues à l'article 1244-4 du code civil ».

S'agissant du droit OHADA, il n'a pas prévu ce type de titre exécutoire. C'est un système de droit sous régional à savoir l'UEMOA[51] dont tous les pays membres sont parties au Traité OHADA qui le prévoit.

Aussi, ce mécanisme d'attribution à un acte juridique privé sans aucun contrôle juridictionnel et avant même que celui-ci ne soit confronté à l'exécution et ne puisse révéler ces éventuelles vices ou imperfections interpelle à plus d'un titre.

2- Des actes qualifiables d'actes juridiques privés

13. Des accords sanctionnant des rapports de droit privé.- Dans tous ces cas, un constat s'impose, à savoir que les actes concernés constatent des obligations nées des rapports de droit entre des personnes privées. En tant que tels, il s'agit d'actes juridiques privés. Dit autrement, il s'agit d'accords librement négocié entre des parties privées.

3- Des actes dotés de la force exécutoire

14. Des accords affublés de la force exécutoire.- C'est à ces actes juridiques privés qu'est attribuée la force exécutoire. Cette attribution de la force exécutoire à des actes juridiques privés résulte soit de l'homologation du juge, soit de l'office du notaire, soit enfin de celui de l'huissier de justice.

Section II : L'objet de la démonstration

Sous-section I : Les questionnements

15. De multiples questionnements.- Cette catégorie de titres exécutoires soulève de multiples questionnements. Ceux-ci sont liés à leurs fondements (A), à leur régime (B), aux procédures d'établissement des actes juridiques privés éligibles à l'acquisition de la force exécutoire (C), à leurs conditions de mise en œuvre (D), ainsi qu'à la double attitude jurisprudentielle et législative (E).

[51] L'espace d'étude étant l'O.H.A.D.A, il paraît curieux d'évoquer le titre exécutoire délivré sur certificat de non-paiement de chèque en droit U.E.M.O.A. En réalité ceci est dû comme indiqué supra au fait que le droit O.H.A.D.A. n'a pas prévu ce titre. Et comme tous les pays membres du droit U.E.M.O.A sont membres de l'O.H.A.D.A, il paraît opportun d'évoquer ce titre dans ce système de droit. Cette évocation est d'autant plus importante que se pose le problème de la compatibilité de ce titre avec les titres du système de droit continental.

A- Les questionnements liés aux fondements des actes juridiques privés

16. Questionnements révélés par les évolutions historiques.- Les actes juridiques privés exécutoires suscitent certains questionnements relatifs à leur fondement. L'exposé des évolutions historiques ayant conduit à la création des divers actes privés exécutoires (1) permettra de s'en convaincre (2).

1- Les évolutions historiques de la création des divers actes privés exécutoires

17. L'acte notarié exécutoire dans le temps-. Le notariat dans sa forme actuelle puise ses sources dans l'empire romain. En effet, il existait à Rome trois types d'actes juridiques contrairement au système actuel du droit français qui n'en connaît que deux. Ainsi, en plus de l'acte sous-seing privé (acte privé en droit romain) et de l'acte authentique (acte public en droit romain), il existait une catégorie intermédiaire d'acte à mi-parcours entre ces deux actes appelés *acta forensia.*

La loi romaine était peu formaliste sur l'établissement des actes privés et n'exigeait pas que ces actes fussent écrits de la main des contractants. Ainsi il était d'usage à Rome de faire rédiger par des personnes expertes ces actes privés. Trois types de personnes assuraient aux parties cet office : il s'agissait des jurisconsultes, des *tabellariis,* et des scribes. L'intervention des jurisconsultes assuraient aux parties un acte correctement rédigé dans le respect des principes juridiques[52]. Quant aux *tabellariis,* ils étaient des esclaves qui assuraient les fonctions de secrétaire des personnes considérables dont ils portaient les missives. En ce qui concerne les scribes, ils étaient des sortes d'écrivains publics regroupés en corporation et dont les fonctions devinrent une charge vénale[53].

Pour ce qui concerne les *acta forensia,* il s'agissait aussi de sortes d'actes privés. Mais ceux-ci étaient différents des actes privés simples en ceci que, non seulement ils avaient une force probante plus importante que celle de ces derniers mais aussi et surtout parce qu'ils étaient rédigés en public en l'occurrence au Forum. Ces actes étaient rédigés par des écrivains publics qui prêtaient aux parties leur office. Ce besoin de confier la rédaction de leur convention à ces officiers s'expliquaient par des besoins de garantie. En effet, à cette époque-là, plus Rome

[53] Cicero, De orat. II, 7, SUETON, Nerva, ch. XXXII cit. par Emmanuel Bouquet, « Droit romain : De la preuve littérale. Droit français : De la force probante de l'acte notarié ». Thèse pour le doctorat, soutenue le 10 juillet 1884

élargissait ses frontières par ses conquêtes, plus les rapports juridiques devinrent nombreux. Et comme la bonne foi se faisait rare à cette époque, les parties éprouvèrent le besoin d'entourer leur convention d'un maximum de sécurité. Deux types de rédacteurs des *acta forensia* étaient principalement connus : les *tabularius* et les *tabelliones*.

Les *tabularius* confondus à tort par certains auteurs aux *notariis,* qui n'étaient en fait que des sténographes qui recueillaient le discours des orateurs ou toute parole[54], étaient des esclaves publics chargés de la recette des deniers publics. Plus tard, cette fonction d'écrivain public fut retirée aux *tabularius* et confiée à des hommes libres et ingénus appelés *tabellio.* Quant aux *tabelliones*, ils étaient recrutés selon des conditions strictes. Selon CUJAS[55], ils devaient satisfaire à trois conditions : être habiles dans l'art d'écrire, connaître le droit et avoir une très bonne réputation. Leurs charges acquirent l'envergure d'un véritable office et ils étaient regroupés en un collège important.

Plus tard à une époque située à partir du règne de JUSTINIEN, le métier de *tabellion* s'est érigé en une véritable fonction et la rédaction d'un acte par le *tabelliones* lui conférait quasiment l'authenticité. Toutefois l'authenticité n'était acquise par l'acte privé ou par l'*acta forensia* qu'après qu'il eut été insinué dans les archives publiques[56]. Autant le dire d'emblée, le *tabellion* jouait dans cette Rome antique le rôle que jouent aujourd'hui les notaires. Ce n'est guère surprenant au regard de l'histoire.

En effet c'est suite à la conquête de la Gaule et sa réduction en province que les Romains y introduisirent le *tabellionat* ainsi que les autres institutions évoquées plus haut. Le *tabellionat* sous sa forme romaine subsista sous la domination franque et les actes du *tabellion* demeuraient des actes privés qui n'acquéraient l'authenticité qu'après leur enregistrement aux archives publiques. Aussi à cette époque-là, d'autres types d'actes jouissaient de l'authenticité : il s'agissait des actes dressés par les *notariis* en présence soit du juge soit de l'évêque. En réalité il ressort de la loi Gombette[57] que **les *notariis* n'étaient que les greffiers des magistrats délégués par le roi pour rendre justice**. C'est de cette institution du *notarii* que germa celle du notariat actuel.

[54] PLINE LE JEUNE, I, 9, Epist. 36 cit. par Emmanuel Bouquet, *Droit romain : De la preuve littérale. Droit français : De la force probante de l'acte notarié*. Thèse pour le doctorat, soutenue le 10 juillet 1884
[55] CUJAS, Coquille, Henry et Godfroy cit. par Emmanuel Bouquet, op. cit.
[56] Emmanuel Bouquet, *De la preuve littérale. Droit français : De la force probante de l'acte notarié*. Droit romain, op. cit. p. 106
[57] Id.., p. 141 et s.

Ainsi plus tard, **Charlemagne** institua près de lui des notaires pour l'expédition des actes de la chancellerie. Il ordonna à ses commissaires royaux de faire de même, et exigea des évêques, des comtes et des abbés qui avaient droit de juridiction d'avoir leur notaire. Néanmoins le notaire conserva toujours son statut de greffier. Toutefois compte tenu de leur maîtrise de l'écriture et du droit, les particuliers s'adressaient volontiers à eux pour la rédaction de leur convention. Mais suite à la mort de Charlemagne et des désordres qui furent observés sous ses successeurs, l'institution des notaires sombra et aucune trace des documents à son sujet n'a été retrouvée jusqu'au XIIIe siècle. À partir du XIIIe siècle, l'institution des notaires subit des transformations sensibles. L'office des notaires était différemment exercé selon que l'on se trouva dans le midi ou dans le nord de la France[58].

Dans le midi de la France, le statut de la ville d'Arles qui remonte à 1245 environ révèle que les notaires avaient non seulement conservé leur statut de greffiers des juridictions, mais avaient aussi la mission de rédiger les conventions des parties. L'élément nouveau dans l'office du notaire à ce stade est que les conventions ainsi rédigées par leurs soins avaient la qualité d'actes publics et faisaient foi en justice à la différence des actes privés. L'article 65 de ce statut révèle que les notaires avaient l'obligation de conserver les notes reçues pour les besoins de la rédaction des actes et n'en délivrer que des expéditions. Les autres villes de la province ont suivi l'exemple de la ville d'Arles et le notariat y était ainsi organisé entre le XIIIe et le XVe siècle.

Quant au nord de la France, le notariat y était une des attributions du droit de rendre justice mais n'avait pas le caractère d'indépendance qu'il eut dans le midi. Les actes reçus par un notaire ou un *tabellion* faisaient pleine foi en justice mais n'avaient pas la force exécutoire. C'est Louis IX qui le premier, créa en 1270 pour la prévôté de Paris soixante notaires spécialement chargés de recevoir les actes de la « juridiction volontaire » et de leur conférer le caractère d'authenticité[59]. Cet exemple a été suivi par Philippe le Bel qui par une ordonnance de mars 1302 établit des notaires dans toute l'étendue de son domaine. À son tour, Philippe le Bel a été suivi par ses barons.

Par une autre ordonnance de 1304, ce même roi institua le règlement du notariat. Mais jusque-là, les juges continuaient de recevoir les contrats. Ce n'est qu'en 1542 qu'une ordonnance de François Ier mit fin à cela. Désormais, seuls ces nouveaux notaires étaient habilités à recevoir

[58] V. pour ces développements sur l'organisation du notariat dans l'ancien droit, Emmanuel Bouquet, Droit romain, Op. Cit. p. 141 et s.
[59] Id. p.143

les contrats. Toutefois, ces derniers ne disposaient pas de sceaux propres et devaient recourir aux gardes-scelleurs établis par la même ordonnance pour apposer les sceaux des juridictions sur les contrats. Cette situation dura jusqu'en août 1706 où un édit conféra aux notaires les droit d'avoir leurs sceaux aux armes du roi et de les apposer sur les actes[60].

Dès lors, le notariat avait une organisation semblable à celle de nos jours sauf la distinction entre notaires royaux, seigneuriaux et apostoliques qui subsista jusqu'à la loi du 29 septembre – 6 octobre 1791 – qui fit disparaître ces distinctions (déjà implicitement supprimées par l'abolition de la féodalité) et les remplaça par celle de notaires publics[61]. Cette loi a, outre l'établissement des notaires publics résolu d'autres questions comme la conservation et le dépôt des minutes d'actes des notaires, la nouvelle forme de nomination et d'institution des notaires publics, le mode de leur rémunération. En effet, selon cette ordonnance, les candidats à la profession de notaire devaient subir un concours. Mais l'exécution de cette ordonnance était confrontée sur le terrain à des difficultés notamment le recrutement par concours.

Un décret du 7 pluviôse an III (26 janvier 1795) mit fin au système de sélection prévu par la loi de 1791. Le 05 messidor an IV (8 janvier 1796), le Conseil des cinq cent nomme une commission composée de cinq membres pour revoir la loi de 1791. Après le rejet par le Conseil des propositions successives et organisation de la constitution de l'an VIII du pouvoir législatif entre le gouvernement, le Corps législatif et le Tribunat, la **loi du 25 ventôse an XI** (17 mars 1803) **contenant organisation du notariat fut votée**. Comme prévu, l'une de ces grandes innovations fut les conditions d'accès et le mode de nomination du notaire : le système de concours fut abandonné au profit d'un système de certificat de moralité et de capacité et d'un stage d'une certaine durée[62].

Quant à la force probante des actes du notaire dans l'ancien droit, l'indication qu'ils font pleine foi en justice n'avait pas la même signification qu'aujourd'hui. Ainsi leur sincérité pouvait être attaquée par toute sorte de preuve. Cette faculté était d'autant plus grande qu'il suffisait qu'un seul témoin nie l'acte pour en faire vaciller la foi. S'ils sont deux, l'acte tombe. Mais dès le

---

[60] Ibid. p.144

[61] HOUDARD J., *Etat du notariat français au XVIII e siècle*, Paris 1912 ; V. aussi MOREAU A., *Les métamorphose du scribe. Histoire du notariat français*, Perpignan, 1989 ; MOREAU A., *Le notariat dans la société française d'hier à demain*, Paris 1999 ; MOREAU A., « Notariat, Révolution : codification » in BADINTER R. (éd.), *Une autre justice. Contributions à l'histoire de la justice sous la révolution française*, Paris 1989, p. 392. Pour plus d'exhaustivité sur cette question V. FROCHOT M. « Rapport des comités de Constitution et de Judicature sur les offices des notaires » in STEVENS FRED, *La loi ventôse contenant organisation du notariat et sa genèse,* éd. BRUYLANT BRUXELLES 2004, p. 25 et s. p. 51 et s.

[62] V. sur cette évolution ayant conduit à la loi ventôse STEVENS FRED, *La loi ventôse contenant organisation du notariat et sa genèse*, éd. BRUYLANT BRUXELLES 2004, p. X à XIX

XVI ème siècle, cette tendance a été renversée au point qu'aucune preuve testimoniale ne fut plus admise contre le contenu d'un acte public. Ce principe fut consacré par l'article 54 de l'ordonnance de Moulins datant de février 1566. Seule l'inscription de faux pouvait dès lors faire vaciller l'acte du notaire[63].

De cet historique, il peut être déduit que le titre exécutoire notarié doit son existence plus aux hasards de l'histoire qu'à une construction juridique cohérente. C'est aussi ce que révèlera, cette fois-ci sur un autre registre, le procès-verbal de conciliation exécutoire.

18. Le procès-verbal de conciliation signé du juge et des parties dans l'histoire-. La pratique conciliatoire notamment sur les litiges familiaux était connue « de tout temps dans de nombreux pays de coutume comme de droit écrit »[64]. La conciliation des litiges familiaux était confiée à « des assemblée de parents, d'amis et de voisins »[65]. Mais la conciliation a obtenu ses lettres de noblesses lors des débats de la Constituante sur l'organisation judiciaire ayant abouti à la loi des 16-24 août 1790 puis par celle-ci. Au cours de ces débats, la conciliation « a été présentée comme la « pierre de touche » qui allait permettre de « déjudiciariser » de nombreux conflits »[66]. Cette loi a instauré notamment en son titre III, les bureaux de paix[67] animés par les juges de paix qui avaient en vertu du titre X de la loi, compétence pour concilier les parties dans les affaires qui excédaient leur compétence. Cette tentative de conciliation était obligatoire et était une condition de la saisine des tribunaux de district[68]. Ceci témoignait de l'importance qui était accordée à la conciliation par les pères de la Révolution. Celle-ci résulte clairement du fait que la conciliation soit inscrite dans la Constitution de 1791[69], rappelée dans la Constitution de l'an III[70], puis réitérée très explicitement dans la Constitution de l'an VIII[71]. Du reste, cet état d'esprit favorable dont bénéficiait à cette époque la conciliation, avait été décrite par Balzac à travers le personnage du « bon juge *Clousier* » dans *Le Curé du village* qui avait l'estime des

---

[63] Emmanuel Bouquet, *op. cit*. p. 145 aussi J. FLOUR, « sur une notion nouvelle de l'authenticité », *Défrénois* 1972, art. 30159, p. 977

[64] POUMAREDE J., « La conciliation, la mal aimée des juges », *Les Cahiers de la justice*, n° 1, 2013

[65] *Id.*

[66] *Ibid.*

[67] V. sur la justice de paix, G. Métairie, *Le monde des juges de paix de Paris (1790-1838)*, Paris, éd. Loysel, 1994 ; *La justice de proximité, une approche historique*, Paris, PUF-Léviathan, 2004, p. 108 à 121

[68] V. sur les débats sur la révolution judiciaire, J. Krynen, *L'état de justice France, XIIIe –XX siècle II, L'emprise contemporaine des juges*, Paris, NRF-éd. Gallimard, 2011, p. 23 à 29 ; J.-P. Royer, *L'histoire de la justice du XVIIIe à nos jours*, Paris, PUF, 2010, 4e éd., p. 260 à 270

[69] Ch. V, art. 6

[70] Article 215

[71] Art. 60 : « *Chaque arrondissement communal a un ou plusieurs juges de paix, « élus immédiatement par les citoyens pour trois années.- Leur principale fonction consiste à concilier les parties, qu'ils invitent dans le cas de non-conciliation à se faire juger par des arbitres* ».

villageois du fait du « *désintéressement paternel avec lequel il accordait leurs différends et leur donnait ses conseils dans leurs moindres affaires* »[72].

La règle de la tentative préalable de conciliation a été reprise par le code de procédure civile de 1807. Celui-ci précise en son article 48 : « *aucune demande introductive d'instance ne sera reçue dans les tribunaux de première instance que le défendeur ou les parties d'un commun accord n'aient été préalablement appelées en conciliation devant le juge de paix* ». Toutefois, cette disposition trahit une certaine désaffection de la conciliation déjà ambiante lors des débats ayant précédé le vote du code de procédure civile. Ainsi, bon nombre d'orateurs ainsi que certains membres aussi bien du Tribunat que du Corps législatif réclamaient la suppression de la conciliation qu'ils présentaient comme une « vaine formalité »[73].

Aussi, suite à la reconstitution du corps judiciaire qui a vu la suppression des juges de paix, les juges professionnels pour qui, l'office du juge devrait être centré sur sa mission de juger et son *impérium*, considéraient-ils la laborieuse recherche d'une conciliation comme une perte de temps. Cette désaffection s'observait également en doctrine. Pierre Boncenne écrivait : « *la jurisprudence ne la favorise guère. (…). Cette indifférence a achevé de décolorer la conciliation ; elle n'est plus, à vrai dire, qu'une de ces idées qui, n'étant ni entièrement rejetées, ni entièrement adoptées, restent dans la circulation sans tirer à conséquence* »[74]. Même son de cloche de Curasson qui, après avoir fait observer la nécessité d'une juste appréciation des droits des parties que commande la conciliation, et que : « *la conciliation exige autant et même plus de lumières que le jugement de la plupart des contestations soumises aux juges de paix* », s'interrogea sur la capacité des juges de paix à exercer le ministère de la conciliation, du fait de leur manque de qualification[75]. Ce déclin de la conciliation se traduisait aussi dans les chiffres. Ainsi, « *alors que le volume général du contentieux porté devant les tribunaux de première instance n'a cessé de croître, le nombre des saisines de l'article 48, pourtant obligatoire, s'est effondré et, qui plus est, le pourcentage de réussite est tombé de moitié* »[76].

[72] H. de Balzac, *Œuvres complètes*, Paris, Gallimard, coll. La Pléïade, t. IX, p. 812
[73] POUMAREDE J., « La conciliation, la mal aimée des juges », *précit.*
[74] P. Boncenne, *Théorie de la procédure civile*, 1828 ; V. aussi sur la désaffection de la conciliation en doctrine, P. Templier, *De la tentative de la conciliation*, Thèse droit, Paris 1898, conclusion, p. 311-317 ; E. Weber, *La fin des terroirs*, Paris, Fayard, 1983, p. 85-107
[75] Curasson, Traité de compétence des juges de paix, 1838, introduction, p. XII
[76] POUMAREDE J., « La conciliation, la mal aimée des juges », *précit.* et plus généralement sur ces chiffres

C'est dans ce contexte de désaffection généralisée, que la grande conciliation, c'est-à-dire, la conciliation obligatoire avait été supprimée par la loi du 9 février 1949[77]. Quant à la petite conciliation qui fût instaurée par les lois de 1838 et de 1855, elle avait été maintenue, mais avait été confiée aux tribunaux d'instance par la réforme judiciaire de 1958 qui consacra la suppression des juges de paix[78].

Le législateur a tenté de corriger ce climat de désaffection dont la conciliation était l'objet. C'est le sens de l'attribution de la force exécutoire au procès-verbal de conciliation par le code de procédure civile de 1975. Ainsi, celui-ci, après avoir prévu qu' « *il entre dans la mission du juge de concilier les parties* »[79], que « *les parties peuvent se concilier d'elles-mêmes ou à l'initiative du juge tout au long de l'instance* », précise que : « *des extraits du procès-verbal dressé par le juge peuvent être délivrés. Ils valent titre exécutoire* »[80].

L'attribution de la force exécutoire au procès-verbal de conciliation fût accompagnée par la création des « conciliateurs » dont le cadre statutaire a été précisé par le décret du 20 mars 1978. Ceux-ci étaient nommés par le premier président de la cour d'appel pour un an renouvelable et ne devaient exercer ni d'activité judiciaire à titre professionnel, ni justifier d'un mandat électif. Leur mission était exercée à titre bénévole et leur compétence se limitait aux petites affaires qui ressortissent normalement à la compétence du tribunal d'instance[81]. Cependant, ces différentes mesures n'ont pas suffi à redorer le blason de la conciliation auprès des justiciables pas plus que des magistrats[82]. La doctrine quant à elle, n'a pas montré un trop grand engouement[83].

Quoiqu'il en soit, il s'infère de cette évolution historique que le procès-verbal de conciliation exécutoire a été imaginé comme un instrument visant à doper la pratique de la conciliation en accordant à l'accord qui en est issu une force exécutoire. C'est aussi à cette même politique que les accords exécutoires doivent leur existence comme le montrera l'évolution historique ayant conduit à leur création.

---

[77] *J.O*., 1949, 10 févr. 1949, p. 1499 ; V. aussi pour une critique de cette loi P. Hébraud, « Commentaire de la loi du 9 février 1949 », *Dalloz*, 1949, Législation, p. 29

[78] F. Banat-Berger, « La réforme de 1958, la suppression des justices de paix », J.-G. Petit (dir.), *Une justice de proximité : la justice de paix 1790-1858*, Paris, PUF-Droit et justices, 2003, p. 225-247

[79] Section VIII, art. 21

[80] Art. 127 à 131

[81] POUMAREDE J., « La conciliation, la mal aimée des juges », *précit.*

[82] V. sur les diverses réactions à la création des « conciliateur » CREDOC, *Le rôle du conciliateur et ses relations avec la justice*, 1981, rapport dactylographié, 115 p. et p. 87 à 102

[83] G. Bolard, « De la déception à l'espoir : la conciliation », in *Mél.* P. Hébraud, Toulouse, Univ. Sc. Sociales de Toulouse, 1981, p. 46-57 ; Desdevises Y., « La conciliation dans le nouveau code », *D.* 1981, *chron*., p. 241 ; ; P. Estoup, « Etudes et pratique de la conciliation », *D.* 1986, p. 161

19. Les accords exécutoires dans l'histoire.- Les années 90 virent s'ouvrir une période faste pour la conciliation pour laquelle il y eut un regain d'intérêt certain. Il y eut d'abord le décret du 25 février 1993 qui posa le principe d'une exigence d'une expérience juridique de trois ans pour les conciliateurs[84]. Vint ensuite la loi du 8 février 1995 relative à l'organisation judicaire suivie de ses décrets d'application qui contribuèrent à améliorer, renforcer la mission de conciliation. Ainsi en est-il du décret 22 juillet 1996 qui posa le principe de la possibilité pour le juge de déléguer sa mission de conciliation à un conciliateur[85]. Le décret de n° 1996-1091 conféra au conciliateur quelques mois plus tard, le statut d'auxiliaire de justice. Dorénavant ceux-ci sont désignés sous le vocable d' « *auxiliaire de justice* »[86].

Par ailleurs, ces réformes ont consacré la pratique de la médiation en introduisant dans le code de procédure civile les articles 131-1 à 131-10. Ceux-ci autorisaient le juge à désigner des médiateurs tierce personne[87]. Cette conjoncture favorable aux modes alternatifs de règlement des conflits a été accélérée par des rapports issus de groupes de travail successifs. Le premier est celui rédigé par le groupe de travail conduit par le recteur Guinchard à la demande de Madame Rachida Dati, Garde des sceaux. Ce rapport[88] de 65 propositions va dans un sens favorable aux modes alternatifs de règlement des litiges, puisqu'il préconise l'ouverture de la « *porte du procès civil aux conciliateurs comme aux médiateurs mais sous la responsabilité et le contrôle des magistrats professionnels* »[89]. Vinrent ensuite les deux rapports Magendie. Le premier a porté sur la médiation et a été rédigé par un groupe de travail à la demande de M. Jean-Claude Magendie, premier président de la cour d'appel[90]. Le second a quant à lui porté sur les conciliateurs de justice. Celui-ci est issu d'un groupe de travail constitué à l'initiative de

[84] D. n° 93-250
[85] D. 96-652
[86] V. en ce sens M. Olivier, « La conciliation et la médiation judiciaire en matière civile (aspects anciens et actuels) », *Gaz. Pal.*, 19 oct. 1996, p. 1257-1261
[87] Article 131-1 : « le juge saisi d'un litige peut, après avoir recueilli l'accord des parties, désigner une tierce personne afin d'entendre les parties et de confronter leurs points de vue pour leur permettre de trouver une solution au conflit qui les oppose (…) »
[88] Rapport Guinchard S., L'ambition raisonnée d'une justice apaisée , La documentation française
[89] POUMAREDE J., « La conciliation, la mal aimée des juges », *précit.*
[90] J.-Cl. Magendie, *Célérité et qualité de la justice. La médiation : une autre voie, Paris*, La documentation française, 100 p. qui propose entre autre mesure l'instauration du pouvoir pour le juge d'enjoindre aux parties de s'informer sur la médiation, laquelle injonction serait assortie d'une sanction en cas de défaut des parties. V. p. 74 « *la partie à l'instance qui refuse de s'informer sur la médiation lorsqu'elle est proposée par le magistrat ne pourra pas prétendre au bénéfice de cet article (ndlr : article 700)* » ou de de conférer au juge de la mise en l'état le pouvoir de conférer la force exécutoire à l'accord des parties issu d'une médiation

Jean-Claude Magendie, et de Jean-François Tony, directeur de l'Ecole nationale de la magistrature[91].

Ce contexte national favorable aux MARC est favorisé par un contexte international qui promeut fortement ces modes de règlement de conflits. Ainsi, au niveau international, il y a la loi type CNUDCI[92] sur la conciliation commerciale internationale de 2002 dont la CNUDCI recommande fortement aux Etats l'insertion dans les législations internes ainsi que les Principes ALI/Unidroit[93] de procédure civile transnationale[94]. En droit européen, après des avis et débats devant le Conseil européen, la directive 2008/52/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 mai 2008 sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale la directive a été adoptée. À l'instar de la loi type CNUDCI[95], cette directive présente la médiation comme une « *solution extrajudiciaire économique et rapide aux litiges en matière civile et commerciale* », et recommande l'acquisition par l'accord issu de la médiation de la force exécutoire *via* le mécanisme de l'homologation.

Cette conjoncture favorable aux MARC a conduit successivement au décret du 1re octobre 2010 relatif à la conciliation et à la procédure orale[96] puis à l'ordonnance du 16 novembre 2011[97] de transposition de la directive 2008/52/CE et son décret d'application signé le 20 janvier 2012[98]. Le décret du 1er octobre 2010 a étendu le champ d'intervention des « conciliateurs de justice » du préliminaire de conciliation de la première instance à toute la procédure. L'ordonnance de transposition du 16 novembre 2011 a quant à elle, créée conformément aux recommandations

---

[91] J.-Cl. Magendie et J.-F., *Célérité et qualité de la justice : les conciliateurs de la justice*, Paris, La documentation française, 2008, 130 p.

[92] Commission des Nations Unies pour le Droit Commercial International, UNCITRAL en anglais, a été mise sur pied par la résolution 2205 du 17 décembre 1966 de l'Assemblée générale des Nations Unies ayant pour objectif d'encourager la modernisation et l'harmonisation du droit du commerce international en proposant aux Etats des instruments dont elle encourage l'adoption. Son champ d'intervention s'étend sur plusieurs matières parmi lesquelles figure en première ligne le règlement des différends. V. en ce sens http://www.unicitral.org/pdf/french/texts/general/06-58165_Ebook.pdf spéc. Guide CNUDCI, l'essentiel sur la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international, Vienne, 2007

[93] Les principes ALI/Unidroit ont été élaborés par une commission paritaire composées de membres d'Unidroit, organisation intergouvernemental indépendante basée à Rome et regroupant au jour d'aujourd'hui 63 Etats et ayant pour mission d'étudier « des moyens et des en vue de moderniser harmoniser et coordonner le droit privé-en particulier le droit commercial- entre des Etats ou des groupes d'Etats et, à cette fin, d'élaborer des instruments de droit uniforme, des principes et des règles » (V. www. Unidroit.org/dynastie.cfm ?dsmid=103293) et l'American Law Institute.

[94] V. infra, n° 318, p. 223

[95] V. infra, n° 318, p. 223

[96] *JORF*, n° 0230, 3 octobre 2010, p. 17986 ; N. Gerba, « Premières vues sur le décret du 1er octobre 2010 », *Gaz. Pal.*, 10-12 oct. 2001, p. 17-20

[97] *JORF*, 17 nov. 2011, p. 19286 et s. Ordonnance n° 2011-1540 du 16 nov. 2011 ; V. B. Gorchs-Gelzer, « Regard critique sur l'ordonnance n° 2011-1540 transposant la directive médiation », *Dr. et proc*. 2012, n° 1, *chron*., p. 1-5

[98] *JORF*, 22 janv. 2012, p. 1280

de la directive médiation, les accords exécutoires en ajoutant un nouvel article 3-1 à la loi n° 91-650 du 9 juillet 1991. Le décret 20 janvier 2012 a créé dans le code de procédure civile un livre V intitulé « La résolution amiable des différents ». Les accords éligibles à l'acquisition de la force exécutoire y ont été déclinés. Il s'agit des accords issus de la médiation judiciaire ou conventionnelle, de la conciliation judiciaire ou conventionnelle menée par un conciliateur de justice, de ceux sanctionnant une « procédure participative », puis des transactions exécutoires[99].

Ainsi, comme ce fût le cas pour le procès-verbal de conciliation exécutoire, les accords exécutoires ont été imaginés comme des instruments visant à doper la pratique des règlements extrajudiciaires des conflits s'inscrivant dans un « *mouvement européen, voire mondial, visant à une économie de la justice par une déjudiciarisation que le juge doit accompagner* »[100]. En témoigne d'ailleurs l'actualité récente des MARC au niveau tant interne qu'européen.

Au niveau interne, deux textes ont été pris ces derniers mois, qui confirment la politique de déjudiciarisation des pouvoirs publics. Il y a eu d'abord, le tout récent décret n° 2015-282 du 11 mars 2015 relatif à la simplification de la procédure civile à la communication électronique et à la résolution amiable des différends[101]. Ce décret impose que l'acte introductif d'instance[102] mentionne, **«** sauf justification d'un motif légitime tenant à l'urgence ou à la matière considérée, en particulier lorsqu'elle intéresse l'ordre public », les diligences entreprises afin de parvenir à un règlement amiable du litige. Mais force est de remarquer que cette obligation n'est assortie d'aucune sanction. Tout au plus est-il laissé au juge, en cas de d'inobservation de cette formalité, la faculté de proposer aux parties une mesure de conciliation ou de médiation[103]. L'incitation du juge à accompagner la politique de déjudiciarisation apparaît on ne peut plus clairement dans ce texte. Le deuxième texte est l'ordonnance n° 2015-1033 du 20 août 2015 relative au règlement extrajudiciaire des litiges de consommation transposant la directive

[99] V. déjà sur les transactions exécutoires V. déjà l'article 3 de la loi de n° 91-650 du 9 juillet 1991
[100] S. Amrani-Mekki, « Les nouveaux titres exécutoires : les accords amiables homologués », *précit*.
[101] JORF n°0062 du 14 mars 2015 page 4851 ; V. l'article 20 dudit décret qui modifie le code de procédure civile ainsi qu'il suit : « Le livre Ier du même code est ainsi modifié :
I.-Le titre VI est intitulé : « La conciliation et la médiation ».
II.-Le chapitre Ier du titre VI est intitulé : « La conciliation ».
III.-Le titre VI bis devient le chapitre II, intitulé : « LA MEDIATION », du titre VI.
IV.-Les chapitres Ier, II et III du titre sixième ancien deviennent respectivement les sections I, II et III du chapitre Ier du titre VI (nouveau).
V.-Les articles 127 à 129 de la section I du chapitre Ier deviennent les articles 128 à 129-1.
VI.-Les articles 129-1 à 129-5 de la section II deviennent les articles 129-2 à 129-6 ».
[102] Article 56 in fine pour l'assignation et article 58 in fine pour la requête ou la déclaration. Il convient de préciser que le décret à insérer un dernier alinéa dans ce sens aussi bien dans l'article 56 que 58
[103] Article 127 du code de procédure civile inséré par le décret **n° 2015-282**

2013/11/UE et qui généralise le règlement extrajudiciaire des litiges de consommation à tous les secteurs d'activité et ceci *via* le mécanisme de la médiation[104]**.**

Au niveau européen, il y a eu le règlement (UE) n° 524/2013 du Parlement européen et du Conseil du 21 mai 2013 relatif au règlement en ligne des litiges de consommation et modifiant le règlement (CE) n° 2006/2004 et la directive 2013/11/UE du Parlement européen et du Conseil du 21 mai 2013 relative au règlement extrajudiciaire des litiges de consommation et modifiant le règlement (CE) n° 2006/2004 et la directive 2009/22/CE dont la transposition en droit français vient d'être réalisée.

20. Les titres délivrés par l'huissier de justice dans l'histoire.- Ce titre exécutoire a été institué pour la première fois par la loi n° 72-10 du 3 janvier 1972 relative à la prévention et à la répression des infractions en matière de chèques[105]. Avant cette loi, ce titre prenait exclusivement la forme d'un protêt exécutoire. La modification de ce titre a été opérée par la loi du 11 juillet 1985. Celle-ci a, tenant compte des coûts générés par la procédure du protêt ainsi que lourdeur de la procédure, créé la procédure du certificat de non-paiement. En vérité, cette procédure a été créé en prévision de la dépénalisation du délit de chèque sans provision et en substitut de celui-ci[106] dont la consécration est intervenue par la loi n° 91-1382 du 30 décembre 1991 relative à la sécurité des chèques et des cartes de paiement[107].

---

[104] V. **Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2015-1033 du 20 août 2015 relative au règlement extrajudiciaire des litiges de consommation, JORF** n°0192 du 21 août 2015 page 14719 ; cette ordonnance a notamment modifié le livre I du code de la consommation en y insérant un titre V intitulé : « MÉDIATION DES LITIGES DE LA CONSOMMATION » dont l'art. L. 152-1 du chapitre II dispose : « tout consommateur a le droit de recourir gratuitement à un médiateur de la consommation en vue de la résolution amiable du litige qui l'oppose à un professionnel. A cet effet, le professionnel garantit au consommateur le recours effectif à un dispositif de médiation de la consommation.
« Le professionnel peut mettre en place son propre dispositif de médiation de la consommation ou proposer au consommateur le recours à tout autre médiateur de la consommation répondant aux exigences du présent titre.
« Lorsqu'il existe un médiateur de la consommation dont la compétence s'étend à l'ensemble des entreprises d'un domaine d'activité économique dont il relève, le professionnel permet toujours au consommateur d'y recourir (…) ».

[105] V. l'article 57-1 de la loi n° 72-10 du 3 janvier 1972

[106] V. en ce sens, R. Perrot et Ph. Théry, *op. cit*. n° 154, p. 166-167 précisant que : « le souci de dépénaliser l'émission des chèques sans provision, devait conduire le législateur à organiser des sanctions civiles plus énergiques : parmi celles-ci figure la possibilité offerte au porteur d'un chèque impayé pour défaut de provision d'obtenir rapidement un titre exécutoire délivré par un huissier de justice (…) »

[107] Secrétariat général Direction des Moyens de paiement scripturaux et des Systèmes d'échange, *Deux ans d'application de la loi relative à la sécurité des chèques et des cartes de paiement appréciés à travers l'activité des fichiersdelabanquede france — fcc et fnci*. Etudes générales, Bulletin de la banque de France, 3e trimestre 1994- supplément « Etudes », p. 73

2- Les interrogations

21. Quels sont les fondements des actes juridiques privés exécutoires ? Sont-ils conformes au principe de la hiérarchie des normes ?.- Au résultat, entre l'acte notarié exécutoire qui ne doit son existence qu'aux hasards de l'histoire, le procès-verbal exécutoire et les accords exécutoires, à la politique de promotion des MARC, au titres exécutoires établis par l'huissier de justice, aux besoins de création de sanctions –civiles- en substitution à la dépénalisation du chèque sans provision et par ailleurs à la promotion des MARC, il y a bien lieu de s'interroger sur les fondements de ces titres exécutoires. Quels sont-ils ? Sont-ils conformes à la hiérarchie des normes ? Autrement dit, les sciences juridiques et finalement l'idéal de justice que celles-ci poursuivent peuvent-elles s'en accommoder ?

B- Les questionnements liés au régime juridique des actes juridiques privés

22. L'incompatibilité du régime libéral des actes juridiques privés avec les graves effets d'un titre exécutoire.- Les actes juridiques privés sont le règne de la liberté contractuelle. Il s'agit donc d'actes établis sur la seule base de la volonté des parties. Or il est aujourd'hui acquis que les parties à un contrat peuvent se retrouver en situation d'inégalité. Aussi, les actes juridiques privés sont-ils, notamment en ce qui concerne les accords bilatéraux, c'est-à-dire les contrats, soumis au régime de l'action en annulation pour vice de consentement. La question se pose alors de savoir si l'office du juge qui accorde force exécutoire à ces actes ou celui du notaire qui reçoit l'accord des parties est susceptible de purger ceux-ci de leurs éventuels vices et donc de leur éviter une annulation postérieurement à leurs établissements (1) ou de résorber le problème d'une éventuelle inégalité des parties (2) ? L'hypothèse d'une réponse négative interprétée à la lumière du rôle joué par l'Etat dans l'exécution forcée permet de nourrir de sérieuses appréhensions quant à la pertinence de ce mécanisme.

1- L'annulation a *postériori* de l'acte juridique privé exécutoire interprétée à la lumière du rôle de l'Etat dans l'exécution forcée

23. Le risque d'une caution de l'Etat pour l'exécution d'obligations postérieurement annulables.- Le titre exécutoire est défini comme « *un acte délivré au nom du souverain qui donne pouvoir à son titulaire de procéder à l'exécution forcée du droit qu'il constate* »[108]. Ceci revient à dire que la République apporte sa caution et son assistance à une exécution forcée à l'encontre d'un de ses citoyens. De sorte que dans l'hypothèse d'une annulation a postériori

[108] R. PERROT et Ph. THERY, Procédures civiles d'exécution, *op. cit*.

d'un acte juridique privé exécutoire, l'Etat aurait donc apporté son aval et son assistance pour l'exécution d'obligations faussement établies ! Un pareil désordre est-il sérieusement envisageable dans un Etat de droit qui se veut l'incarnation de l'ordre ? La même question peut se poser au sujet d'une hypothèse d'un acte établi dans des conditions d'inégalité entre les parties.

2- L'hypothèse d'un acte juridique établi dans des conditions inégalitaires interprétée à la lumière du rôle de l'Etat dans l'exécution forcée

24. Le risque d'une caution de l'Etat pour l'exécution d'obligations inégalement établies.- L'hypothèse de l'établissement d'un acte juridique privé dans des conditions inégalitaires n'étant pas une hypothèse d'école, loin s'en faut, il est permis de se demander s'il est normal que la caution et l'assistance de l'Etat soient apportées pour l'exécution d'un acte établi dans de pareilles conditions. Cette question est une porte d'entrée sur une autre tout aussi pertinente. Il s'agit de la question des conditions procédurales d'établissement de ces actes juridiques privés éligibles à l'acquisition de la force exécutoire.

C- Les questionnements liés aux procédures d'établissement des actes juridiques privés éligibles à l'acquisition de la force exécutoire

25. Des interrogations relatives à l'absence de garanties de procédure lors de l'établissement des actes privés éligibles à l'acquisition de la force exécutoire.- Le processus d'élaboration de la quasi-totalité des actes juridiques privés qui sont éligibles à l'acquisition de la force exécutoire enregistre l'intervention d'un tiers, ce dernier pouvant être un juge étatique ou alors un tiers qui est substitué à ce dernier. Si la question des conditions d'intervention du juge étatique, propres à assurer un déroulement équitable de la procédure ne se pose guère, car déjà réglée par les règles du procès équitable, celle-ci demeure en revanche entièrement posée quant à l'intervention du tiers qui lui est substitué. Ainsi en est-il de la procédure notariée de réception d'un accord, de la procédure de règlement amiable d'un différend ou de celle de l'établissement par huissier de justice d'un titre exécutoire en cas de non-paiement d'un chèque et maintenant de celle d'établissement par l'huissier de justice d'un titre exécutoire en matière de petites créances contractuelles. Ces procédures sont caractérisées par l'absence d'un corps de règles susceptibles de garantir le caractère équitable de ces procédures. Or il est communément admis que « *si une procédure juste ne prémunit pas de jugements ou de conventions injustes, il y a peu de chance, en revanche, qu'une procédure*

injuste conduise à de justes jugements ou à de justes contrats »[109] et donc que « *l'important n'est pas la solution, mais la procédure qui y mène* »[110].

C'est d'ailleurs en cela que tous les arguments visant à justifier le mécanisme de création de ces actes juridiques privés exécutoires et se fondant sur certains principes de la théorie générale des obligations peuvent être considérés comme accusant de sérieuses limites. Tel est le cas du principe de la liberté contractuelle. Ainsi a-t-il pu être soutenu s'agissant de l'acte notarié exécutoire que celui-ci est fondé sur le consensus exécutoire des parties ou que « *le titre exécutoire est dressé par les parties elles-mêmes qui y ont contribué et y ont consenti* »[111]. Par ailleurs, de pareilles justifications admettent d'autres limites qui tiennent aux récentes évolutions du droit contractuel qui tendent à soustraire celui-ci de l'unique emprise de la volonté des parties pour en faire non plus un outil statique, ligoté et enchainé par la seule volonté des parties, mais plutôt un outil dynamique placé dans un ensemble macroéconomique.

Cette absence d'exigence d'équité dans la conduite des procédures qui débouchent sur les actes juridiques privés auxquels est attribuée la force exécutoire pose évidemment un sérieux problème aux regards de certaines exigences de droits fondamentaux procéduraux. Ces exigences ne sont rien d'autres que celles requises dans le cadre du droit au procès équitable. Car « *nul doute en effet que les principes fondamentaux du nouveau droit processuel, parce qu'ils sont l'émanation des libertés publiques élémentaires n'aient vocation, dans une démocratie, à régir toutes les procédures qui peuvent faire grief aux citoyens, qu'elles se développent ou non dans un cadre processuel* »[112]. De sorte que la circonstance d'une absence de procès caractérisant l'établissement des actes juridiques privés en cause ne saurait constituer une justification valable de l'inobservation desdites garanties de procédure.

26. La non-exigence de garantie de procédure posant problème quant à la légitimité des mesures d'exécution forcées fondées sur ces titres.- Par ailleurs, la non-exigence du respect de droits fondamentaux procéduraux dans la procédure d'établissement des actes juridiques privés n'est-il pas en soi une porte ouverte vers la violation d'autres droits fondamentaux, cette-fois-ci substantiels ? Car un titre exécutoire a vocation à fonder des

[109] L. CADIET, « Procès équitable et modes alternatifs de règlement des conflits », *précit*.., n° 20, p. 103
[110] S. Amrani-Mékki, « La déjudiciarisation », *Gaz. Pal*., 05 juin 2008, n° 157, P. 2
[111] *Id.* ; V. aussi J. WILLOCX, « L'intervention du notaire dans le cadre de la juridiction non contentieuse (volontaire) », in congrès de l'Union Internationale du notariat latin, Rapports officiels, Thème I, Carthagène, édition Socaprès Perpignan, p. 77 à 83 ;
[112] CROZE H. « Au-delà du droit processuel : pour une théorie juridique de la décision », in *Mélanges NORMAND J*., Litec, 2003, p. 125

mesures d'exécution. Or la légitimité de telles mesures pourrait être sujette à caution dans la mesure où les conditions d'établissement du titre y conduisant ne semblent pas correspondre aux canons internationalement reconnus en termes de garanties de procédures. D'autant que les informations sur les éléments relevant de la vie privée du « débiteur désigné » données à l'huissier de justice instrumentaire dans le cadre d'une saisie ainsi que la quasi-totalité des éléments du patrimoine de ce dernier qui sont susceptibles de faire l'objet d'une mesure de saisie, relève des catégories de droit fondamental. Ainsi en est-il du droit de propriété par exemple ou encore du droit à la vie privée.

27. La pertinence de question d'absence de garanties de procédures corroborée par l'actualité des MARC.- Quoiqu'il en soit, la pertinence de la question de l'absence d'exigence d'équité, donc de garanties procédurales dans les procédures conduisant aux actes juridiques privés éligibles à l'acquisition de la force exécutoire, vient d'être corroborée par de récents textes législatifs. Ceux-ci viennent en effet d'introduire l'exigence d'équité dans les procédures de médiation s'agissant les litiges de consommation. Il s'agit en droit européen du règlement (UE) n° 524/2013 du Parlement européen et du Conseil du 21 mai 2013 relatif au règlement en ligne des litiges de consommation et modifiant le règlement (CE) n° 2006/2004 et la directive 2013/11/UE du Parlement européen et du Conseil du 21 mai 2013 relative au règlement extrajudiciaire des litiges de consommation et modifiant le règlement (CE) n° 2006/2004 et la directive 2009/22/CE. En droit interne français, il s'agit de **l'ordonnance n° 2015-1033 du 20 août 2015 relative au règlement extrajudiciaire des litiges de consommation transposant la directive** 2013/11/UE.

Ces textes imposent clairement un déroulement équitable de la procédure de médiation. Il s'agit sans conteste d'une évolution qui mérite d'être saluée. Pour autant, celle-ci ne remet pas en cause la pertinence de la question de l'absence d'exigence d'équité dans les procédures conduisant à l'établissement des actes fondamentaux éligibles à l'acquisition de la force exécutoire. Et pour cause, d'une part cette exigence ne concerne que la seule procédure de médiation, qui plus est, uniquement en matière de litiges de consommation ; d'autre part, il ne suffit pas d'exiger qu'une procédure soit équitable pour que celle-ci le soit, l'équité n'étant pas en soi une règle de droit mais plutôt un principe de justice transcendantale, encore faudrait-il que celle-ci soit effectivement mise en œuvre à travers des règles de droit concrètes. En ce sens, le prochain décret d'application de l'ordonnance n° 2015-1033 du 20 août 2015 relative au règlement extrajudiciaire des litiges de consommation à un défi à relever. Va-t-il décliner des principes directeurs visant à mettre en œuvre l'équité exigée ? Attendons de voir.

Cette appréhension est d'autant légitime que la mise en œuvre des actes juridiques privés exécutoires semble également poser problème au regard des mêmes principes du droit à un procès équitable ci-dessus évoqués.

D- Les questionnements liés aux conditions de mise en œuvre des actes juridiques privés exécutoires

28. Des conditions de mise en œuvre posant problème au regard du droit au juge et des droits de la défense.- Le propre des actes juridiques privés exécutoires est que les contestations sur les obligations qu'ils constatent ne peuvent naître qu'après leurs établissements, puisque par principe les parties auraient manifesté un accord -quelque fût la valeur de celui-ci- lors de son établissement. C'est ainsi par exemple que des contestations peuvent naître lors de l'exécution de l'acte. Le débiteur peut par exemple justifier de moyens fondés en droit pour contester la validité de l'acte ou d'une exception d'inexécution pour retenir sa propre obligation. Dans tous ces cas, il s'avère qu'aucun recours ne lui est ouvert pour lui permettre de se faire entendre par un juge avant la mise en œuvre de l'acte du fait de son caractère exécutoire et de ce que celui-ci n'admet aucun sursis d'exécution contrairement aux autres titres exécutoires. Ceci n'emporte-t-il pas une violation au droit au juge du débiteur ? N'y-a-t-il pas là une violation du sacro-saint principe du contradictoire qui semble acquérir à la lecture de certaines décisions de la Cour de cassation et de certaines dispositions légales, une application universelle par-delà le stricte cadre processuel ? Quid du respect des droits de la défense du débiteur désigné dans le titre ?

29. Des conditions de mise en œuvre posant problème au regard de l'égalité des créanciers.- Par ailleurs, ce régime dérogatoire de l'acte juridique privé exécutoire par rapport aux autres titres exécutoires qui, contrairement à celui-ci peuvent dans certains cas être frappés d'un sursis d'exécution ne pose-t-il pas problème au regard du principe d'égalité des créanciers devant la loi ?

Tous ces questionnements sont loin d'être dénués d'intérêts. En témoigne la double attitude du législateur et de la jurisprudence qui elle-même suscite d'autres questionnements.

E- Les questionnements liés à la double attitude jurisprudentielle et législative

30. La dévaluation de l'acte privé exécutoire : une solution incomplète et inadéquate ?- Certaines règles légales ainsi que certaines décisions jurisprudentielles sont de nature à traduire une prise de conscience aussi bien du législateur que de la jurisprudence de ces quelques questionnements que suscite la force exécutoire des actes juridiques privés. Il peut être évoqué à tout hasard et à titre illustratif l'interdiction légale de fonder une mesure d'expulsion sur un bail notarié exécutoire ou encore l'arrêt de revirement de la Cour de cassation du 18 juin 2009 sur l'extension de la compétence du *Jex* pour connaître des questions de validité d'un acte notarié.

Aussi, ces solutions qui emportent à n'en point douter une certaine dévaluation des actes juridiques privés exécutoires traduisent à la fois, aussi bien un certain malaise du législateur que de la jurisprudence face au mécanisme d'attribution de la force exécutoire aux actes juridiques privés qu'une volonté de résorber les insuffisances de ces titres auxquelles renvoient tous ces questionnements. C'est dans ce sens qu'abonde un auteur lorsqu'il affirme : « *o*n sait que le législateur et la jurisprudence ont reculé devant certaines conséquences ultimes de cette conception et qu'en particulier on n'expulse que sur le fondement d'un jugement et qu'il ne suffit pas d'un bail notarié, ni même d'une transaction exécutoire ». Mais à l'examen, cette double réponse légale et jurisprudentielle suscite des interrogations. Ainsi, est-il permis de s'interroger sur sa complétude ainsi que son caractère adéquat.

31. Question centrale de thèse.- En résumé, il convient de se demander si les conditions d'établissement et de mise en œuvre des actes juridiques privés exécutoires sont satisfaisantes au regard, d'une part des critères de définition et des effets du titre exécutoire et d'autre part de l'exigence du respect des droits fondamentaux aussi bien procéduraux que substantiels ? Si non, existe-t-il un remède légal et/ou jurisprudentiel à cette insuffisance ? Celui-ci le cas échéant, est-il satisfaisant ?

Sous-section II : L'intérêt de l'étude

32. Un double intérêt.- Cette étude présente un intérêt théorique (A) et pratique (B) dont l'exposé précédera sa démarche (C).

A- L'intérêt théorique

33. Une question évoquée mais non traitée.- Cette question centrale à laquelle la présente étude se propose d'apporter une réponse et qui au fond se résume à celle de la pertinence du mécanisme d'attribution de la force exécutoire à un acte juridique privé et à la pertinence de la double attitude légale et jurisprudentielle, n'a été que très peu évoquée en doctrine. C'est le Professeur Croze qui le seul, s'est interrogé sur la pertinence de l'attribution de la force exécutoire à un acte juridique privé. Ce dernier écrivait : « Finalement la question centrale, souvent non évoquée, est celle du caractère exécutoire : est-il aujourd'hui logique, juste et nécessaire qu'un contrat, plus généralement un acte juridique privé soit d'emblée investi de la force exécutoire et permette donc le recours à la force publique, quelle que soit la qualité professionnelle de son rédacteur, sans aucun contrôle juridictionnel ? »[113], avant de conclure : « *nul doute que l'efficacité économique trouve son compte dans le caractère exécutoire du contrat authentique, mais c'est au prix des droits de la défense et du droit à un procès équ*

itable »[114].

Sur la pertinence de la double attitude légale et jurisprudentielle, le même auteur affirmait : « *on sait que le législateur et la jurisprudence ont reculé devant certaines conséquences ultimes de cette conception et qu'en particulier on n'expulse que sur le fondement d'un jugement et qu'il ne suffit pas d'un bail notarié, ni même d'une transaction exécutoire* »[115].

Mais cette question une fois ébauchée, n'a fait, ne serait-ce l'objet d'un début de réponse, encore moins d'une étude d'envergure. Toutefois, certains aspects des actes juridiques privés ont été abordés en doctrine.

34. L'évocation en doctrine de certains aspects des actes juridiques privés exécutoires.- Il s'agit notamment de : la question de la nature de l'accord homologué qui a été très discutée en doctrine allant jusqu'à mériter le qualificatif de « sexe des anges »[116] ; de la question de la nature de l'office du juge de l'homologation. À signaler que sur cette dernière question, certains auteurs ont estimé contrairement à un arrêt de la deuxième chambre civile

[113] H. CROZE, « De quelques confusions entre la force exécutoire et l'autorité de la chose jugée. Petite contribution au débat sur l'acte authentique et l'acte sous signature juridique », *La Semaine Juridique Edition Générale*, n°40, oct. 2008, act.581
[114] Id.
[115] *Loc.* cit.

[116] H. Croze et O. Frandin, « Transaction exécutoire », in B. Mallet-Bricout et C. Nourissat, *La transaction dans toutes ses dimensions*, Dalloz, coll. « Thèmes & commentaires », 2006, p. 95 et s

qui a posé le principe d'un contrôle formel[117], que celui-ci devrait plutôt s'entendre d'un contrôle substantiel[118] au regard de la définition du mot « homologuer » qui signifie « approuver » ; de la nature gracieuse ou non de la procédure d'homologation[119]. L'autre question qui a aussi été abordée en doctrine est celle du lien entre le caractère authentique d'un acte juridique privé plus précisément l'acte notarié et son caractère exécutoire. Celle-ci a bien souvent été abordée par la doctrine dans un seul sens à savoir celui d'une équivalence entre authenticité et force exécutoire[120] alors même que les arguments souvent évoqués par les auteurs ayant traité de la question restent très discutables.

35. La pertinence de la question centrale de thèse corroborée par des éléments de droit comparé.- Le fait que la question de la pertinence du mécanisme de l'attribution de la force exécutoire à un acte juridique privé n'ait fait couler beaucoup d'encre au sein de la doctrine, ni française, ni OHADA, n'en fait pas moins une question intéressante et pertinente. En témoigne toute la controverse à laquelle elle a pu donner lieu en droit comparé québécois, notamment sur le point de savoir s'il fallait reconnaître ou non la force exécutoire à l'acte notarié. Du reste le traitement auquel elle a donné lieu, à savoir la non-reconnaissance de la force exécutoire à l'acte notarié ainsi que les différents développements doctrinaux qu'elle a suscité en droit québécois, plus que jamais, lui confère un sens en droit français et en droit OHADA.

36. Intérêt résidant dans l'évocation d'une question plus ou moins ébauchée mais non traitée.- Tout l'intérêt de la présente étude consiste donc dans le fait qu'elle soulève une question dont la pertinence ne fait l'ombre d'aucun doute mais qui demeure non traitée en doctrine. Elle aura à tout le moins le mérite de susciter le débat sur une question importante à

---

[117] Cass. 2e civ., 26 mai 2011, n° 06-19.527, RTD civ. 2011, p. 559, obs. P.-Y. Gautier ; D. 2011, p. 2153, J.-M. Sommer et L. Leroy-Gissinger ; Dr. et Proc. 2011, p. 215, O. Salati ; JCP G 2011, I, n° 50, 1397, spécialement n° 6, obs. T. Clay

[118] S. AMRANI-MEKKI, « « Les nouveaux » titres exécutoires : les accords homologués, *Dr. et patr*. 2013 ; Y. Strickler et M. Foulon, « Accords exécutoires et force exécutoire en France », *Gaz. Pal*. 3 sept. 2013, p. 8 et s. ; H. Croze et O. Frandin, *Transaction exécutoire*, précit.

[119] A. Guillemain, « Réflexions sur la qualification de l'homologation judiciaire », *Gaz. Pal*. 22 mai 2012, n° 143, p. 12 et s. ; F. Marchadier, « L'attribution de la force exécutoire à la transaction extrajudiciaire après le décret du 20 janvier 2012 », *Gaz. Pal*. 8 déc. 2012, n° 343, p. 15 et s.

[120] Jean-Luc LEDOUX, « Acte notarié-Authenticité-Force exécutoire », in La force exécutoire de l'acte notarié, Rapport de la journée d'études du 12 mai 1990, Licence notariat, Faculté de Droit, Université Catholique de Louvain, p. 11 ; Entretien par Laurent AYNES, JCP G n° 42, 14 Octobre 2013, 1066 ; BEAULNE J. - « Problématiques spécifiques afférentes à la force exécutoire de l'acte notarié, in N. KASIRER et P. NOREAU (dir.), *Sources et instruments de justice en droit privé*, éd. Thémis, Montréal, 2002. , p. 459, ou encore J.-L. LEDOUX et K. BROECKX, « La force exécutoire de l'acte notarié » in *Le notaire, votre partenaire, aujourd'hui et demain*, Journées notariales 1992, Louvain-la-Neuve, Académia-Bruylant, 1992, p. 167 et s

laquelle elle apporte des réponses qui ne seront jamais que les siennes. C'est aussi au regard de celles-ci précisément, que la présente étude revêt un intérêt pratique.

B- L'intérêt pratique

37. La recherche de l'efficacité de l'accord des parties par l'inversion du contentieux : un retardement du procès.- La création de l'acte privé exécutoire répond à une logique de gain de temps et d'argent à travers la recherche d'une certaine d'efficacité de l'accord des parties, et *in fine* d'efficacité économique. Pour ce faire le législateur procède à une inversion du contentieux. Celle-ci consiste à consacrer le droit d'une partie dans un titre avant même que le juge n'ait été mis à même de connaître d'éventuels litiges susceptibles de naître de l'application du titre, quitte à ce que ce dernier soit saisi en cas de contestations. Cette inversion ne constitue à la vérité qu'un retardement du procès dans le temps.

38. La naissance de contestations : source de rallongement du temps de la procédure, donc de perte de temps et d'argent.- Dans l'hypothèse d'une naissance des contestations, le recours au juge devient possible. A ce titre, un auteur attirait l'attention, à propos du projet entretemps avancé de confier le divorce par consentement mutuel à un notaire, sur le fait qu' « *il est ainsi aisé de voir un effet pervers apparaître qui tendrait à retarder les conflits devant le juge, qui serait non pas celui des personnes mais celui du contrat. Il serait aussi à craindre une augmentation et une aggravation du contentieux post-divorce s'agissant de la situation des enfants qui n'aurait fait l'objet d'aucun contrôle* »[121].

Ainsi donc, ce retardement de conflit renferme l'effet pervers d'induire en vérité un rallongement du temps de la procédure et est susceptible de générer subséquemment des dépenses aussi bien à la charge de l'Etat[122] que des parties, toutes choses que l'inversion du contentieux a en réalité pour but d'éviter.

39. L'absence de garanties procédurales, facteur de multiplication de contestations post-création des actes juridiques privés exécutoires.- La non-exigence de garanties procédurales caractérisant l'établissement des actes auxquels s'attribue la force exécutoire est sans conteste un facteur de risque de multiplication des causes de contestations et donc de contentieux post-création des actes juridiques privés exécutoires. Par conséquent, il peut être

[121] M.-L. Bost, « Le point de vue du Barreau sur la réforme du divorce, Pourquoi il faut maintenir la procédure de divorce par consentement mutuel dans la sphère judiciaire », in http://www.avocats.fr/space/marie-laure.bost/contents/tag/d%C3%A9judiciarisation

[122] Tel est le cas d'une affaire dans laquelle l'un des plaideurs est bénéficiaire de l'aide juridictionnelle.

affirmé que les conditions actuelles d'établissement et de mise en œuvre des actes juridiques privés exécutoires ne paraissent pas de nature à permettre d'atteindre l'objectif de gain de temps et d'argent qui est au fondement de la création de ces titres exécutoires, pas plus qu'elles ne paraissent de nature à réaliser véritablement les conditions de l'efficacité juridique et économique qui justifie leur création.

40. Des solutions susceptibles d'induire une réduction drastiques des vices de création des actes juridiques privés exécutoires.- Tout l'intérêt de la présente étude d'un point de vue pratique consiste donc en ce qu'elle se propose de relever les insuffisances entourant les conditions de création et de mise en œuvre des actes juridiques privés exécutoires et de proposer un corps de règles susceptibles de résorber celles-ci. Les risques de vices de création des nouveaux actes juridiques privés exécutoires qui seront issus de l'application de ce nouveau corpus de règles se verront drastiquement réduits et partant, les contentieux post-création de ces titres. Ce faisant, cette étude permettra de donner plein effet au projet qui sous-tend la création de cette catégorie de titres exécutoires qui est la réalisation du développement économique par le droit.

41. Des solutions alliant objectif de développement économique et exigences de justice propres à l'Etat de droit.- Plus significatif encore, en proposant l'introduction dans les conditions de création et de mise en œuvre de ces titres, des garanties de procédure, la présente étude permettra que l'ambition de réalisation des conditions du développement économique qui sous-tend en réalité la création de cette catégorie de titre exécutoire se déroule sous le regard protecteur du droit et de la justice contrairement à ce qui s'observe actuellement.

C- Démarche

42. Une démarche en deux temps.- Il s'agira dans un premier temps, de confronter les règles régissant l'établissement et la mise en œuvre des actes juridiques privés exécutoires aux critères de définition du titre exécutoire. Ceci implique un exposé panoramique incluant aussi bien un exposé des attributs du modèle parfait du titre exécutoire et surtout les modes de création des différents titres exécutoires. Mais aussi, une comparaison de ce type de titres exécutoires aux autres titres exécutoires permettra de ressortir les particularités critiquables des actes juridiques privés exécutoires.

Dans un second temps, un accent sera mis sur la nécessité d'améliorer la qualité des actes juridiques privés exécutoires. La démonstration de cette nécessité d'amélioration s'appuiera

d'une part sur les risques potentiels de violation de droits fondamentaux que sont susceptibles d'induire cette catégorie de titres exécutoires et d'autres part sur l'absence de remède de fond à cette situation. En effet, sur ce dernier point, la double attitude jurisprudentielle et législative aux insuffisances des actes juridiques privés exécutoires sera exposée et sa pertinence évaluée. Cette évaluation révèlera notamment que « le législateur et la jurisprudence ont reculé devant certaines conséquences ultimes de cette conception »[123] et que cette reculade donne par ailleurs toute la mesure du caractère incohérent et inadéquat de cette double réponse.

43. **Annonce de plan.-** En résumé, la présente étude montrera que les actes juridiques privés exécutoires sont des titres exécutoires imparfaits (première partie) mais qui demeurent perfectibles (seconde partie).

[123] H. Croze, *loc. cit*.

PREMIERE PARTIE :

DES TITRES EXECUTOIRES IMPARFAITS

44. Les attributs exceptionnels du titre exécutoire -. Le titre exécutoire est le symbole par excellence de la justice. C'est en effet celui-ci qui permet à un sujet de droit d'espérer pouvoir consommer son droit lorsque les rapports de droit au départ souvent apaisés, deviennent avec le temps hélas conflictuels. En permettant à son « créancier désigné » d'exercer à l'encontre du « débiteur désigné » la contrainte publique, le titre exécutoire évite par là même le développement de la justice privée. Cet attribut exceptionnel fait du titre exécutoire un titre majeur dans l'ordonnancement juridique, titre dont la détention est facteur de sécurité juridique. Et la sécurité juridique que procure le titre exécutoire lui fait jouer un rôle majeur dans le développement économique d'une nation.

45. La création de nouveaux titres exécutoires-. Sans doute séduit par tous ces attributs du titre exécutoire, et dans leurs désirs souvent suscités par les contraintes politiques et leur élan de résorber les crises économiques répétées, les pouvoirs publics notamment le législateur a, ces dernières années complété non sans abus, la liste existante des titres exécutoires.

46. La mise en lumière des insuffisances de l'acte juridique privé exécutoire-. Ces nouveaux titres exécutoires présentent un caractère imparfait. Pour s'en convaincre, un panorama du titre exécutoire sera nécessaire. Ce panorama (titre premier) qui au fond consistera en une présentation des critères de définition ainsi que des effets d'un titre exécutoire, permettra en effet de ressortir les particularités critiquables de l'acte juridique privé exécutoire (titre II).

TITRE PREMIER :

PANORAMA DU TITRE EXECUTOIRE

47. Exposé dialectique des conditions d'acquisition de la force exécutoire-. Le titre exécutoire a ses spécificités propres. Ainsi, en est-il de ses éléments constitutifs. Parmi ceux-ci, l'acte dont les constatations acquièrent la force exécutoire revêt une importance particulière. Il s'agit en effet de ce qu'il convient d'appeler l'acte fondamental du titre exécutoire. Cet acte diffère selon la nature du titre exécutoire considéré. Le mécanisme d'attribution de la force exécutoire à cet acte fondamental devra être évalué pour chaque type de titre exécutoire au travers d'un exposé dialectique des autres éléments constitutifs du titre exécutoire. Surtout cette évaluation se fera en tenant compte de la valeur du titre exécutoire.

Cet exposé panoramique du titre exécutoire permettra par son caractère dialectique, d'apprécier au regard des attributs du titre exécutoire (chapitre I) les conditions raisonnables dans lesquelles un acte fondamental devrait acquérir la force exécutoire.

48. L'exposé du mécanisme de création des actes juridiques privés exécutoires-. Par ailleurs, l'exposé sur la création des titres exécutoires (chapitre II), donnera une idée précise de l'arsenal du droit français ainsi que du droit O.H.A.D.A en matière de tire exécutoire et surtout permettra d'isoler clairement les actes juridiques privés exécutoires ainsi que le mécanisme de leur création, condition nécessaire pour en ressortir les particularités.

CHAPITRE PREMIER :
Les attributs du titre exécutoire

49. Deux attributs essentiels, bases d'appréciation de la pertinence de l'établissement d'un titre exécutoire.- Ce qui distingue ou plus exactement devrait distinguer un titre exécutoire d'un simple acte, ce sont, outre ses éléments constitutifs, les avantages décisifs que procure sa détention. Les éléments constitutifs, à travers leur importance dénotent de la prudence qui devrait entourer en réalité la délivrance d'un pareil titre. Il conviendra donc d'examiner chacun de ses éléments constitutifs au regard de ses exigences et de ses implications propres pour pouvoir ensuite évaluer la pertinence de la création d'un titre exécutoire à l'aune des critères que requiert chacun de ces éléments. Quant aux avantages décisifs que confère à son détenteur le titre exécutoire, ils invitent à une grande circonspection dans la création d'un titre.

Cet ensemble de caractéristiques propres au titre exécutoire constitue en réalité la nature du titre exécutoire (section I), nature au regard de laquelle il convient d'évaluer la pertinence du processus d'attribution de la force exécutoire à un acte. Outre la nature du titre exécutoire, la question de la vérité attachée à un tel titre ou de celle que celui-ci exprime mérite d'être examinée. Il s'agit au fond de la valeur du titre exécutoire (section II). Elle constitue sans aucun doute une boussole appréciable dans l'évaluation de la pertinence du mécanisme d'acquisition par un acte fondamental de la force exécutoire.

SECTION I : LA NATURE DU TITRE EXECUTOIRE

50. Un examen du processus d'établissement de l'acte privé exécutoire à l'aune des éléments constitutifs du titre exécutoire.- Pourquoi faut-il étudier la nature du titre exécutoire ? Simplement parce que c'est à son aune que sera évaluée la pertinence de l'attribution de la force exécutoire à l'acte juridique privé. Or, la nature d'une chose s'entend de l'ensemble des caractères fondamentaux qui lui sont propres[124]. Et les caractères propres à une chose ne peuvent être connus sans une connaissance précise de ceux des différents éléments qui la constituent. Ainsi, l'identification d'un objet juridique impose de décomposer celui-ci en autant d'éléments simples le composant, parce que la connaissance des propriétés de chacun de ces éléments offrira une vision et une connaissance plus détaillées et plus abouties de l'objet juridique en cause.

[124] V. Dictionnaire Larousse 2012, p. 539

Par suite, l'examen de la conformité ou non des conditions d'établissement de l'acte juridique privé exécutoire aux critères de définition du titre exécutoire, se fera au travers de l'étude des éléments constitutifs de celui-ci (Sous-section I).

51. L'absence dans le processus d'établissement des actes privés exécutoires d'un certain rigorisme pourtant imposé par les avantages décisifs du titre exécutoire.- Par ailleurs, la détention d'un titre exécutoire confère à son titulaire des prérogatives exceptionnelles. Ces avantages décisifs (Sous-section II) au regard des contraintes qu'ils imposent au « débiteur désigné » du titre et des obligations qu'ils induisent à la charge de l'Etat inclinent à entourer le processus de création des titres exécutoires d'un rigorisme accru, élément manifestement absent dans le processus d'établissement des actes juridiques privés exécutoires.

Sous-section I : Les éléments constitutifs du titre exécutoire

52. L'acte fondamental, premier élément constitutif d'un titre exécutoire-. C'est à un acte fondamental qu'est accordée la force exécutoire. Il s'agit de l'acte qui constitue la source des obligations constatées dans le titre exécutoire. L'acte fondamental est le premier des éléments constitutifs d'un titre exécutoire. La liste des titres exécutoires révèle qu'il peut s'agir soit d'un acte soit d'une décision. Mais force est de constater que tous les actes fondamentaux n'ont pas vocation à acquérir la force exécutoire.

53. L'exigence de compatibilité du régime de l'acte fondamental d'un titre avec les exigences des autres éléments du titre exécutoire-. Chaque acte fondamental a son régime propre, lequel régime doit, dans la perspective de l'acquisition par celui-ci de la force exécutoire, être compatible avec les exigences d'un titre exécutoire telles qu'elles s'évincent de ses autres éléments constitutifs. C'est à cette seule condition que la pertinence de l'acquisition de la force exécutoire par un acte fondamental peut être proclamée.

54. Division-. La vérification de cette compatibilité nécessite la recherche de l'acte fondamental de chaque titre exécutoire (A) avant que la pertinence de celui-ci ne soit évaluée au regard des autres éléments constitutifs du titre (B).

A- La recherche de l'acte fondamental de chaque titre exécutoire

55. Les différents titres exécutoires.- L'article L. 111-3 du code des procédures civiles d'exécution français donne une liste limitative[125] des titres exécutoires :

1° Les décisions des juridictions de l'ordre judiciaire ou de l'ordre administratif lorsqu'elles ont force exécutoire, ainsi que les accords[126] auxquels ces juridictions ont conféré force exécutoire;

2° Les actes et les jugements étrangers ainsi que les sentences arbitrales déclarés exécutoires par une décision non susceptible d'un recours suspensif d'exécution;

3° Les extraits de procès-verbaux de conciliation signés par le juge et les parties;

4° Les actes notariés revêtus de la formule exécutoire;

5° Le titre délivré par l'huissier de justice en cas de non-paiement d'un chèque «ou en cas d'homologation de l'accord entre le créancier et le débiteur dans les conditions prévues à l'article 1244-4 du code civil»;

6° Les titres délivrés par les personnes morales de droit public qualifiés comme tels par la loi, ou les décisions auxquelles la loi attache les effets d'un jugement.

À cette liste, il faut ajouter : d'une part en ce qui concerne les départements alsaciens mosellans :

1° Les actes établis par un notaire de ces trois départements lorsqu'ils sont dressés au sujet d'une prétention ayant pour objet le paiement d'une somme d'argent déterminée ou la prestation d'une quantité déterminée d'autres choses fongibles ou de valeurs mobilières, et que le débiteur consent dans l'acte à l'exécution forcée immédiate;

2° Les ordonnances de taxe de frais. Une ordonnance de taxe de frais, apposée sur le jugement conforme à l'article 105 du code local de procédure civile, est susceptible d'exécution en vertu de l'expédition exécutoire de ce jugement. Une expédition exécutoire particulière pour l'ordonnance de taxe n'est pas nécessaire;

3° Les bordereaux de collocation exécutoires;

---

[125] V. en ce sens R. Perrot et Ph. Théry, *Procédures civiles d'exécution*, éd. Dalloz 2013, 3e éd., n° 131, p. 140

[126] V. G. COUCHEZ et D. LEBEAU, *Voies d'exécution* ; éd. Dalloz 2013, n° 85 bis, p. 56- 57 sur la modification du n° de l'article 3 de la loi du 9 juill. 1991 devenu l'article L. 111-3 du code des procédures civiles d'exécution suite à l'ordonnance n° 2011-1540 du 16 novembre 2011 portant transposition de la directive n° 2008/52/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 mai 2008 sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale. Dorénavant, le mot « transaction » y a fait place au mot « accords ».

4º Les actes de partage établis en application du titre VI de la loi du 1er juin 1924 mettant en vigueur la législation civile française dans les départements du Bas-Rhin, du Haut-Rhin et de la Moselle ;

5º Les contraintes émises par les caisses d'assurance-accidents agricole pour le recouvrement des cotisations arriérées ; et d'autre part, les titres exécutoires propres à l'Union européenne, les décisions des juridictions internationales pour lesquelles la France a ratifié les conventions qui les a créées –les arrêts de la CEDH, de la CJUE, de CIJ- et enfin l'état exécutoire délivré par le procureur de la République pour le recouvrement public des pensions alimentaires[127].

Quant à l'Acte Uniforme O.H.A.D.A[128] portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution[129], les titres exécutoires sont prévus en son articles 33 qui dispose : « constituent des titres exécutoires :

1- Les décisions juridictionnelles revêtues de la formule exécutoire et celles qui sont exécutoires sur minute ;
2- Les actes et décisions juridictionnelles étrangers ainsi que les sentences arbitrales déclarées exécutoires par une décision juridictionnelle, non susceptible de recours suspensif d'exécution, de l'Etat dans lequel ce titre est invoqué ;
3- Les procès-verbaux de conciliation signés par le juge et les parties ;
4- Les actes notariés revêtus de la formule exécutoire ;
5- Les décisions auxquelles la loi nationale de chaque Etat partie attache les effets d'une décision judiciaire.

À cette liste, il faut ajouter le titre exécutoire que l'huissier de justice peut être amené à délivrer en cas matière de chèque impayé. Ce titre n'est pas prévu par le droit OHADA. Toutefois, il est prévu par un autre système de droit sous régional –communautaire- moins important que le système de droit continental OHADA et dont tous les membres –huit membres- ont ratifié le traité OHADA. Il s'agit du système UEMOA.

C'est l'article L.123 du règlement N°15/2002/CM/UEMOA relatif au système de paiement dans les Etats membres de l'Union Economique et monétaire Ouest Africaine qui prévoit ce

[127] V. sur cette liste N. CAYROL, *Droit de l'exécution*, LGDJ-LEXTENSO éd. 2013, n° 83 et s.

[129] Désigné par l'acronyme AUVE (Acte uniforme sur les voies d'exécution)

titre. Il ressort de cet article qu'il revient à l'huissier de justice, le notaire ou l'institution habilitée[130] –il s'agit aussi du greffier- qui n'a pas reçu paiement dans un délai de 10 jours, de constater le non-paiement. L'acte dressé sera ensuite remis par l'huissier de justice, le notaire ou l'institution au greffier du tribunal compétent qui délivre « *sans autre acte de procédure et sans frais, un titre exécutoire qui permet de procéder à toute voies d'exécution dans un délai maximum de huit (08) jours* ».

56. La classification par catégorie des actes fondamentaux susceptibles d'acquérir la force exécutoire-. Il ressort de cette énumération que seuls sont susceptibles de devenir des titres exécutoires :

- Des actes ;
- Des décisions.

Il conviendra de rechercher dans chacune de ces deux catégories, lesquels de leurs composantes sont éligibles à l'acquisition de la force exécutoire en tant que titres susceptibles de fonder des mesures d'exécution forcée sur les biens du débiteur[131].

57. La recherche des éléments de chaque catégorie susceptibles d'acquérir la force exécutoire. – Les termes « acte » et « décision » recèlent chacun un nombre important de réalités juridiques. Les variétés sont donc nombreuses dans chaque catégorie. Et toutes les variétés de ces catégories ne sont pas susceptibles de bénéficier de la force exécutoire. Aussi, une recherche systématique de toutes les variétés de chaque catégorie, éligibles à l'acquisition de la force exécutoire sera effectuée. Cette recherche passera par l'exposé du préalable nécessaire à l'acquisition de la force exécutoire (1) puis par les éléments de qualification propres à chaque catégorie (2).

1- Le préalable nécessaire à l'acquisition de la force exécutoire

58. La condition de constatation d'une créance-. Les constatations susceptibles d'être rendues exécutoires seront déterminées à l'aune d'un des principes cardinaux du titre exécutoire. Il s'agit du principe selon lequel le titre exécutoire doit constater une créance liquide[132]. La jurisprudence précise qu'il faut à défaut de contenir le montant de la créance, que

[130] Il s'agit du greffier
[131] Seules ces catégories de titres exécutoires qui intéressent les voies d'exécution au sens de l'article L. 111-2 du CPCE par opposition aux titres exécutoires ne constatant aucune créance – exemple jugement de divorce- feront l'objet de la présente étude.
[132] *Id.*

le titre comporte tous les éléments permettant de la liquider[133]. Deux éléments doivent donc retenir l'attention : la créance et son caractère liquide. Ainsi, le titre doit contenir avant toute chose une créance. Ensuite, celle-ci doit être liquide.

La créance est entendue comme « *le rapport d'obligation considéré du côté actif, par opposition à la dette : un droit personnel, en vertu duquel une personne nommée créancier peut exiger d'une autre nommée débiteur l'accomplissement d'une prestation (donner, faire ou ne pas faire quelque chose* » »[134]. Elle est liquide quand : « *elle porte sur une somme d'argent dont le montant est déjà chiffré* »[135].

Viennent ensuite les critères de qualification propres à chaque catégorie.

2- Les différents éléments concernés dans chaque catégorie

Deux grandes catégories seront examinées ici à savoir : les actes (a) et les décisions (b).

a- Les actes

S'agissant des actes, il convient de préciser que ceux qui sont concernés ici sont les actes juridiques par opposition aux actes matériels dont la finalité n'est pas la production d'effets juridiques[136]. Dans cette sous-catégorie d'actes juridiques, une distinction sera opérée entre d'une part l'acte civil ou acte juridique privé[137] et d'autre part l'acte administratif[138].

59. Les actes juridiques privés-. Sont concernés par cette sous-catégorie, les actes cités aux numéros n° 1, n°4, n°5 et n°6 de l'article L.111-3 du code de procédure civile d'exécution à savoir : les accords auxquels ces juridictions ont conféré force exécutoire, les actes notariés, le titre délivré par l'huissier de justice en cas de non-paiement d'un chèque, l'accord des parties

[133] Civ. 2e, 22 mars 2001, n° 99-12.011, Bull. civ. II, n° 61 ; JCP 2001. IV. 1924 ; D. 2001. 1219 ; Dr. et proc. 2001. 318 ; 8 juill. 2004, n° 02-20.213, Bull. civ. II, n° 399 ; Procédures 2004, obs. Perrot ; 22 mars 2006, n° 04-15.126 ; 13 juill. 2006, n° 05-10.273 ; 9 nov. 2006, n° 05-18.271 ; 4 juill. 2007, n° 06-14.003 ; 19 nov. 2008, n° 07-18.987, Bull. civ. II, n° 253 ; JCP 2008. IV. 3048 ; D. 2008. 3018 ; Dr. et proc. 2009. 107, note Salati ; 11 févr. 2010, n° 08-17.794 ; 21 févr. 2013, n° 12-13.215, Dr. et proc. 2013. 100

[134] G.CORNU, op. cit., p.281

[135] *Id.*

[136] C'est le cas des actes punis par la loi pénale. Voir sur cette distinction : D. Alland et S. Rials (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, éd. Lamy PUF 2003, p. 7

[137] C'est cette dernière appellation qui sera retenue.

[138] Sur la longue évolution doctrinale qui a conduit à cette distinction, voir : J. CARBONNIER, *Droit civil, Les obligations*, PUF 2000, 22e éd., t.4, n°11 ; J.-P JACQUÉ, « L'acte juridique : Réflexions d'un internationaliste » in L'acte juridique, Droits, *Revue Française de Théorie Juridique*, numéro 7, Paris, PUF, 1998, p. 95

soumis à l'huissier de justice s'agissant du tout nouveau titre exécutoire et les actes étrangers[139] et les titres prévus aux n° 3 et n° 4 de l'Acte uniforme portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution. Il convient de préciser que pour ce qui concerne le titre délivré par l'huissier de justice en cas de non-paiement d'un chèque, l'élément constitutif dont il est question ici n'est pas le chèque en lui-même - qui en soi est un acte juridique[140]-, mais plutôt le rapport de droit fondamental qui a occasionné sa délivrance.

Des actes juridiques constatant des obligations et nécessairement une créance. Les actes juridiques privés sont des manifestations de volonté produisant des effets de droit. Lorsqu'il y a rencontre de volontés, ils prennent le qualificatif de conventions. Mais plus spécifiquement parmi celles-ci, seules celles qui constatent des obligations à la charge des parties, à savoir les contrats, sont éligibles à l'acquisition de la force exécutoire. Ils peuvent être unilatéraux, bilatéraux ou collectifs.

Les contrats unilatéraux. Il s'agit de contrats constatant des obligations à la charge d'une seule partie. Le cautionnement en est un prototype.

Les contrats bilatéraux. Il s'agit de contrat entre deux personnes. Ici les deux parties sont obligées. C'est le cas du contrat de prêt.

Les contrats collectifs. Ce sont des actes juridiques dont la conclusion est le plus souvent prévue par la loi. Ainsi, l'acte est conclu, soit sous l'impulsion de la loi comme la convention collective en matière de droit de travail, l'accord collectif entre représentants de bailleurs et de locataires en droit du bail, le contrat collectif en droit agricole[141] ; soit sous le contrôle du juge : le procès-verbal de conciliation en matière de sauvegarde des entreprises pouvant faire l'objet d'un constat ou d'une homologation lui conférant force exécutoire[142]. Toutefois, un contrat collectif dont l'initiative serait prise par les parties elles-mêmes est tout à fait envisageable. C'est le cas

[139] On pense prioritairement aux actes notariés étrangers.

[140] V. en ce sens Ch. GAVALDA et J. STOUFFLET, Instrument de paiement et de crédit, éd. LITEC, 6ème éd. 2006, n° 198, p. 203

[141] Ph. MALAURIE, L. AYNES et Ph. STOFFEL-MUNK, les obligations, éd. DEFRENOIS, LEXTENSO, 6ème éd. 2013, n° 822-824.

[142] P.-M Le Corre et E. Le Corre-Broly, Droit du commerce et des affaires. Droit des entreprises en difficultés, éd. Sirey, 2e éd. 2006 ; Kunt, « De la prévention des difficulté, du mandat ad hoc et de la procédure de conciliation », LPA, n° spéc., 8 févr. 2006, n° 28, p. 5 et s. ; C. Saint-Alary-Houin, « la procédure de conciliation » Rev. proc. coll. 2006/2, p. 169, spéc. p. 171, n° 13 ; Macorig-Vénier et Caviglioli, «le point sur la conciliation », Rev. proc. coll. 2008/2, p. 78 et s., spéc. p. 79, n° 7 ; P. le Corre, Droit et pratique des procédures collectives, éd. Dalloz, 8e éd. 2014, n° 141.00 et s. ; B. Th., « La conciliation après l'ordonnance du 12 mars 2014 : jamais pareille mais toujours plus proche des procédures collectives », BJE mai 2014, 174 et s., spéc. 176 ; C. Saint-Alary-Houin, Droit des entreprises en difficulté, éd. LGDJ Lextenso édition, 9e éd. 2014, n° 335 et s.,p. 180 et s.

d'un accord de conciliation ou de médiation impliquant plusieurs personnes et dont l'initiative émane de celles-ci.
Quoiqu'il en soit, seuls les accords constatant une obligation et plus précisément une créance, sont éligibles à l'acquisition de la force exécutoire, ce qui exclut les actes juridiques unilatéraux.

L'exclusion des actes juridiques unilatéraux. Ceux-ci sont exclus comme expliqué, du fait de la condition de créance. En effet, la règle consacrée est qu'un acte unilatéral ne peut conférer une créance à son auteur[143]**.** La question de savoir si une personne qui prend unilatéralement un engagement peut ou non s'obliger par cet acte reste en revanche controversée[144]. Certains auteurs ont pu estimer pour des raisons techniques et politiques, qu'il « *paraît difficile que l'acte unilatéral soit, de manière générale, une source d'obligation* »[145]. Techniquement, en droit français, l'obligation est un lien entre deux personnes. Politiquement, une personne qui est seule au moment de s'engager risque de s'engager à la légère hors le rôle de contrôle et de justification de l'engagement que joue le consentement du contractant. Cette analyse rejoint celle du Doyen CARBONNIER qui explique qu'au lieu de rendre obligatoire l'acte juridique unilatéral, il vaut mieux s'en tenir à d'autre mécanismes tel l'abus de droit de celui qui retire unilatéralement une offre de contracter, la gestion d'affaires de celui qui mérite une récompense sans le savoir[146].

Au nombre des actes juridiques unilatéraux, peuvent être cités[147] en droit des personnes : la reconnaissance d'enfant naturel, le testament, l'option successorale ; en droit des obligations : la résiliation d'un bail, le licenciement de salarié, la confirmation de mandat, la confirmation d'un contrat nul, l'autorisation[148], la ratification de la gestion d'affaires, l'acceptation de la stipulation pour autrui, l'engagement unilatéral ; en droit commercial : l'acceptation d'une lettre de change[149], la constitution d'une société unipersonnelle, l'offre de reprise d'une entreprise en redressement judiciaire.

En définitive, parmi les actes juridiques privés, seuls les contrats, qu'ils soient unilatéraux, bilatéraux ou collectifs et constatant une obligation, plus précisément une créance liquide ou

[143] Ph. MALAURIE, L. AYNES et Ph. STOFFEL-MUNK, les obligations, *op.cit*, n° 435, p. 206
[144] Sur la controverse, V. Id. n° 438, pp. 207-208
[145] Ibid., n° 438, p. 207
[146] J. CARBONNIER, *Droit civil, les obligations*, éd. PUF 2004, n°929, p.1040-1041
[147] V. *Unilatéralisme et droit des obligations*, Colloque Saint Maur, janv.1998 ; R.E. DE MUNAGGORI, *L'acte unilatéral dans les rapports contractuel*, th. Paris X, LGDJ, 1996, préf. A. Lyon-Caen.
[148] V. à ce propos B. THULLIER, *L'autorisation, étude de droit privé*, th. Paris X, LGDJ, 1996, préf. A. Bénabent
[149] Dijon, 16 mars 1976, JCP G, 1968.II.15426 qui précise que : « l'acceptation d'une lettre de change est un engagement unilatéral pris par le tiré lui-même ».

dont les clauses permettent de liquider la créance sont éligibles à l'apposition de la force exécutoire.

60. Les actes administratifs-. Sont concernés par cette sous-catégorie, les actes cités aux n°6 de l'article L.111-3 du code de procédure civile d'exécution et n° 5 de l'Acte uniforme portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution. Il s'agit d'actes accomplis pour les besoins et dans le cadre d'une opération administrative. Ainsi en est-il des contrats administratifs, des actes administratifs bilatéraux et des actes administratifs unilatéraux. Toutefois, d'un point de vue matériel, l'expression « acte administratif » désigne les actes administratifs unilatéraux[150]. C'est en abondant dans ce sens qu'un auteur précise : « *l'acte administratif est une manifestation de volonté émanant d'une autorité publique et tendant unilatéralement à l'édiction de normes* »[151]. L'acte administratif dont il s'agit ici est celui pris unilatéralement par l'administration pour le recouvrement des créances dont elle s'estime titulaire[152] même si ladite créance a sa source dans l'exécution d'un contrat administratif[153]. Il peut aussi s'agir d'actes provenant d'organismes privés agissant sur délégation de pouvoir de la part de l'administration dans le cadre de l'accomplissement ou l'exécution d'une mission de service publique[154]. C'est le cas des URSSAF[155] et dans une

[150] G.CORNU Association Henry Capitant, *Vocabulaire juridique*, éd. PUF 2014, p. 20

[151] J.-C. RICCI, *Droit administratif*, éd. HACHETTE Supérieure, 6ème éd. 2008, p.46

[152] V. pour cette précision, R. PERROT et Ph. THERY, *Procédures civiles d'exécutions*, éd. DALLOZ 2013, 3ème éd. 2013, n°157, p. 168 ; V. sur l'absence de contrôle judiciaire préalable Civ. 2e, 8 juillet 2010, n° 08-19.414, Bull. civ. II, n° 138 ; D. 2011. 1511, note Leborgne

[153] *On peut donner l'exemple du contrat d'entreprise de travaux publics ou du contrat de concession avec la possibilité pour l'administration de mettre à exécution la pénalité contractuelle et de la possibilité de d'établir un arrêté de débet pour le recouvrement de cette créance. V. sur les critères légaux de qualification de contrat administratif, J.-C. RICCI, op.cit. , p.69 ;* Ch. DEBBASCH et F. COLIN*, Droit administratif,* éd. ECONOMICA, 2011, p. 397 et s. *et sur les prérogatives de sanction de l'administration, id., p. 78 ; sur la possibilité de prise d'arrêté de débet pour le recouvrement de la créance publique, v.* R. PERROT et Ph. THERY*, op.cit. n° 322, p.337*

[154] V. P. Julien et G. Taormina, « Voies d'exécution », *D*. 2005, 1603 ; V. aussi Cons. Const., 28 déc. 1990, décis. n° 90-285 DC, *Rev. Cons. const*., p. 95 ; *Dr. fisc*. 1991. 612, note L. Philip ; *Dr. soc*. 1991. 338, note Prétot ; *JCP* 1991. I. 3522, étude F. Quérol qui a jugé cette délégation de pouvoir conforme à la Constitution : « *Le législateur ne méconnaît aucune règle, ni principe de valeur constitutionnelle en attribuant à l'URSSAF compétence pour l'assiette et le recouvrement d'une partie de la contribution sociale généralisée, dès lors que l'URSSAF revêt le caractère d'un organisme chargé d'une mission de service publique et qu'elle est placée sous le contrôle de l'autorité publique* ».

[155] Les Unions de recouvrement des cotisations de sécurité sociale et d'allocations familiales pour le recouvrement des cotisations sociales, article L. 213-1 et s. CSS.

moindre mesure du CNBF[156]. Les URSSAF peuvent délivrer des contraintes qui constituent des titres exécutoires, mais qui restent susceptibles d'opposition devant le tribunal des affaires de la sécurité sociale dans un délai d'un mois à compter de sa notification. Quant au CNBF, il peut délivrer un role de cotisation qui en soi, n'est pas un titre exécutoire, mais qui peut se voir attribuer la force exécutoire par le premier président de la cour d'appel sur requête[157]. Il convient toutefois de préciser que les législations de certains pays membres du droit OHADA ne reconnaissent pas aux contraintes des caisses de prévoyance sociale la qualité de titre exécutoire[158].

Aussi, la condition de créance exclut-elle de *facto* certains types d'actes administratifs. Il s'agit : des actes administratifs réglementaires[159], des actes administratifs unilatéraux dépourvus de tout caractère décisoire, des actes administratifs unilatéraux à caractère décisoire mais ne constatant aucune créance.

En résumé, l'acte administratif éligible à l'acquisition de la force exécutoire est l'acte administratif unilatéral et individuel à caractère décisoire et constatant une créance, pris par l'administration ou une personne ou organisme privé dans le cadre d'une délégation de pouvoir de la part de l'administration.

b- Les décisions

61. Décision juridictionnelle émanant des juridictions de l'ordre judiciaire ou administratif-. L'ensemble « décision » a vocation à recueillir tout acte juridictionnel. Cet ensemble englobe donc les énumérations suivantes de l'article L.111-3 du code de procédure civile d'exécution et de l'article 33 de l'AUVE à savoir : les décisions des juridictions de l'ordre judiciaire ou de l'ordre administratif lorsqu'elles ont force exécutoire ; les jugements étrangers ainsi que les sentences arbitrales déclarées exécutoires par une décision non susceptible d'un recours suspensif d'exécution.

Le mot « décision » évoque toute décision émanant d'une autorité juridictionnelle ou administrative. Mais étant donné qu'une décision administrative peut aussi recevoir la qualification d'acte administratif et que cette dernière acception semble la plus adéquate pour

[156] Conseil national des barreaux de France pour le recouvrement des cotisations d'assurance vieillesse et invalidité-décès des avocats, article 723-1 et s. du CSS

[157] V. Civ. 2e, 13 févr. 2014, n° 12. 28-433 ; Limoges, ch. civ., 13 avril 2015, *n° de RG 13/01168*

[158] TGI de la MIFI, n° 35/ civ., 2-4-2002 : U.C..C.A.O c/ C.N.P.S, *Ohadata J-04-229*)

[159] Sur la distinction entre un acte administratif unilatéral et un acte administratif réglementaire, v. J.-M. RAINAUD, *la distinction de l'acte réglementaire et de l'acte individuel*, LGDJ, 1996

les besoins de cette étude, seules les décisions émanant d'une autorité juridictionnelle seront étudiées ici[160]. Prise dans ce dernier sens, le mot décision est un terme générique englobant tout jugement quel qu'en soit l'auteur –arbitre, tribunal de grande instance, cour d'appel, cour de cassation-, quel qu'en soit l'objet - décision contentieuse, décision gracieuse-, quel qu'en soit l'ordre de juridiction dont elle émane –ordre judiciaire, ordre administratif- et mêmes certaines décisions du Tribunal des conflits.

Parmi ces décisions, seules celles qui d'une part, font œuvre juridictionnelle en tranchant une contestation et d'autre part, constatent une créance liquide sont éligibles à l'apposition de la formule exécutoire.

En outre, en vue d'apprécier l'opportunité de faire acquérir la force exécutoire aux différents éléments juridiques concernés, une vérification de la possibilité de leur remise en cause sera opérée, car il sera d'autant inopportun d'apposer la formule exécutoire sur un acte, une décision dont les constatations sont susceptibles d'être remises en cause.

B- Les critères d'appréciation de la pertinence d'un titre exécutoire

Le premier critère permettant raisonnablement d'apprécier la pertinence d'un titre exécutoire est le degré de vérité qui peut être attaché à son acte fondamental (1). Viennent ensuite les autres éléments constitutifs du titre exécutoire qui n'en sont pas moins des critères importants d'appréciation (2).

1- Le degré de vérité attachée à un acte fondamental

Le degré de vérité d'un acte fondamental conditionne le moment de l'acquisition par celui-ci de la force exécutoire (a). Mais une bonne appréciation de ce moment ne peut se faire qu'au regard des recours qu'admet celui-ci (b).

a- Le moment de l'apposition de la force exécutoire sur l'acte fondamental

62. L'exigence d'un caractère irréfragable des constatations de l'acte-. C'est l'acte fondamental qui constate l'obligation à exécuter qui acquiert la force exécutoire. Au regard des implications du titre exécutoire, il n'est ni exagéré ni déraisonnable de dire que seul l'acte fondamental frappé d'une vérité irréfragable, c'est-à-dire une vérité qui ne peut souffrir de la

[160] Les titres évoqués au n°6 de l'article L.111-3 faisant référence à l'acte administratif qui ont déjà été bordés.

preuve contraire, une vérité incontestable, absolue[161] peut valablement acquérir la force exécutoire. Ainsi, serait-il juste de dire qu'un titre exécutoire est pertinent si au moment de sa création, l'acte fondamental qui en est la cause, constate une vérité irréfragable.

Or la vérité constatée par l'acte fondamental cause du titre exécutoire ne peut être irréfragable que si celui-ci est insusceptible de recours de nature à remettre en cause ses constatations. Par conséquent, le titre exécutoire ne peut paraître pertinent que si au moment de sa création, l'acte fondamental qui en est la cause est insusceptible de recours.

L'analyse du régime juridique de chaque acte fondamental permettra de savoir d'une part, les types de recours qu'il admet et d'autre part, à partir de quel moment ses recours sont fermés.

b- L'analyse du recours admis contre chaque acte fondamental

63. Le rappel des trois actes fondamentaux concernés-. Les trois actes fondamentaux retenus comme susceptibles d'acquérir la force exécutoire seront analysés à travers leur régime. Il s'agit de l'acte juridique privé - plus précisément les contrats-, de l'acte administratif unilatéral et individuel à caractère décisoire et constatant une créance prise par l'administration ou une personne ou organisme privé dans le cadre d'une délégation de pouvoir de la part de l'administration et des décisions.

64. Les recours contre l'acte juridique privé-. L'acte juridique privé que constitue le contrat peut voir ces constatations remises en cause dans deux cas : la nullité et la caducité[162]. Dans ces deux hypothèses la partie ayant un intérêt dispose d'un recours[163] judiciaire dans l'éventualité d'une contestation, pour faire constater ces sanctions par le juge.

La nullité. L'examen du régime juridique de la nullité d'un contrat permettra de savoir à partir de quel moment celui-ci peut ou non acquérir la force de vérité irréfragable. Il sied de rappeler que la nullité est encourue par un contrat dès lors que celui-ci a été créé en violation des conditions de validité posées par la loi. Ainsi, un contrat encourt-il l'annulation en cas d'absence ou vices de consentement ; d'incapacité de l'une des parties ; d'absence d'objet ou

[161] G. CORNU, op. cit. p. 572
[162] La rescision étant une forme de nullité. Plus précisément la nullité pour lésion
[163] Le recours dont il s'agit ici n'est pas une voie de recours contre un jugement. Il s'agit plutôt d'un recours entendu comme la possibilité pour un justiciable de recourir à un juge en vue de lui soumettre ces contestations à caractère civil.

pour objet indéterminé, impossible ou illicite ; pour absence de cause ou pour cause illicite ; pour inobservation des formes lorsqu'elles sont prescrites *ad selemnitatem.* Or force est de constater qu'un de ces éléments peut faire défaut dès la création de l'acte juridique privé bilatéral –par exemple le consentement- . Cet acte est donc potentiellement annulable dès sa création. De fait, il ne peut être attaché à pareil acte dès sa création, une vérité irréfragable.

Cette situation va durer tant que le vice affectant la validité de l'acte n'aura pas fait l'objet d'une confirmation ou qu'à la suite de la mise en œuvre de la nullité, l'acte n'aura pas été reconnu valable par le juge. Dans ces conditions, pour mieux appréhender le moment d'acquisition par l'acte juridique privé de la force de vérité irréfragable, - et donc pour y apposer la formule exécutoire-, il sied d'examiner le régime de la nullité puis celui de la confirmation. Cet examen sera fait uniquement du point de vue du délai. S'agissant du régime de la nullité, les parties ont la possibilité de dresser de commun accord un constat de nullité. À défaut, seul le juge est habilité à la prononcer[164]. La demande judiciaire de nullité peut revêtir deux formes : elle peut être faite par voie d'action ou par voie d'exception. La demande en nullité par voie d'action est soumise à la prescription quinquennale[165] à partir du jour où le titulaire du droit a connu ou aurait dû connaître les faits lui permettant de l'exercer. Quant à la nullité invoquée par voie d'exception, « *elle survit à l'extinction de l'action* »[166]. Elle est dite perpétuelle. Ainsi, l'une des parties ou même un tiers[167] à l'acte, auquel celui-ci est opposé lors d'une instance, peut à tout moment invoquer sa nullité. Quant à la confirmation, elle consiste dans le fait pour

[164] J. FLOUR, J.-L. AUBERT, E. SAVAUX, *Droit civil. Les obligations*. 1. L'acte juridique, éd. SIREY, 15e éd. 2012, n° 332, p. 321 ; GUELFUCCI-THIBIERGE, *Nullité, restitution et responsabilité*, Thèse Paris, 1992, LGDJ, p. 209, n°353 ; A. BENABENT, *Droit civil*, *Les obligations*, Monchrestien, 7e éd., 1999, p. 137, n° 204 ; J. CARBONNIER, *Droit civil, Les obligations*, PUF 2000, 22e éd., t.4, p. 206, n°106 ; Ph. HOONAKKER, « Les demandes additionnelles et reconventionnelles », in *Droit et pratique de la procédure civile*, Dalloz Action 1999, n° 3004 et suiv.

[165] Sur la disparition de la dualité des délais de prescription de l'action en nullité absolue auparavant de trente ans et l'action en nullité relative de cinq ans avec la loi n°2008-561 du 17 juin 2008 portant réforme de la prescription en matière civile, V. id. n° 351, p. 344 ; LEROYER, « Prescription. Loi n°2008-561 du 17 juin 2008 portant réforme de la prescription en matière civile », *RTD civ*. 2008, 563 ; BRANDAC, La nature juridique de la prescription extinctive en matière civile, thèse, Paris II, 1986, préf. RAYNAUD, spéc. n° 150 ; A. MEKKI, « Liberté, simplicité, efficacité, la nouvelle devise de la prescription ? A propos de la loi du 17 juin 2008 », JCP 2008. I. 160 ; Ph. MALAURIE, « La réforme de la prescription civile », *JCP*. 2009. I. 134 ; BRENNER et LECUYER, « La réforme de la prescription », *JCPE* 2009, I. 1169 ;

[166] D. VICH-Y-LLADO, « L'exception de nullité », *Defrénois* 2000, art. 37256 ; M. STORCK, « L'exception de nullité », D. 1987, chron. P. 67et suiv. ; GUELFUCCI-THIBIERGE, op.cit., p. 213 et suiv., n°358 et suiv. ; M. BANDRAC, La nature juridique de la prescription extinctive en matière civile, Thèse Paris, 1986, Economica, p. 143 et suiv., n° 143 et suiv. ; JAPIOT, Des nullités en matière d'acte juridique, Essaie d'une théorie nouvelle, Thèse Dijon, 1909 ; H. L. et J. MAZEAU et F. CHABAS, *Leçon de droit civil*, Obligations, Théorie générale, Monchrestien, 9e éd., 1998, p. 320, n° 326

[167] J. FLOUR, J.-L. AUBERT, E. SAVAUX, *op. cit*.

une partie de renoncer à invoquer les vices qui rendent l'acte annulable[168] et ce faisant de le confirmer[169]. Il va sans dire que la menace potentielle d'annulation qui pèse sur l'acte juridique privé dès sa naissance durera tant que celui-ci n'aura pas fait l'objet d'une confirmation et d'une façon générale jusqu'à prescription du droit de l'invoquer. Cette incertitude s'aggrave avec la possibilité de l'exception de nullité qui elle, est perpétuelle.

La caducité. Elle consiste dans la disparition d'un élément fondamental de l'acte postérieurement à la formation de celui-ci. Il peut s'agir par exemple de l'objet[170], de la cause[171] ou de la défaillance d'une condition. Comme la nullité, elle emporte l'inefficacité de l'acte[172], une « perte de valeur juridique des obligations »[173] du contrat. Ainsi, le moyen de la caducité de l'acte ainsi que la potentielle sanction d'inefficacité qu'il est susceptible d'emporter ouvrent la voie à une possible remise en cause de l'acte postérieurement à son établissement.

Dans ces conditions, il ne fait plus l'ombre d'aucun doute que les constatations de l'acte juridique privé ne peuvent être frappées dès la naissance du sceau de la certitude. Partant, il est permis de douter de la pertinence de l'acquisition par pareil acte, de la force exécutoire dès sa naissance ou plus généralement avant qu'une décision de justice irrévocable ne l'ait purgé de ses éventuels vices et rendant ainsi ses constatations irréfragables.

65. L'existence de recours contre une décision-. La logique juridique veut que seule une décision dont les constatations sont irrévocables, c'est-à-dire insusceptibles d'être remises en cause, acquiert la force exécutoire. Or en vérité, les constatations d'une décision de justice ne deviennent irrévocables que quand cette dernière est insusceptible de voies de recours -ordinaires et extraordinaires- . On dit d'une pareille décision qu'elle est irrévocable. Mais le souci de célérité a conduit le législateur à créer la catégorie des décisions exécutoires par provisions. Aussi, comme c'est le cas pour les actes juridiques privés exécutoires, la création

[168] La confirmation ne concerne que le droit d'invoquer une nullité relative et est illicite dès lors qu'elle porte sur le droit d'invoquer une nullité absolue. Cf. COUTURIER…n° 201
[169] J. FLOUR, J.-L. AUBERT, E. SAVAUX, op.cit., n° 314, p. 336
[170] V. Cass. soc., 17 juin 2003, Bull. civ. V, n° 198 pour la disparition de la cause d'un contrat collectif suite à la survenance de circonstances nouvelles
[171] Cass. civ., 1re, 30 oct. 2008, n° 05-11.775, *Bull. civ. I*, n° 241 ; *RDC* 2009. 49, obs. D. Mazeaud ; *Dr. et patr.* Juillet-août 2009, p. 88, obs. L. Aynès
[172] V. C. Pelletier, La caducité des actes juridiques en droit privé français, th. Paris XII, L'Harmatan, 2004, préf. Ph. Jestaz ; R. Chaaban, La caducité des actes juridiques, th. Paris II, LGDJ 2006, préf. Y. Lequette ; V. Wester-Ouisse, « La caducité en matière contractuelle ; une notion à reinventer », *JCP G*, 2001. I. 290 ; obs. sous Cass ; com., 22 mars 2011, *D*. 2011. 2179 ; M. Chr. Aubry, « retour sur la caducité en matière contractuelle », *RTD civ*. 2012. 625 et s.
[173] V. en ce sens, Cass. civ. 1re, 7 nov. 2006, *Bull. civ. I*, n° 457 ; *JCP*. 2007, I, 161, n° 1, obs. Serinet ; obs. Y. M. Laithier

de décisions provisoires est sous-tendue par une logique d'inversion de contentieux. Ainsi, certaines décisions sont rendues exécutoires malgré l'existence à leur encontre des voies de recours. Mais cette règle, malgré les reproches qu'elle peut susciter paraît moins insoutenable que l'exécution des actes juridiques privés qu'il convient somme toute de qualifier de titres exécutoires provisoires. Et pour cause, contrairement à l'acte fondamental des titres exécutoires non-juridictionnel, l'acte fondamental des décisions exécutoires par provision se déroule dans des conditions de garantie plutôt acceptables. Par ailleurs, malgré l'existence de pareilles garanties, il existe des dispositifs -deux sortes- permettant de tempérer la règle de l'exécution provisoire des décisions. Il y a d'abord la règle jurisprudentielle précisant que l'exécution d'une décision provisoire se fait aux risques et périls du créancier[174], même dans l'hypothèse d'une exécution provisoire de droit[175]. Ensuite, il y a les mesures légales d'atténuations à la force exécutoire qui conduisent soit à son aménagement, soit à sa suspension soit enfin à son arrêt.

Les aménagements de l'exécution provisoire. Les mesures d'aménagement sont au nombre de deux à savoir la constitution d'une garantie par le créancier et la consignation sur autorisation du juge de sommes ou valeurs. S'agissant de la première, il consiste en la possibilité donnée au juge ayant ordonné l'exécution provisoire de subordonner celle-ci « *à la constitution d'une garantie, réelle ou personnelle, suffisante pour répondre à toutes restitutions ou réparations* »[176]. Quant à la consignation, elle permet au débiteur de suspendre l'exécution provisoire[177]. Ces deux mesures ont pour même et unique finalité de protéger le débiteur « en cas de succès de son appel et de condamnation de son adversaire à restitution »[178].

La suspension de l'exécution provisoire. Elle peut résulter soit, d'une suspension par le premier président de la cour d'appel en cas d'appel des jugements improprement qualifiés en dernier ressort[179], soit de l'octroi d'un délai de grâce[180].

---

[174] Com. 25 sept. 2012, n° 11-22.337

[175] Ass. plén., 24 févr. 2006, Bull. Ass. plén., n° 2, *JCP* 2006, II, 10063, H. Croze ; Procédures 2006, n° 96, R. Perrot

[176] Article 517 CPC

[177] L'article 521 exclut la consignation s'agissant des décisions ayant pour objet le paiement d'une provision. Elle avait été autorisée par la Cour de cassation pour une ordonnance de référé (Cass. civ. 2e, 2 juill. 1980, Bull. civ. II, n° 171 ; *Gaz. Pal*. 1980, 2, 767, note J. VIATTE) avant que le décret n° 81-500 du 12 mai 1980 ne l'ait expressément interdit.

[178] A. Blaise, « Arrêt et aménagement de l'exécution provisoire par le Premier Président », *JCP* 1985, I, 3183, n° 22

[179] Article 957 CPC

[180] A. Sériaux, « Réflexion sur les délais de grâce », *RTD civ*. 1993, 789

L'arrêt de l'exécution provisoire. L'exécution provisoire, qu'elle ait été ordonnée ou de droit peut être arrêtée par le premier président ou en cas d'opposition au juge qui a rendu la décision. Lorsqu'elle est ordonnée, elle peut être arrêtée si elle est « interdite par la loi » ou lorsqu'elle « *risque d'entraîner des conséquences manifestement excessives* ». Si cette règle est depuis longtemps acquise, telle n'a en revanche pas été le cas de l'arrêt de l'exécution provisoire de droit. Elle n'a été posée que récemment par le décret n° 2004-836 du 20 août 2004 portant modification de la procédure civile. Avant celui-ci, certains juges du fond, en l'absence de tout fondement légal et en cas de violations fragrantes de la loi ou d'une règle fondamentale de procédure, avaient initié l'arrêt de certaines décisions exécutoires par provision de droit[181]. Mais cette tentative avait été stoppée par la Cour de cassation[182]. Ce n'est qu'en 2004 que le décret n° 2004-836 du 20 août 2004 a ouvert cette possibilité[183]. Ainsi, le dernier alinéa inséré par ledit décret dans le code de procédure civile dispose que : « *le premier président peut arrêter l'exécution provisoire de droit en cas de violation manifeste du principe du contradictoire ou de l'article 12 et lorsque l'exécution risque d'entraîner des conséquences manifestement excessives* ». En dehors de ces hypothèses, l'arrêt de l'exécution provisoire de droit n'est pas autorisé[184].

66. L'existence de recours contre un acte administratif-. Il importe de rappeler que seuls sont concernés les actes administratifs unilatéraux et individuels à caractère décisoire et constatant une créance prise par l'administration ou une personne ou un organisme privé dans le cadre d'une délégation de pouvoir de la part de l'administration.

2- Les autres éléments constitutifs du titre exécutoire

67. Régime commun à tous les titres exécutoires-. Quel que soit le titre considéré, les éléments suivants entrent en ligne de compte dans le processus d'acquisition de la force exécutoire de l'acte fondamental considéré. Il s'agit de la force probante, la force obligatoire, du caractère exécutoire et de la formule exécutoire.

68. Régime propre à certains titres-. Dans certains cas, une formalité supplémentaire est exigée pour l'acquisition par l'acte fondamental de la force exécutoire. Il s'agit de la notification préalable.

---

[181] CA, Aix-en-provence, réf., 28 févr. 1983, D. 1984, Inf. rap. 241, obs. P. Julien
[182] Cass. civ. 2e, 14 mars 1979, Bull. civ. II, n° 80 ; Cass. civ. 3e, 20 mai 1985, *Bull civ. III*, n° 83 ; *Gaz. Pal.* 1985, 2, pan. 360, note Guinchard et Moussa
[183] V ; toutefois, avant ce décret, l'exitence de possibilité de d'arrêt dans certaines matières S. Amrani-Mékki et Y. Strickler, *op. cit*., n° 518 et s., p. 792 et s.
[184] Com. 1re oct. 2013, n° 12-23.999, *D*. 2013, 2335

a- La force probante de l'acte fondamental

69. Notion de force probante-. La force probante est définie comme « *la valeur d'un mode de preuve comme élément de conviction ; foi qu'il faut lui attacher, soit relativement aux faits à prouver, soit relativement aux personnes auxquelles on l'oppose* »[185]. Elle permet donc de mesurer le degré de présomption de vérité qui peut être attaché à un acte. Elle est attribuée à un acte par la loi en fonction sa nature. Ainsi existe-t-il la force probante des actes authentiques et celle des actes sous-seing privé. La force probante des actes authentiques est plus importante que celles des actes sous-seing privé. Deux illustres auteurs nous éclairent sur le sens de la force probante de l'acte authentique.

Dans son traité des obligations, POTHIER écrit : « *Un acte authentique original fait pleine foi par lui-même de ce qui est contenu dans cet acte(...). La signature de l'officier public qui a reçu l'acte, donne une pleine foi à tout ce que l'acte renferme, et aux signatures des parties qui l'ont souscrit, qu'il n'est pas nécessaire, par conséquent, de faire reconnaître* »[186].

Plus loin dans ce même traité des obligations, POTHIER, en comparant les actes authentiques aux actes sous-seing privé précise : *« Il y a cette différence entre ces actes (les actes sous-seing privé) et les actes authentiques, que ceux-ci ne sont sujets à aucune* ***reconnaissance****, au lieu que le créancier ne peut, en vertu d'un acte sous-signature privé, obtenir aucune condamnation contre celui l'a souscrit, ses héritiers ou successeurs, qu'il n'ait préalablement conclu à la* ***reconnaissance*** *de l'acte, et faire statuer sur cette* ***reconnaissance*** (…) »[187]. Donc selon POTHIER, l'authenticité[188] permet la reconnaissance *de plano* de l'acte qui en bénéficie.

Dans le même sens que POTHIER, DEMOLOMBE écrit : « *que l'on compare l'article 1319 avec les articles 1322, 1323, 1324 du code Napoléon avec les articles 193 et suivants du Code de procédure. Quelle différence ! Êtes-vous porteur d'un acte sous-signature privé ? C'est à vous de le faire reconnaitre ; et s'il est méconnu, d'entreprendre, comme demandeur, la*

[185] G. CORNU, 1987, p. 421
[186] R.-J. POTHIER, *Traité des obligations*, Orléans, éd. Langlet & Cie, 1835, n° 734
[187] Ibid. n°742
[188] Pour une définition dans la doctrine récente V. RAYNOUARD, « Sur une notion ancienne de l'authenticité : l'apport de l'électronique », *Défrénois* 2003, art. 37806, p. 1117 et s; D. FROGER, « Contribution notariale à la définition de la notion d'authenticité », *Défrénois* 2004, art. 37873, p.189 ; A. MOREAU, *La magistrature de prévention ou le notaire agent de protection des droits de l'homme*, éd. France édition, 2004, p.73 et s ; Conférence de L. CHAÎNE, Président de l'UNIL, au GUATEMELA, « L'authenticité et le notariat », *JCP éd. N* 1985, Doct., p. 125 ; J. FLOUR, « sur une notion nouvelle de l'authenticité », *Défrénois* 1972, art. 30159, p. 977 et s; Ph. MALAURIE, *l'authenticité*, les éditions du CRIDON, Paris, intervention du 04 Avril 2011 ; M. GRIMALDI et B. REYNIS, « L'acte authentique électronique », *Défrénois* 2003, art. 37798, p. 1023 et s.

vérification d'écriture. Tout autre est la situation de celui qui est porteur d'un acte revêtu de l'apparence de l'authenticité ; il n'a rien à prouver, lui ; et c'est la partie qui en conteste l'authenticité à fournir la preuve, au moyen de l'inscription de faux »[189].

C'est d'ailleurs cette idée de POTHIER qui a été consacrée par le code civil à l'article 1322 qui dispose : « *L'acte sous seing, reconnu par celui auquel on l'oppose, ou légalement tenu pour reconnu, a, entre ceux qui l'ont souscrit et entre leur héritiers et ayants cause, la même foi que l'acte authentique* ».

Ces illustres auteurs entendent donc par force probante de l'acte authentique sa reconnaissance. Il prouve lui-même et par lui-même, par sa seule apparence et sa propre existence. C'est ce que signifiait DUMOULIN en écrivant : « *Acta probant se ipsa* »[190]. De sorte que la preuve contraire ne suffit pas à le remettre en cause. Autrement dit, la démonstration de la fausseté des faits, déclarations, constatations qui y sont contenues et même de l'exactitude des faits directement contraires ne suffit pas à faire tomber l'acte. Seule la démonstration de sa fausseté peut la faire tomber[191]. C'est ce qu'exprime l'expression : « *L'acte authentique fait foi jusqu'à inscription de faux* ».

70. La force probante de l'acte authentique comme condition d'acquisition de la force exécutoire-. Parmi les trois types d'actes fondamentaux ci-dessus énumérés seuls ceux qui bénéficient de la force probante de l'acte authentique sont éligibles à l'acquisition de la force exécutoire.

71. La force probante des différents actes fondamentaux-. Le bénéfice de la force probante des actes authentiques est attaché de plein droit aux décisions de justice ainsi qu'aux actes administratifs désignés plus ci-dessus. En revanche, pour ce qui concerne les actes juridiques privés, seuls les actes notariés ainsi que ceux établis par un huissier de justice bénéficient sous certaines conditions de cette force probante.

En effet, s'agissant de l'acte dressé par un notaire ou un huissier de justice, ils reçoivent conformément à la loi, la qualification d'acte authentique[192]. Et, précisant les conditions de

---

[189]DEMOLOMBE C. - *Cours de code Napoléon: Traité des contrats ou des obligations conventionnelles*, t. VI, p.242, Durand, 1868, n°270

[190] Dumoulin cit. JOUHET Christian, *De la nature, des variétés et du rôle de l'acte authentique en droit privé français*. Thèse. Bordeaux 1930, p.8

[191] Ibid.

[192] Article 1317 du code civil français issu de la loi L. n° 2000-230 du 13 mars 2000 qui pose le principe selon lequel : « *l'acte authentique est celui qui a été reçu par officiers publics ayant le droit d'instrumenter dans le lieu où l'acte a été rédigé, et avec les solennités requises (...)* ».

l'authenticité, la jurisprudence rappelle que : « *L'acte qui n'est pas dressé dans les conditions énoncées par l'article 1317 du code civil et par l'article 10 de la loi du 25 ventôse an XI n'a pas le caractère d'un acte authentique* »[193]. Quant aux actes dressés par un huissier de justice, il sied de préciser que seuls les actes accomplis par dernier entrant dans ses attributions en vertu d'une délégation de la loi acquièrent la force probante de l'acte authentique[194] par opposition aux actes dressés par ce dernier à la demande d'un particulier qui n'en bénéficie pas[195].

L'acte authentique a donc une valeur probatoire très élevée par rapport à l'acte sous-seing privé. Cette valeur probatoire est un élément constitutif dans l'acquisition par l'acte fondamental de la force exécutoire. Mais deux autres éléments non moins importants rentrent en ligne de compte dans l'acquisition de la force exécutoire. Il s'agit de l'autorité de l'acte fondamental considéré et de la formule exécutoire.

b- La force obligatoire de l'acte fondamental

72. Distinction entre force obligatoire et force exécutoire-. La force obligatoire ne se confond pas avec la force exécutoire qui n'est que le degré supérieur de contrainte étant amené à jouer faute d'exécution spontanée[196]. Elle en constitue le support[197]. Ce principe est vérifié quel que soit l'acte fondamental considéré. Il conviendra donc d'examiner le régime de la force obligatoire des différents actes fondamentaux éligibles à l'acquisition de la force exécutoire.

b-1) La force obligatoire des jugements

73. Absence de définition légale -. Contrairement à la force obligatoire des conventions, la loi n'a pas disposé sur la force obligatoire des jugements. C'est à la doctrine qu'il est revenu de systématiser la notion.

74. Définition doctrinale de la force obligatoire des jugements-. Elle correspondrait à « *l'effet substantiel des jugements* »[198], théorie mise au point par l'école de Caen sous l'égide de HERON. Pour cette dernière, « l'efficacité substantielle du jugement » est « *la modification*

[193] Civ. 1re, 14 juin 2005 : pourvoi n° 02-12.814
[194] Civ. 25 juill. 1932 : S. 1933. 1. 8
[195] Civ. 2e, 23 févr. 1956 : Bull. civ. II, n° 138
[196] BOUTY C. « Chose jugée », *Rép. Proc. civ. Dalloz*, juin 2012, n° 22
[197] BLERY C, « Qu'est-ce que l'autorité de la chose jugée ? Une question d'école ? » *Procédures* août-septembre 2007, n°158
[198] BOUTY C, *précit*. n° 22 ; V. aussi Vareilles-Sommières P. (de), « Matières civile et commerciale (V° Jugement étranger) » *Rép. int. Dalloz*, , éd. 2008, n° 375.

de la situation de droit substantiel des parties »[199]. Cette notion a été reprise par la suite par les auteurs du droit international privé qui en ont donné une définition on ne peut plus précise. Elle *« consiste dans toutes les modifications que la décision fait subir au rapport de droit concerné et qui se réalisent par l'opération conjointe de la décision et de la loi sans qu'on ait, à proprement parler, à procéder à une exécution de la décision »*[200].

Mais contrairement à ce courant, un auteur a pu conclure à une absence de réalité juridique de cette notion et réfute l'idée qu'elle soit distinguée de l'autorité de chose jugée[201]. En vérité, l'intérêt de « l'efficacité substantielle » et donc de la force obligatoire du jugement réside dans la connaissance du moment où il joue. La réponse à cette question a donné lieu à une controverse doctrinale ayant opposé les classiques aux modernes.

Selon les classiques, la réponse à la question du moment de la force obligatoire des jugements passe par la distinction entre jugements constitutifs et jugements déclaratifs de droit. Cette distinction a été opérée par MERLIN et qualifie de déclaratifs les jugements qui se bornent à reconnaître des droits préexistants et de jugements constitutifs ceux qui contribuent à la création de nouveaux droits[202]. Ainsi, dans le jugement déclaratif, le droit constaté tire sa force obligatoire de l'acte qui lui a donné naissance – le contrat pour la créance contractuelle, naissance pour la filiation – et non le jugement tandis que s'agissant des jugements constitutifs, ils constituent la source du droit constaté et la force obligatoire s'apprécie à cette date.

Les modernes quant à eux proposent une distinction entre la date d'observation et celle d'application du jugement. Transposant sur les jugements, la distinction opérée par un auteur en matière d'application de la loi dans le temps entre le moment de son application et celui de son observation[203], BLERY expose que le moment d'observation du jugement est la date de

---

[199] HERON J. cit. par LE BARS, *Droit judiciaire privé*, éd. Montchrestien, 4e éd. 2010, n°324

[200] D. Holleaux, J. Foyer et G. de Geouffre de La Pradelle, *Droit international privé* : Masson, 1987, n° 927 ; M.-L. Niboyet et G. Geouffre de La Pradelle (de), Droit international privé : LGDJ, 2007, n° 627 ; B. Ancel et Y. Lequette, *Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé* : Dalloz, 5e éd. 2006, p. 14, évoquant « *la détermination des droits et obligations respectifs des parties ou la modification de l'état de droit qu'accomplit pour elles le dispositif du jugement* » ; V. Huet A. « effets en france des jugements étrangers subordonnés à leur régularité internationale . – Efficacité substantielle et autorité de chose jugée », *JurisClasseur Procédure civile*, Fasc. 124-6, n°1 et s.

[201] LAGARDE, Réflexion critique sur le droit de la preuve, éd. LGDJ 1994, n° 232 et s.

[202] MONTAGE *De l'effet déclaratif ou constitutif des jugements en matière civile*, Imprimerie Dumont Limoges, 1912, p. 18 ; MAZEAUD L. « De la distinction des jugements déclaratifs et des jugements constitutifs de droit », *RTD civ*. 1929. 17 ; ESMEIN, « Des effets des décisions de justice sur la reconnaissance et la création de droit », *Recueil SIREY*,1914, p. 11

[203] COTE, *Contribution à la théorie rétroactivité des lois*, *La revue du barreau canadien*, mars 1989, p. 63

son prononcé, indiquant que c'est dès cet instant qu'un jugement est doté de force obligatoire vis-à-vis des parties. En réalité, à l'instar de la loi qui « *oblige juridiquement (en droit), qui a pour les sujets de droit le caractère d'une obligation, en tant que pièce de l'ordre juridique, du droit objectif* »[204], les parties à un jugement ont l'obligation juridique de l'observer, la respecter sauf pour eux le droit d'exercer les voies de recours. Dès lors, le jugement – ordre concret – prend le relais de la loi –ordre abstrait – selon le mot de BLERY[205]. Mais se pose la question de savoir en quoi consiste cette obligation qu'ont les parties au jugement de l'observer ? Il s'agit en réalité d'une obligation de respecter les constatations du jugement, de ne pas les remettre en cause et non d'une obligation d'exécuter le jugement hormis les cas où l'exécution est attachée au jugement eu égard à sa nature. Or la question de la possibilité ou non pour les parties de contester les constatations du jugement a déjà été réglée par la règle de l'autorité de la chose jugée. L'examen de la notion de l'autorité de chose jugée permettra de s'en rendre compte.

C'est l'alinéa premier de l'article 480 du code de procédure civile qui dispose que : « *le jugement qui tranche dans son dispositif tout ou partie du principal, ou celui qui statue sur une exception de procédure, une fin de non-recevoir ou tout autre incident a, dès son prononcé,* ***l'autorité de la chose jugée*** *relativement à la question qu'il tranche* ». Ainsi, l'autorité de chose jugée ne concerne que les décisions qui tranchent définitivement une contestation, donc des décisions définitives[206]. Le mot « tranche » suggère l'exclusion des décisions gracieuses qui elles ne tranchent pas une contestation. Le juge ne fait usage que de son impérium, il ne tranche rien, car à ce niveau, aucune contestation n'est élevée[207]. Donc seules les décisions contentieuses sont concernées. Par ailleurs, il sied de rappeler que cette autorité n'est attachée qu'au dispositif et non aux motifs de la décision[208].

Le Professeur CORNU définit « l'autorité de chose jugée » comme « *l'ensemble des effets attachés à la décision juridictionnelle, telle la force de vérité légale* ». Cette affirmation du Professeur CORNU est corroborée par la justification traditionnelle de la notion, celle qui résulte de l'article 1350 du code civil. En effet, cet article cite dans l'énumération des effets que

[204] G. CORNU, op. cit. p. 697
[205] BLERY cit. par BOUTY, op. cit. n° 21
[206] Sur la notion de décision définitive, voir, Y. STRICKLER, *Procédure civile* , Larcier, coll. Paradigme, 2010, n°451, p. 240
[207] Voir sur cette question, Y. STRICKLER, op. cit. n° 465 et s.
[208] Civ. 2e, 12 févr. 2004 : *Bull. civ. II*, n°55 ; *JCP* 2004. IV. 1685 ; Gaz. Pal. 13-15 mars 2005, p. 17, obs. Rusquec ; Civ. 1re, 22 nov. 2005 : *Bull. civ. I*, n° 425. Voir aussi Civ. 2e, 16 nov. 1983 : *Bull. civ. II*, n° 180 ; *Gaz. Pal*. 1984. 1. Pan. 72, obs. Guinchard ; Cass. avis. 13 mars 2009 : *BICC* 1re juin 2009, p.6, R. Gabet, concl. Maynial.

la loi attache à certains actes, « l'autorité de la chose jugée » dont l'article 1351 fixe les conditions. Et plus loin, l'article 1352 précise que « *Nulle preuve n'est admise contre la présomption de la loi* ». « L'autorité de la chose jugée » est donc la « présomption de vérité »[209] attachée par la loi à la « chose jugée ».

Cette idée de présomption de vérité a été combattue. Il a été expliqué que *« le procès civil n'est pas une mécanique tendue vers la conquête de la vérité* »[210]et que seule la vérité judiciaire, vérité relative reposant sur une logique formelle, celle du syllogisme judiciaire est exprimée. La relativité de la vérité judiciaire résulte du fait que le choix des prémisses s'effectue sur la base de la rhétorique plutôt que de la logique. Cette vérité n'est que celle résultant des normes sociales selon un auteur qui explique que « *le droit comme le procès civil se contentent d'une vérité satisfaisante au regard des normes sociales* »[211].

D'autres illustres auteurs abondent dans le même sens. C'est le cas du Doyen CARBONIER qui affirme : « *le droit fait l'aveu hautain de l'irréalité de son univers : la chose jugée n'est pas la vraie vérité ; elle est reçue (accipitur) par le bon peuple pour tenir lieu de vérité (pro veritate)*»[212]ou d'HERON quand il s'exclame : « *il n'est pas vrai que toutes les énonciations du jugement correspondent à la vérité* »[213].

En vérité, cette présomption a un but pratique. Elle vise à éviter un éternel recommencement du procès. A l'issue d'un procès où toutes les garanties d'un procès équitable ont été assurées et où les parties ont fait valoir leurs moyens et prétentions, il est logique que la « chose jugée » soit frappée d'une telle autorité. Autrement, le rôle de pacification sociale dévolue à la justice serait voué à l'échec[214]. Ainsi, l'autorité de la chose jugée interdit aux plaideurs de saisir à nouveau la justice des mêmes faits entre les mêmes parties et ayant la même cause, des demandes formulées par les mêmes parties et contre elles en les mêmes qualités. La sanction de cette interdiction est une fin de non-recevoir. C'est ce qu'on a appelé « la fonction

[209] Selon l'adage latin « Res judicata pro veritate accipitur », la chose jugée est tenue pour vérité. Voir en ce sens, ROLAND et BOYER, *Adages du droit français*, 4e éd., 1999, Litec, no 396
[210] TOMASIN, thèse, *op. cit*., no 329
[211] LE MASSON, La recherche de la vérité dans le procès civil, thèse dactyl., Nantes, 1991
[212] CARBONNIER, *Droit civil, Introduction*, 27e éd., 2002, PUF, no 192
[213] HÉRON, par LE BARS, Droit judiciaire privé, *précit*., no 332
[214] Voir sur cette interprétation C. BOUTY, « Chose jugée », *Rép. Proc. Civ*. éd. Dalloz, juin 2012, n°246

négative »[215] de l'autorité de la chose jugée. Cette fonction négative joue un rôle processuel en éteignant le droit d'action par opposition à la fonction positive qui joue un rôle probatoire.

C'est d'ailleurs sur l'interdiction de remise en cause faite aux parties que la vérité judiciaire diffère de la « vérité scientifique » et de la « vérité historique ». Ces vérités, contrairement à la « vérité judiciaire » sont en perpétuelle changement compte tenue des progrès enregistrés dans le temps[216]. C'est d'ailleurs dans un souci d'évitement de cette remise en cause perpétuelle de la « chose jugé » que la jurisprudence a posé récemment le principe de la concentration des moyens. En vertu de ce principe, « *il incombe au demandeur de présenter dès l'instance relative à la première demande l'ensemble des moyens qu'il estime de nature à fonder celle-ci* »[217]. À défaut, ils ne pourront susciter un autre procès sur la base d'un nouveau moyen sous peine d'irrecevabilité pour autorité de chose jugée. Cette règle ne s'applique pas si les moyens sont nés après le procès ayant statué sur l'affaire[218].

Ainsi donc la force obligatoire du jugement n'est autre chose que celle qui lui a été conférée par la loi à travers la règle de l'autorité de chose jugée. Dans ces conditions, la distinction entre force obligatoire du jugement et autorité de chose jugée paraît dénuée de sens dans la mesure où la règle de l'autorité de la chose permet de donner un contenu à la notion de force obligatoire du jugement.

Si la force obligatoire des jugements ne se résume qu'à une obligation de ne pas faire, tel n'est pas le cas de la force obligatoire des conventions.

---

[215] MAYER, P. Mayer, « Réflexion sur l'autorité négative de chose jugée », in Mélanges Héron, 2009, LGDJ, p. 331 s.

[216] Sur cette comparaison voir Travaux de l'Association Henri Capitant, La vérité et le droit [Journées canadiennes], t. XXXVIII, Economica, 1987. - DALBIGNAT-DEHARO, Vérité scientifique et vérité judiciaire en droit privé, préf. CADIET, 2004, LGDJ, et, pour une approche plus philosophique de la vérité judiciaire : BILLIER, Vérité et vérité judiciaire, Les cahiers de la justice, printemps 2007, p. 195 s. - V. aussi LASSERRE-KIESOW, La vérité en droit civil, D. 2010. 907

[217] Ass. plén., 7 juill. 2006, Bull. AP, n° 8, BICC 15 oct. 2006, rapp. Charruault, note Koering-Joulin, avis Benmakhlouf ; RTD civ. 2006, 825, obs. Perrot ; D. 2006. 2135, note Weiller ; Procédures 2006, 201, note R. Perrot et H. Croze ; JCP 2007, II, 10070, note Wiederkehr ; V. pour une critique de cette solution, C. Bléry, « Des effets dévastateurs du principe de concentration des moyens », Procédures 2010, focus, n° 1 ; G. Bolard, « L'autorité de chose jugée et les principes directeurs du procès » in Mélanges Swaczuk, http//www.pan-ol.lublin.pl/wydawnictwa/TPraw3/Bolard.pdf et contra., P. Mayer, « Réflexion sur l'autorité négative de chose jugée », *précit*., p. 331

[218] Civ. 2e, 10 juill. 2008 : *RDC* 2008. 1289, obs. Sérinet ; Voir sur cette notion BENDEL-VASSEUR, L'évolution de la jurisprudence relative au principe de concentration des moyens postérieurement à l'arrêt d'assemblée plénière du 7 juillet 2006, Just. et cass. 2010. 366 s ; « Concentration des demandes et office du juge : une nouvelle donne au sein des principes directeurs du procès ? (Du renouvellement des rôles du juge et des parties quant au droit lors d'un procès) », in Mélanges HERON, 2008, LGDJ, p. 111 ; BLONDEL, « La charge de la concentration et le respect d'un principe de complétude », *JCP* 2012. 464

b-2) La force obligatoire de l'acte juridique privé

75. Le moment de l'acquisition par l'acte juridique privé de la force obligatoire-. L'acte juridique privé que constitue le contrat est éligible à l'acquisition de la force exécutoire parce qu'il a force obligatoire et ce, dès sa signature. Mais cette force obligatoire suffit-elle à justifier cette aptitude de l'acte juridique privé ? Pour mieux appréhender la pertinence de cette interrogation, il conviendra d'examiner les fondements et le contexte de cette force obligatoire avant de s'intéresser à ses limites.

76. La force obligatoire comme fondement de l'interdiction de la dénaturation par le juge de l'accord des parties-. La force obligatoire des conventions s'impose aussi bien aux parties qu'au juge et se décline en deux principaux points. D'abord, elle impose au juge de rechercher la volonté commune des parties au moment où elles ont contracté et lui interdit de la dénaturer, dès lors que celle-ci est clairement exprimée dans la convention. Dans cette recherche de la commune volonté des parties, le juge du fond détient un pouvoir souverain d'appréciation[219]. Ce pouvoir souverain trouve ses limites dans le principe d'interdiction de la dénaturation.

Ce principe a été posé par la cour de cassation dans un vieil arrêt dit arrêt Veuve Foucauld et Coulombe où la cour de cassation précise qu' : *« Il n'est pas permis aux juges, lorsque les termes d'une convention sont clairs et précis, de dénaturer les obligations qui en résultent et de modifier les stipulations qu'elle renferme* »[220].

77. La force obligatoire comme fondement de l'intangibilité de la convention-. Le second attribut de la force obligatoire est le principe d'intangibilité des conventions. Ce principe postule que l'accord des parties une fois scellé, ne peut être modifié qu'avec leur consentement mutuel. C'est ce que la doctrine désigne sous le vocable de « *muttus dissenssus* ». Une des parties à la convention n'a pas le droit de la modifier unilatéralement.

[219] Cass., sect. Réun., 2 févr. 1808, GAJC, 11 ed. n° 159, aff. Lubert c/ wancareghem
[220] Civ. 15 avril 1872, DP 72. 1.176, S. 72. 1. 232

C'est aussi au nom du principe d'intangibilité des conventions, que la jurisprudence judiciaire a posé le principe de l'interdiction pour le juge de réviser le contrat en cas d'imprévision, y compris dans les hypothèses où cette dernière rend inexécutables les obligations du débiteur[221] :

b-3) La force obligatoire de l'acte administratif

78. Notion intimement liée à celle de la force exécutoire de l'acte administratif-. La force obligatoire de l'acte administratif unilatéral est intimement liée à la force exécutoire de ce dernier. En effet, la puissance publique dispose d'un droit exorbitant de droit commun en vertu duquel il peut imposer des obligations aux particuliers sans leur consentement[222]. Dès lors, la chose décidée par la puissance publique s'impose au particulier. C'est ce qu'on a aussi appelé « autorité de chose décidée ». Cette prérogative est désignée sous le vocable de « privilège du préalable » ou de l'exécutoire de l'administration[223]. C'est aussi en vertu de cette prérogative que la puissance publique peut prendre des décisions exécutoires en l'absence de tout contrôle judicaire[224].

Selon le Conseil d'Etat, « *le caractère exécutoire d'une décision administrative est la règle fondamentale du droit public* »[225]. Cette règle est d'autant plus importante dans la doctrine du Conseil d'Etat que ce dernier a posé le principe selon lequel il est interdit à l'administration d'y passer outre et de saisir un juge d'une demande de condamnation[226].

79. Justification de la force obligatoire de l'acte administratif-. Aux critiques que peut susciter la règle du principe du préalable à savoir notamment, la part d'insécurité qui consiste dans le fait pour un créancier de se faire juge de sa propre créance au point de se délivrer à lui-même un titre exécutoire, il est opposé la nécessité d'un bon fonctionnement du

[221] Civ., 6 mars 1876, GAJC 11 éd. n° 163, DP 1876. 1. 161 (aff. Canal de Craponne). Celle solution a depuis lors été réaffirmée à maintes reprise. Comp. A la jurisprudence administrative qui admet la révision pour imprévision CE 30 mars 1916, GAJA 15 éd., n° 31 ; D 1916. 3. 25 (aff. Cie générale d'éclairage de Bordeaux).
[222] J.-CL. RICCI, op. cit., p. 67-68
[223] RUELLAN et LAUBA, note *Dalloz* 1998, p. 477 ; P. ANCEL, « L'exécution par la puissance publique », *RTD civ*. 1993, n° spécial, p. 135 ; J.-P. TAUGOURDEAU, « Le recouvrement des créances étrangères à l'impôt et aux domaines », *RF fin. Publ*. 1984, n° spécial ; De LAUBADERE, *Droit administratif*, 16ème éd., n° 1371 et s.; M.-Ch. GAUTHIER, « Les titres exécutoires délivrés par l'Etat », *Procédures*, févr. et mars 1998 ; G. VEDEL et P. DELVOLVE, Droit administratif, t. I, 12ème éd., p. 245 et s.
[224] R. PERROT et Ph. THERY, Procédures civiles d'exécution, éd. Dalloz 2013, 3ème éd., n° 157, p.168
[225] CE, 2 juill. 1982, HUGLO et autres, Rec. p. 258 ; AJDA 1982. 657, concl. BIANCARELLI, note LUKASZEWICZ ; Dalloz 1938. IR. 270, obs. DELVOVE.
[226] CE, 30 mai 1913, Préfet de l'Eure, LEBON. p. 583 ; CE, 14 mars 1978, Sté La Quinoleïne, LEBON, p.155 ; CE, 15 juill. 1964, LEBON, p.410

service public. Ainsi, il a été relevé que les besoins d'un bon fonctionnement des services publics ne sauraient s'accommoder des lenteurs des procédures judiciaires[227].

En réalité, la règle du « privilège du préalable » peut se concevoir parfaitement bien pour un privatiste dans la mesure où sa mise en œuvre est entourée de règles de nature à sauvegarder le respect des droits de la défense.

La force obligatoire de l'acte fondamental est une condition nécessaire à l'acquisition par l'acte fondamental de la force exécutoire. Elle n'en est pas une condition suffisante, de sorte que d'autres conditions sont requises pour l'acquisition de la force exécutoire. Au nombre de celles-ci figurent le caractère exécutoire de l'acte fondamental.

c- Le caractère exécutoire de l'acte fondamental

Seront successivement étudiés le caractère exécutoire des décisions de justice (c-1), des actes juridiques privés (c-2) puis enfin des actes administratifs (c-3).

c-1) Le caractère exécutoire des décisions de justice

80. La notion de décisions exécutoires-. C'est l'article 504 du code de procédure civil français qui prévoit le caractère exécutoire des décisions. L'alinéa premier de cet article dispose : « *la preuve du caractère exécutoire ressort du jugement lorsque celui-ci n'est susceptible d'aucun recours suspensif ou qu'il bénéficie de l'exécution provisoire* ». Une décision est donc exécutoire si elle est insusceptible de voie de recours suspensif d'exécution ou si elle bénéficie de l'exécution provisoire.

81. Les décisions passées en force de chose jugée-. Le premier cas correspond à celui des décisions passées en « force de chose jugée » ainsi que le précise l'article 500 du même code : « *A force de chose jugée le jugement qui n'est susceptible d'aucun recours suspensif d'exécution* ». Tel est le cas des jugements rendus en premier et dernier ressort, ceux qui sont insusceptibles d'appel. C'est aussi le cas des jugements susceptibles d'appel lorsque celui-ci n'a pas été exercé dans le délai. C'est ce que précise l'alinéa 2 de l'article précité : « *le jugement susceptible d'un tel recours acquiert la même force à l'expiration du délai de recours si ce dernier n'a pas été exercé dans le délai* ».

82. Les décisions exécutoires par provision-. Le second cas à savoir celui des décisions bénéficiant d'une exécution provisoire se dédouble. En effet, l'exécution provisoire peut être

[227] R. PERROT et Ph. THERY, *op. cit.* n° 320, p. 333-334

attachée par la loi elle-même à une décision[228]. Celle-ci est donc exécutoire de plein droit. Elle peut aussi être accordée par le juge soit d'office, soit sur demande d'une des parties hormis les cas où elle est interdite[229] à condition d'être nécessaire et compatible avec la nature de l'affaire[230].

c-2) Le caractère exécutoire des actes juridiques privés

83. Un caractère exécutoire tiré de la loi-. Les actes juridiques privés ne peuvent devenir exécutoire que quand la loi le prévoit. Pour l'acte notarié, il s'agit des deux articles précités, à savoir : l'article L. 111-3- 4 du code des procédures civiles d'exécution en droit français et l'article 33-4 de l'AUVE en droit OHADA. Quant aux titres en matière de chèques impayés, ils tirent leur caractère exécutoire pour ce qui concerne le droit français de l'article L.111-3-5 du code de procédure civile d'exécution et de l'article L.123 du règlement N°15/2002/CM/UEMOA relatif au système de paiement dans les Etats membres de l'Union Economique et monétaire Ouest Africaine s'agissant du droit UEMOA.

c-3) Le caractère exécutoire des actes administratifs

84. Le privilège du préalable-. L'acte administratif tire son caractère exécutoire du privilège du préalable ou de l'exécutoire.

d- La formule exécutoire

85. Un préalable à toute exécution forcée-. L'apposition de la formule exécutoire est une condition nécessaire, un préalable incontournable à l'exécution forcée. Cette exigence est clairement établie en droit français. Quant au droit OHADA, il n'a pas clairement disposé sur cette question et s'est contenté d'un alinéa lapidaire disposant : « *la formule exécutoire vaut réquisition de la force publique* »[231]. Il faut dès lors se référer au droit interne de chaque État partie pour retrouver cette exigence, le droit OHADA n'ayant pas légiféré en matière de procédure civile qui relève du droit interne de chaque Etat.

Toutefois, cette exigence reste la même en droit interne aux pays membres de l'OHADA qu'en droit français. C'est ainsi que l'article 502 du Code de Procédure Civile français et l'article 569

[228] C'est le cas des ordonnance sur requête (article 495 al. 2 du CPC), des ordonnances de référés (article 489, al. 2 du CPC) et des décisions du juge de l'exécution qui le sont sur autorisation (article R. 121-17 du CPCE). Ces dispositions existent à l'identique dans la plupart des pays membres de l'OHADA. V. par exemple pour le Bénin
[229] L'exécution provisoire reste interdite en matière de publicité foncière, de prestations compensatoires. D'autres cas se rencontrent également en matière d'inscription de faux. V. pour ces cas Y. STRICLER, Procédure civile, éd. Larcier, coll. PARADIGME 2010, n° 473, p. 254
[230] Art. 515 CPC français. Le principe est le même dans la plupart des pays membres de l'OHADA.
[231] Article 29 al. 2 de l'AUVE

de la loi n° 2008-07 du 28 février 2011 portant code de procédure civile, commerciale, sociale et administrative des comptes au Bénin la consacrent par des dispositions identiques : « *Nul jugement, nul acte ne peut être mis à exécution que sur présentation d'une expédition revêtue de la* ***formule exécutoire****, à moins que la loi n'en dispose autrement* ».

86. L'exception des actes administratifs et des décisions exécutoires sur minute -. Ce principe admet quelques exceptions[232]. Ainsi, les actes administratifs échappent à ce principe en raison du principe de l'exécution d'office attaché au privilège de préalable dont ils bénéficient. L'administration peut donc poursuivre, elle-même directement l'exécution forcée sans l'apposition de la formule exécutoire[233]. Tel est aussi le cas des décisions exécutoires sur minutes pour lesquelles l'exécution est poursuivie au vu de l'original du jugement non revêtu de la formule exécutoire[234]. Hormis donc ces cas exceptionnels, aucune exécution forcée ne peut être poursuivie sur le fondement d'une expédition d'un jugement non revêtue de la formule exécutoire[235].

Cette exigence en même temps qu'elle révèle l'importance de la « formule exécutoire » dans le processus d'acquisition de la force exécutoire soulève la question de sa nature, car pour que l'exécution lui soit conditionnée, elle doit avoir une nature bien particulière. En vue de bien comprendre la nature de la formule exécutoire, il convient d'examiner son contenu.

87. Le contenu de la formule exécutoire-. Au départ, la formulation de la formule exécutoire fût la volonté d'un monarque avant de symboliser par la suite l'expression de la volonté populaire. Elle tire son origine d'une ordonnance de Louis XI du 30 janvier 1466 qui « *autorise l'exécution à main armée des arrêts rendus par les cours de parlement* »[236]. La formulation a par la suite fluctué au gré des changements de régimes politiques et des

---

[232] V. Ph. HOONAKKER, *Procédures civiles d'exécution,* éd. Larcier, coll. PARADIGME 2013, n° 248, p. 122

[233] Ce privilège n'est reconnu à l'administration que dans des cas exceptionnels définis par Romieu dans ses conclusions sur TC, 2 déc. 1902, Sté immobilière de Saint-just ; V. aussi T. Confl. 12 mai 1949, Lebon, p.601 ; CE, 7 mai 1971, Lebon, p. 335. Ces conditions tiennent entre autres à la légalité de la décision de recourir à une exécution forcée, à l'urgence et à la mauvaise volonté caractérisée des personnes en causes. Voir sur ces précisions J.-Cl. RICCI, Droit administratif, op. cit., p. 68

[234] L'exécution sur minute doit avoir été prévue par la loi. C'est le cas des ordonnance sur requête qui sont exécutoire sur minute de plein droit (article 495 al. 2 du CPC), des ordonnances de référés (article 489, al. 2 du CPC) et des décisions du juge de l'exécution qui le sont sur autorisation (article R. 121-17 du CPCE). Ces dispositions existent à l'identique dans la plupart des pays membres de l'OHADA.

[235] V. article 502 du code de procédure civile

[236] Le Comte de PASTORET, *Ordonnances des rois de France de la troisième race recueillies par ordre chronologique*, seizième volume contenant les ordonnances rendues depuis le mois de juin 1463 jusqu'au mois de juin 1467, Paris, éd. L'IMPRIMERIE ROYALE M. DCCC XIV, p. 546

modifications d'ordre juridictionnel pour donner *in fine* la formulation actuelle, issue du Décret n° 47-1047 du 12 juin 1947 relatif à la formule exécutoire.

Il résulte de l'article premier de ce Décret que la formule exécutoire est ainsi libellée :

« *En conséquence,* ***la République française*** *mande et ordonne à tous « huissiers de justice », sur ce requis, de mettre ledit arrêt (ou ledit jugement, etc.) à exécution, aux procureurs généraux et aux procureurs de la République près les tribunaux de grande instance d'y tenir la main, à tous commandants et officiers de la force publique de* ***prêter main-forte*** *lorsqu'ils en seront légalement requis.*

« En foi de quoi le présent arrêt (ou jugement, etc.) a été signé par ...»[237].

Il est important de préciser que cette formule n'est pas la même que celle apposée sur les décisions des juridictions administratives dont le libellé est le suivant : « …*La République française mande et ordonne aux (ministres, préfet, maires, etc.), en ce qui le concerne, et a tous les huissiers requis en ce qui concerne les voies du droit commun contre les parties privées, de pourvoir à l'exécution de la présente décision* »[238].

Le droit OHADA ne consacre pas une formule déterminée et pour cause, la détermination de la formule exécutoire ne relève d'aucune des matières concernées par le droit OHADA. Elle relève plutôt du droit interne de chaque Etat partie. Toutefois, cette formule est la même que celle consacrée en droit français.

88. Un aval parfois hypothétique de la République à l'usage de la force contre le débiteur.- Bien plus que le Professeur HEBRAUD et d'autres auteurs qui ne voient dans la formule exécutoire que l'expression formelle d'une autorité attachée à l'acte lui-même, la formule exécutoire apparaît comme une formule énergique par laquelle la République apporte son aval à l'usage de la force publique contre des citoyens pour l'exécution des obligations constatées dans les titres. À cet égard, le Professeur CROZE a vu juste quand il affirme que :

[237] Article 1re du décret n° 47-1047 du 12 juin 1947 relatif à la formule exécutoire, JORF du 13 juin 1947 page 5487

[238] Cette différence de formulation se justifie par une spécificité propre aux personnes morale de droit public qui ne peuvent subir une mesure d'exécution forcée malgré leur condamnation. La formule classique ne saurait donc régler cette situation. V. sur cette précision R. PERROT et Ph. THERY, *op. cit*, n° 295, p. 310

« *le titre exécutoire est certainement le titre civil le plus puissant de France, puisqu'il est le seul à permettre le déclenchement de la contrainte étatique* »[239].

Dans ces conditions, le minimum que lesdits citoyens sont en droit d'exiger de la République avant l'apport de cette caution, est que cette dernière s'assure que les constatations des titres pour l'exécution desquelles elle apporte sa caution sont irrévocables. En effet, quoi de plus troublant de savoir que l'autorité morale par excellence dans un Etat de droit, à savoir l'Etat lui-même, apporte sa caution à l'exercice de la force publique pour l'exécution d'un titre susceptible d'annulation ?

Cette question prend tout son sens quand on sait qu'il existe des risques potentiels d'annulation des titres exécutoires fondés sur des actes juridiques privés. Quid donc du respect des droits fondamentaux des personnes qui viendraient à subir des exécutions forcées des obligations dont elles ne sont en réalité pas débitrices ?

Au demeurant, il ne serait pas inexact d'alléguer que l'annulation d'un titre exécuté avec l'onction, si ce n'est la caution de la République, en plus d'engager la responsabilité du créancier, met aussi en cause celle de l'Etat ! Est-il normal dans ces conditions que l'Etat engage aussi légèrement sa responsabilité, se retrouvant à faire une utilisation inconséquente des deniers publics ?

Toutes ces interrogations montrent à suffisance que l'apposition de la formule exécutoire sur un titre dont les constatations ne sont pas irrévocables et donc susceptibles d'annulation relève d'une aberration juridique. L'exposé de la finalité du titre exécutoire permettra de s'en rendre compte. Mais avant cet exposé, il convient d'aborder la dernière formalité nécessaire à l'acquisition par l'acte fondamental de la force exécutoire.

e- La notification de l'acte revêtu de la formule exécutoire

89. L'exigence de notification préalable à toute exécution-. L'ultime condition à remplir par l'acte fondamental avant d'acquérir la force exécutoire est sa notification à la partie contre laquelle il doit être opposé. Ce principe est posé par l'article 503[240] du code de procédure

[239] H. CROZE, « La circonstance qu'une créance de nature commerciale soit constatée par un acte notarié ne modifie pas la durée de la prescription », *JCP G*, n° 29, 19 juillet 2006, II 10129

[240] « *Les jugements ne peuvent être exécutés contre ceux auxquels ils sont opposés qu'après leur avoir été notifiés, à moins que l'exécution n'en soit volontaire. En cas d'exécution au seul vu de la minute, la présentation de celle-ci vaut notification* ».

civile français. Le droit OHADA, en ce qui le concerne n'a pas disposé sur ce point[241] qui a plutôt été réglé par les législations internes à chaque État partie[242].

Cet article n'a disposé qu'à l'égard des seuls jugements. Par conséquent, la question de son application aux actes administratifs et actes juridiques privés s'impose. S'agissant des actes administratifs, la cour de cassation a précisé : « *les titres exécutoires, émis par une personne morale de droit public, ne peuvent donner lieu à une mesure d'exécution forcée s'ils n'ont pas été préalablement notifiés au débiteur* »[243].

90. L'exception des actes juridiques privés exécutoires-. S'agissant des actes juridiques privés, ni la loi, ni même la jurisprudence ne consacre la règle de la notification préalable. Il va sans dire qu'en l'état actuel du droit, cette exigence ne concerne pas les actes juridiques privés exécutoires. Les titulaires desdits actes peuvent donc en poursuivre l'exécution forcée sans aucune formalité préalable de notification[244].

Sous-section II : Les avantages décisifs du titre exécutoire

91. Le renforcement des avantages liés à la détention d'un titre exécutoire.- Depuis la loi *n° 91-650 du 9 juill. 1991* **portant réforme des procédures civiles d'exécution**, qui a revalorisé le titre exécutoire en droit français, les avantages liés à la détention de ce titre se sont accrus. Cette tendance a été suivie par l'AUVE. Ces avantages se retrouvent aussi bien au niveau des voies d'exécution (A), que de leur caractère contraignant (B).

A- Les voies d'exécution

Les avantages liés à la détention par le créancier d'un titre exécutoire s'observent particulièrement au niveau des mesures exécutoires (1) d'une part et des mesures conservatoires (2) d'autre part.

---

[241] V. sur l'absence de disposition en ce sens en droit OHADA supra, n° 30

[242] V. pour ce qui concerne le Bénin, l'article 570[242] de la loi n° 2008-07 du 28 février 2011 portant code de procédure civile, commerciale, sociale et administrative des comptes au Bénin

[243] Civ. 2e, 10 nov. 1998, n° 95-20139, Bull. civ. II, n° 269, au sujet des titres de recette émises par les collectivités et les établissements publics locaux. Cette règle a été ensuite confirmée concernant d'autres titres : Civ. 2e, 1er juill. 1999, n° 97-13255, *Bull. civ. II*, n° 130, au sujet des titres émis par l'établissement national des invalides (ENM) ; Civ. 1er, 18 mars 2003, n° 00-21274, *Dr. et proc*. 2003, p. 315, obs. C. Caille, au sujet de titre émis par une caisse de crédit municipal

[244] Dans la pratique ces actes sont préalablement notifiés à leur exécution. V. Ph. HOONAKKER, *Procédures civiles d'exécution*, *op. cit*. n°249, p. 124

1- Les mesures exécutoires

À ce niveau, les avantages liés à la détention d'un titre exécutoire s'observent singulièrement en matière de saisie-attribution (a) puis de le saisie-vente (b).

a- La saisie-attribution

92. La suppression du jugement de validité et la consécration de l'effet attributif immédiat de la saisie-. La nouvelle saisie exécutoire portant sur des sommes d'argent encore désignée sous le vocable de saisie-attribution aussi bien par le droit français que de l'AUVE, rend perceptible le but de revalorisation des titres exécutoires entrepris par ces deux législations. Ainsi, des avancées substantielles sont à noter au niveau de ces deux textes par rapport à la procédure antérieure dénommée saisie-arrêt.

Dans l'ancienne procédure de saisie-arrêt qui était la procédure utilisée pour saisir des sommes d'argent[245], même détenteur d'un titre exécutoire, le créancier n'avait pas le droit de procéder directement à une mesure exécutoire. En effet, la procédure devait se faire en deux temps. La créance objet de la saisie devait d'abord faire l'objet d'une saisie conservatoire. Ensuite, le créancier avait l'obligation d'assigner le débiteur en validité de la saisie. Ce n'est que le jugement de validité qui emportait l'attribution. Tout autre est la situation du créancier titulaire d'un titre exécutoire sous l'empire des nouveaux textes.

En droit OHADA aussi bien qu'en droit français, ce dernier peut pratiquer directement une mesure exécutoire qui opère attribution immédiate des créances objets de la saisie à son profit. C'est ce qui ressort en substance de l'article 154 de l'AUVE et de l'alinéa premier de l'article L. 211-2 du code des procédures civiles d'exécution française. Le premier dispose : « *l'acte de saisie emporte, à concurrence des sommes pour lesquelles elle est pratiquée ainsi que tous ses accessoires, mais pour ce montant seulement, attribution immédiate au profit du saisissant de la créance saisie, disponible entre les mains du tiers.*
Les sommes saisies sont rendues indisponibles par l'acte de saisie.
Cet acte rend le tiers personnellement débiteur des causes de la saisie dans la limite de son obligation ». Quant au second, il précise : « *l'acte de saisie emporte, à concurrence des sommes*

[245] Le domaine d'application de cette saisie était plus étendu. Elle pouvait s'appliquer à toute sorte « d'effets mobiliers ». V. sur cette question pour le droit français R. PERROT et Ph. THERY, *op. cit*. n° 344, p. 363 et pour ce qui concerne le droit OHADA, N. DIOUF, « Commentaire sous TITRE IV de l'AUVE » in *OHADA, Traité et Actes Uniformes commentés et annotés*, éd. JURISCOPE 2008, 3ème éd., p. 814

pour lesquelles elle est pratiquée, attribution immédiate au profit du saisissant de la créance saisie, disponible entre les mains du tiers ainsi que de tous ses accessoires. Il rend le tiers personnellement débiteur des causes de la saisie dans la limite de son obligation ».

Malgré la différence de rédaction du reste à peine visible entre ces deux textes, il n'en demeure pas moins qu'ils consacrent tous deux une même règle, un même droit sinon un même avantage au profit du créancier titulaire d'un titre exécutoire : l'attribution immédiate de la créance cause de la saisie ainsi que de tous ses accessoires au profit du créancier qui n'avait lieu sous l'ancienne saisie-arrêt qu'au moment du prononcé du jugement de validité[246].

Cet avantage qu'octroie au créancier détenteur d'un titre exécutoire la règle de l'attribution immédiate s'observe avec plus d'acuité au niveau de sa portée. Ainsi, l'attribution immédiate opère ce qu'on a appelé « *un transfert de propriété instantané* »[247] au profit du créancier saisissant.

L'attribution immédiate confère au créancier saisissant un droit exclusif[248] sur cette créance de nature à faire barrage à toutes velléités de tous autres créanciers sur la même créance, ce dernier fût-il privilégié[249]. Toutefois, il convient de préciser que cette exclusivité ne joue pas vis-à-vis des créanciers qui ont signifié un acte de saisie-attribution le même jour, ces derniers étant considérés comme étant en situation de concours avec le créancier saisissant[250].

---

[246] Cass. civ., 25 janv. 1923, DP 1925. I. 183 : « le jugement de validité a pour effet de dessaisir le débiteur des sommes saisies-arrêtées pour en faire attribution exclusive au saisissant qui, dans la limite où la saisie a été autorisée et validée, devient ainsi créancier direct du tiers saisi »

[247] V. DIOUF N. « Commentaire sous TITRE IV de l'AUVE », *précit*., précisant que : « tout se passe comme le transfert de propriété est instantané » et la jurisprudence de la CCJA précisant dans une affaire Dame KHOURIE Marie c/ SGBCI que : « l'effet attributif immédiat de la saisie-attribution entraînant transfert instantané de la créance saisie disponible dans le patrimoine du saisissant, le juge de l'exécution ne peut pas suspendre les effets de la dite saisie-attribution en accordant des délais de paiement », cit. par ETOUNDI O. F., *La pratique de la saisie attribution à la lumière de la jurisprudence de la CCJA de l'OHADA*, éd. NUMERIX 2006, p. 50

[248] V. J.-P SENECHAL, « L'acte notarié : une quasi-sûreté », *Rép. Defrénois*, 1993, art. 35660, pp. 1313 et s.

[249] V. sur ce point l'art. 155 al. 2 de l'AUVE qui dispose : « *la signification ultérieure d'autres saisies ou de tout autre mesures de prélèvement, même émanant de créanciers privilégiés, ne remettent pas en cause cette attribution (…)* » et l'art. L. 211-2 du CPCE français qui dispose : «*La notification ultérieure d'autres saisies ou de toute autre mesure de prélèvement, même émanant de créanciers privilégiés, ainsi que la survenance d'un jugement portant ouverture d'une procédure de sauvegarde, de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire ne remettent pas en cause cette attribution* »

[250] V. l'art. 155 al. 1re de l'AUVE qui dispose : *« Les actes de saisie signifiées au cours de la même journée entre les mains du tiers sont réputés faits simultanément. Si les sommes disponibles ne permettent pas de désintéresser la totalité des créanciers ainsi saisissants, ceux-ci viennent en concours* » et l'art. L. 211-2 in *fine* du CPCE qui dispose *« Toutefois, les actes de saisie notifiés au cours de la même journée entre les mains du même tiers sont réputés faits simultanément. Si les sommes disponibles ne permettent pas de désintéresser la totalité des créanciers ainsi saisissants, ceux-ci viennent en concours* »

Ce droit exclusif fait même échec au principe d'égalité des créanciers en cas d'ouverture d'une procédure collective. C'est ce que prévoit l'alinéa 2 de l'article L. 211-2 du CPCE qui dispose : « *La notification ultérieure d'autres saisies ou de toute autre mesure de prélèvement, même émanant de créanciers privilégiés, ainsi que la survenance d'un jugement portant ouverture d'une procédure de sauvegarde, de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire ne remettent pas en cause cette attribution* ».

Ainsi, si le débiteur venait à faire l'objet d'une procédure de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire postérieurement à la signification de l'acte de saisie-attribution au tiers saisi, l'effet attributif immédiat qui lui est attaché ne serait pas pour autant remis en cause[251]. L'article L. 211-2, al. 2 du code des procédures civiles d'exécution dispose en effet : « *la notification ultérieure d'autres saisies ou de toute autre mesure de prélèvement, même émanant de créanciers privilégiés, ainsi que la survenance d'un jugement portant ouverture d'une procédure de sauvegarde, de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire, ne remettent pas en cause cette attribution* ». Cette protection a toutefois été altérée par la loi du 26 juillet 2005 relative à la sauvegarde des entreprises. En effet, il ressort de l'article L. 632-2, alinéa 2 du code de commerce créé par ladite loi, qu'une saisie-attribution pratiquée par un « *créancier à compter de la date de cessation de paiement et en connaissance de celle-ci* » peut être annulée. Les saisies-attribution pratiquée durant la période « suspecte » peuvent donc être annulées[252].

Cette dernière solution n'a pas été retenue par le droit OHADA. En effet, l'article 155 alinéa 2 de l'AUVE dispose : « *la signification ultérieure d'autres saisies ou de tout autre mesure de prélèvement, même émanant de créanciers privilégiés ne remettent pas en cause cette attribution,* ***sans préjudice des dispositions organisant les procédures collectives*** ». Il ressort de cet article que la règle de l'attribution immédiate ne peut préjudicier aux dispositions de l'Acte Uniforme sur les Procédures collectives et d'apurement du passif[253].

---

[251] V. Ph. Théry, « L'incidence d'une procédure collective sur les procédures civiles d'exécution », *Rev. huiss*. 2002. 140 et s. sur l'intérêt de cette règle ; Com. 11 juin 2002, D. 2002.2256, Rev. huiss. 2002. 372, obs. Putman sur l'absence de protection du créancier lorsque la procédure collective est dirigée contre le tiers-saisi

[252] V. en ce sens L. Lauvergnat, « L'annulation de la saisie-attribution pratiquée en période suspecte », *Rev. huiss*. 2007. 254 ; V. en sens contraire préalablement à la loi loi du 26 juillet 2005, TGI Quimper, *Jex*, 3 févr. 1994, p. 703, note G. DAHAN ; TGI Dijon, JEX, 11 févr. 1994. Rev. Huissiers 1994, p. 954 ; CA Rennes, 3 mars 1994, *JCPE* 1995.I.457 jugeant que les nullités appliquées aux actes accomplis durant la période suspecte ne sont pas applicables à la règle de l'effet attributif immédiat

[253] V. sur ce point ISSA-SAYEG J., « **Présentation des dispositions sur les procédures simplifiées de recouvrement et les voies d'exécution », www.ohada.com, *Ohadata D-06-08*, p. 19**

Or les dispositions de l'AUPCAP posent la règle selon laquelle l'ouverture d'une procédure collective quelle qu'elle soit[254] à l'encontre du débiteur suspend toutes les poursuites individuelles qui ne sont pas encore définitives[255]. Ce choix se justifie parfaitement en droit et en opportunité.

93. La justification du choix du droit OHADA-. D'abord en droit, le fait de sortir la créance objet de l'attribution immédiate de l'actif du débiteur et donc de la masse partageable par les créanciers, ne saurait s'expliquer, et pour cause, l'attribution immédiate de la créance objet de la saisie-attribution ne sera en vérité définitive qu'après examen d'une éventuelle contestation du débiteur ou de l'accord exprès de paiement du débiteur. Ce qui n'était pas le cas de l'ancienne saisie-arrêt après le jugement de validité qui purgeait la procédure de tous ses vices.

Il faudra donc la décision de rejet d'éventuelles contestations du débiteur ou son accord exprès de paiement pour que la procédure ne devienne définitive. Ce n'est qu'à ce moment que la créance objet de saisie quittera irrévocablement le patrimoine du saisi. Dans ses conditions, prévoir une absence de remise en cause de cette créance avant cette ultime étape reviendrait à nier au débiteur le droit de contestation de la saisie.

En opportunité, l'absence de remise en cause de l'effet attributif immédiat de l'acte de saisie-attribution, marque clairement le choix du droit OHADA de sacrifier les intérêts des créanciers à ceux de l'entreprise dont le redressement constitue un objectif pressant.

Ces avantages décisifs liés à la procédure de la saisie-attribution, et rendus possibles uniquement par la détention d'un titre exécutoire s'observent aussi dans une certaine mesure en matière de saisie-vente.

---

[254] Le concordat désigné en droit français sous le vocable de procédure de sauvegarde, le redressement et la liquidation judiciaire.

[255] V. pour ce qui concerne la procédure de concordat l'article 9 de l'AUPCAP qui dispose : « la décision prévue par l'article 8 ci-dessus suspend ou interdit toutes les poursuites individuelles tendant à obtenir le paiement des créances désignées par le débiteur et nées antérieurement à ladite décision.
La suspension concerne aussi bien les voies d'exécution que les mesures exécutoires (…) ».
S'agissant des procédures de redressement et de liquidation judiciaires, voir l'article 75 al. 1re de l'AUPCAP qui dispose : « la décision d'ouverture suspend ou interdit toutes les poursuites individuelles tendant à faire reconnaître des droits et des créances ainsi que toutes les voies d'exécution tendant à obtenir le paiement, exercées par le créancier composant la masse sur les meubles et immeubles du débiteur (…) ».

b- La saisie-vente

94. Des avantages essentiellement liés à des situations de concours-. Les avantages que procurent la détention d'un titre exécutoire s'observent ici essentiellement au niveau des concours, qu'il s'agisse des créanciers ayant des prétentions concurrentes à celles du créancier poursuivant que de la masse des créanciers après l'ouverture d'une procédure collective.

95. Les possibilités et les limites du concours lié à la détention d'un titre exécutoire -. S'agissant des créanciers ayant des prétentions concurrentes à celles du créancier poursuivant, il convient de noter que la détention d'un titre exécutoire leur permet de concourir à la distribution des deniers issus de la saisie. La seule exigence qui leur est faite est l'exigence de notifier au créancier poursuivant leur opposition avant la vérification des biens saisis. Cette règle est la même aussi bien en droit OHADA qu'en droit français[256].

A contrario, le créancier saisissant détenteur d'un titre exécutoire voit les risques de concours limités. Ainsi, ce dernier acquiert après la vérification des biens, mais seulement dans l'hypothèse où il n'enregistre avant ce délai aucune notification d'opposition, un droit exclusif sur le produit de l'adjudication[257]. Cet avantage, il le doit à la détention d'un titre exécutoire.

96. L'absence de concours en cas d'ouverture de procédures collectives -. C'est aussi la détention d'un titre exécutoire qui protège les créanciers saisissants et opposants d'une remise en cause de la saisie en cas d'ouverture d'une procédure collective. En effet, l'ancien article 54 de la loi du 9 juillet 1991 devenu l'article L.221-5 du CPCE fait la précision suivante : « *seuls sont admis à faire valoir leurs droits sur le prix de la vente les créanciers saisissants ou opposants qui se sont manifestés avant la vérification des biens saisis et ceux qui, avant la saisie, ont procédé à une mesure conservatoire sur les mêmes biens* ».

[256] L'**Article. L. 221-5** du CPCE dispose que : « Seuls sont admis à faire valoir leurs droits sur le prix de la vente les créanciers saisissants ou opposants qui se sont manifestés avant la vérification des biens saisis et ceux qui, avant la saisie, ont procédé à une mesure conservatoire sur les mêmes biens ». Quant à l'AUVE, c'est son article 130 al. 2 qui précise que : « tout créancier réunissant les conditions prévues à l'article 91 du présent acte uniforme peut se joindre à une saisie déjà pratiquée sur les biens du débiteur, par le moyen d'une opposition en procédant, au besoin, à une saisie complémentaire.
Aucune opposition ne peut être reçue après la vérification des biens. ». les conditions de l'article 91 ne sont rien d'autre que celles liées à la détention d'un titre exécutoire remplissant constatant une créance liquide et exigible.

[257] V. sur ce point J.-P. SENECHAL, « l'Acte notarié : une quasi-sûreté », *Défrenois* 1993, 1ère Partie, p. 1317

Cet article évince clairement tous autres créanciers que ceux qu'il énumère. Par conséquent, il est permis de dire qu'en cas d'ouverture d'une procédure collective postérieurement à l'adjudication, la masse des créanciers ne peut prétendre à des droits sur son produit.

D'ailleurs, dans son interprétation de l'article précité, la jurisprudence française précise que « *la procédure de saisie-vente ne s'achève que par la vente des biens saisis qui fait sortir ces biens du patrimoine du débiteur (…)* »[258]. Dès lors, il est permis d'affirmer que la règle de la suspension des poursuites individuelles qui ne s'applique, en cas d'ouverture d'une procédure collective, qu'aux procédures en cours, ne saurait trouver ici application. Par suite, c'est bien opportunément que le législateur français a rappelé cette exigence.

Mais le législateur OHADA quant à lui n'a pas cru devoir faire cette précision. En effet, aucune disposition de l'AUVE notamment sur la saisie-vente ne prévoit comme l'a fait l'article L.221-5 du CPCE que d'autres créanciers, hormis les créanciers saisissants et éventuellement les créanciers opposants, ne peuvent prétendre à des droits sur le produit de l'adjudication. Pour autant, quelques éléments permettent de dire que la même règle prévaut en droit OHADA.

Ainsi, en prévoyant à son article 75 que : « la décision d'ouverture **suspend** ou interdit toutes les poursuites individuelles (…) », l'AUPCAP, n'envisage que les procédures en cours[259], car il n'y a que ce qui est en cours qui puisse être suspendu. S'agissant d'une opération déjà achevée[260], elle ne peut qu'être remise en cause. Or l'AUPCAP parle bien de suspension et non de remise en cause. Par suite, en droit OHADA, il est permis d'affirmer malgré l'absence de prévision légale sur ce point que les créanciers de la masse ne sont pas admis à concourir avec les créanciers saisissants et éventuellement opposants en cas d'ouverture d'une procédure collective postérieurement à l'adjudication.

Néanmoins, il serait souhaitable que l'AUPCAP dispose comme c'est le cas en droit français expressément sur cette question.

2- Les mesures conservatoires

[258] Civ. 19 mai 1998 : *Bull. civ*. II, n° 161 ; D. 1998. 405, concl. Tatu
[259] V. dans le même sens F.M. SAWADOGO, « Commentaires sous l'art. 75 de l'AUPCAP » in *OHADA Traité et actes uniformes commentés et annotés*, éd. JURISCOPE, 3ème éd. 2008, p. 955
[260] C'est le cas d'une adjudication qui marque l'achèvement de la procédure de saisie-vente.

97. La dispense d'autorisation du juge de l'exécution-. En principe, aussi bien en droit français qu'en droit OHADA[261], le droit pour un créancier de pratiquer une mesure conservatoire sur les biens de son débiteur est subordonné à deux conditions cumulatives : d'abord, ce dernier doit justifier d'une apparence de créance dont le recouvrement est menacé. Selon la doctrine et la jurisprudence[262], le péril de recouvrement est synonyme de risque d'insolvabilité imminente du débiteur. En clair, en l'absence de la preuve par le créancier d'un risque imminent d'insolvabilité du débiteur, ce dernier ne peut prétendre au droit de pratiquer une mesure conservatoire sur ses biens ; le créancier doit, en outre, solliciter cette mesure devant le juge compétent[263].

Ce principe n'est pas appliqué au créancier détenteur d'un titre exécutoire. En effet, il ressort de l'article 55 al. 1re l'AUVE ainsi que de l'article L.511-2 du CPCE qu'une autorisation préalable n'est pas nécessaire lorsque le créancier se prévaut d'un titre exécutoire. Mieux que cette dispense, c'est plus la panoplie d'avantages qu'elle entraîne qui interpelle. Lesdits avantages s'observent particulièrement à deux niveaux : d'abord au niveau des concours et ensuite du rang en matière d'inscription de sûreté.

Le droit de concourir. S'agissant du concours, le créancier détenteur d'un titre exécutoire qui met à exécution son droit de dispense d'autorisation et pratique une saisie conservatoire évite d'être évincé, soit par une saisie-attribution, soit par une saisie-vente. Ainsi, s'il a pu signifier en premier lieu sa saisie, au lieu d'être évincé, il pourra venir en concours.

Le droit d'inscrire des sûretés. Pour ce qui concerne les sûretés conservatoires, le créancier dispensé bénéficie d'une supériorité. Il pourra prendre immédiatement une inscription et acquérir par conséquent un droit de suite et un droit de préférence. Ceci lui permettra d'éviter

[261] V. l'article 54 de l'AUVE et l'article L.511-1 du CPCE

[262] V. N. DIOUF, « commentaire sous article 54 de l'AUVE », *précit*., p.785

[263] Le juge compétent est le JEX en droit français tandis que le droit OHADA parle de juridiction compétente. Il s'agit en réalité du juge de **l'article 49 de l'AUVE**. Cet article dispose en effet : *« la juridiction compétente pour statuer sur tout litige ou toute demande relative à une mesure d'exécution forcée ou à une saisie conservatoire est le président de la juridiction statuant en matière d'urgence ou le magistrat délégué par lui (…)* ». Ce juge n'est autre que le juge des référés. Toutefois, eu égard à l'aptitude limitée du juge des référés à préjudicier au fond du litige, on a pu dire qu'il s'agit en réalité d'un juge des référés à compétence étendue. V. en ce sens… En réalité, le droit OHADA s'est gardé de parler de *Jex*, pour tenir compte du fait que la plupart des pays membres de l'OHADA ne connaissait pas au moment de l'entrée en vigueur de l'AUVE l'institution du JEX. Signalons qu'en France ce n'est qu'en 1991, à la faveur de la loi du 9 juillet 1991 que ce juge a été institué. Mais après plus d'une décennie d'application, il est temps que les pays qui n'ont pas encore mis en place cette institution emboîtent le pas à ceux qui l'ont déjà fait. A ce titre, il convient de signaler que le Bénin a institué le JEX (V. article 583 et suivant de la loi n° 2008-07 du 28 février 2011 portant code de procédure civile, commerciale, sociale, administrative et des comptes au Bénin)

qu'un événement inattendu tel une aliénation du bien ou même l'ouverture d'une procédure collective ne l'empêche d'inscrire une sûreté sur le bien de son débiteur[264].

98. La dispense d'assignation au fond-. Plus que la dispense d'autorisation du *Jex*, la dispense d'assignation produit des effets significatifs. Ainsi, le créancier n'aura plus besoin d'initier une instance au fond pour obtenir un titre exécutoire. Or, l'instance au fond, s'agissant d'une procédure judiciaire est de nature à purger la demande du créancier de tous les vices éventuels qui auraient pu jeter l'ombre d'un doute sur sa validité[265], car justement une procédure judiciaire a vocation à garantir les droits de la défense. Il est donc juste de dire que l'instance au fond valide la créance du créancier. C'est du reste pour cette raison que l'appellation « instance en validité » doit être préférée à celle « d'instance au fond » qui l'a remplacée.

De fait, le créancier n'aura juste qu'à convertir sa saisie conservatoire en saisie exécutoire – saisie-vente ou saisie-attribution- au moyen d'un acte de conversion[266].

Les avantages liés à la détention d'un titre exécutoire s'observent avec plus d'acuité en matière de sûreté conservatoire. Ainsi, le créancier est autorisé à prendre une inscription définitive, si après la formalisation et la signification au débiteur de l'inscription provisoire, ce dernier ne la conteste pas dans le délai légal prévu[267]. Ce qui fait que la seule détention d'un titre exécutoire peut permettre à un créancier chirographaire de se transformer en un temps record en l'absence de contestation du débiteur, en un créancier hypothécaire.

Plus que l'exercice en soi d'une voie d'exécution, la délivrance d'un titre exécutoire apparaît comme un acte grave et doit donc s'entourer d'un maximum de précaution au regard du caractère contraignant de la mesure.

B- Le caractère contraignant de la mesure

[264] Le droit OHADA notamment l'article 133 de l'AUPCAP prévoit par exemple l'hypothèque légale de la masse des créanciers qui peut être prise dans les dix jours à compter de la décision judiciaire d'ouverture de la procédure collective à la requête du greffier ou du syndic. Ainsi, le créancier dispensé de l'autorisation à la possibilité d'avoir un rang antérieur à celui de la masse, le cas échéant.

[265] Cette nuance n'a son sens que dans les cas où le titre exécutoire a été délivré en dehors de toute procédure judiciaire.

[266] V. les articles 82 et s. de l'AUVE et … du CPCE

[267] L'article R-532.5 du CPCE prévoit la signification de l'inscription provisoire au débiteur dans un délai de 8 jours à compter du dépôt du bordereau d'inscription. L'article L.532.6 prévoit quant à lui que dans le cas où le créancier est titulaire d'un titre exécutoire, l'inscription définitive ne peut intervenir avant un délai d'un mois à compter de la signification au débiteur de l'inscription provisoire. A contrario, en l'absence de contestation par le débiteur dans un délai d'un mois à compter de la signification qui lui est faite, le créancier est autorisé à prendre une inscription définitive.

99. L'indisponibilité-. Toute voie d'exécution quelle qu'elle soit – conservatoire ou exécutoire - produit un effet de contrainte sur le débiteur saisi. La contrainte résulte de l'indisponibilité des biens objets de la saisie. L'indisponibilité est une interdiction légale qui « *ôte au débiteur la faculté de disposer du bien saisi* »[268]. Mais en soi, cette interdiction ne garantit pas à elle seule la représentation du bien saisi. Aussi, l'indisponibilité se traduit ou s'accompagne d'un certain nombre de mesures visant à assurer son efficacité. Ainsi, les manifestations de l'indisponibilité varient selon le type de saisie pratiquée.

Lorsque la saisie porte sur un bien meuble corporel, l'indisponibilité s'accompagne de la conservation du bien saisi. La conservation est assurée soit par la désignation du gardien soit par l'appréhension matérielle du bien saisi – remise à un séquestre, immobilisation d'un véhicule automobile- . Ceci permet d'éviter que le bien ne soit ni déplacé, ni détérioré ni surtout aliéné, car s'il devait l'être au profit d'un acquéreur de bonne foi, sa revendication serait en principe impossible[269]. En tout état de cause, tout est organisé pour soustraire le bien à l'emprise du saisi. Et dans le cas où le débiteur est constitué gardien du bien saisi, toute détérioration, déplacement ou aliénation du bien en dehors des cas autorisés est pénalement sanctionné par l'infraction de détournement d'objet saisi[270].

S'agissant d'une saisie portant sur une créance, notamment la saisie-attribution, l'indisponibilité est renforcée par l'effet attributif immédiat qui enlève au débiteur saisi la titularité de la créance saisie. De sorte que tout acte – cession, paiement ou compensation, novation ou délégation- de ce dernier visant à modifier, éteindre ou même transférer ladite créance serait nul[271].

Enfin, lorsque la saisie porte sur un immeuble, l'indisponibilité n'est opposable aux tiers[272] qu'à partir du jour où le commandement de payer a été publié au fichier immobilier[273]. Dès lors, toute acte –aliénation, démembrement du droit de propriété – leur est inopposable.

---

[268] R.PERROT, Ph. THERY, *op. cit*. n° 179, p. 187

[269] Art. 2276 du code civil français

[270] Article 314-6 du code pénal français : « *le fait par le saisi de détruire ou de détourner un objet saisi entre ses mains en garantie des droits d'un créancier et confié à sa garde ou à celle d'un tiers est puni de trois ans d'emprisonnement et de 375000 euros d'amende* »

[271] Cette nullité trouve sa cause dans une absence d'objet.

[272] Il s'agit ici des tiers autres que les tiers-saisis –détenteur ou caution réelle- pour lesquels les effets de la saisie courent à partir de la signification du commandement comme c'est le cas pour le débiteur-saisi, V. sur ce point G. Couchez et D. Lebeau, *op. cit*., n° 422 et s., p. 248 et s. et 435 et s., p. 253 et s.

[273] Article L. 321-5 du code des procédures civiles d'exécution et article

En vérité, c'est moins l'indisponibilité en soi que les conséquences qu'elle produit *in fine* sur l'activité économique du débiteur, qui la rende redoutable et invite à plus de précaution dans la délivrance du titre exécutoire, titre de la mise en œuvre duquel elle découle.

100. Le gel des activités économiques du débiteur-. En empêchant le débiteur de disposer librement de ses biens – biens mobiliers ou immobiliers, sommes d'argent, etc. – l'indisponibilité peut contribuer à geler son activité économique. Tel est le cas lorsque la saisie porte sur une part importante du patrimoine du débiteur. L'homme d'affaire Bernard Tapie ne déclarait-il pas, après une saisie conservatoire dont ses biens ont été l'objet dans l'affaire qu'il convient d'appeler affaire « arbitrage Adidas » : "*À l'heure où je vous parle, alors qu'il n'y a aucun jugement, je ne peux plus vous faire un chèque de 10 euros*"[274].

Ce gel de l'activité économique du débiteur a forcément un impact sur l'économie, que le débiteur considéré soit un ménage ou une entreprise. S'agissant d'un ménage[275], l'indisponibilité plombe son pouvoir d'achat, ce qui fragilise la chaîne de la consommation qui est un élément indubitablement nécessaire à la construction du tissu économique. Pour ce qui concerne l'entreprise, les conséquences de l'indisponibilité sont plus significatives[276]. En effet, le gel de l'activité économique de l'entreprise induit pour elle un risque potentiel de faillite avec ses corollaires. Ainsi au cas où ce gel engendré par l'indisponibilité conduirait l'entreprise à la faillite, au-delà des intérêts personnels de ses dirigeants et actionnaires, c'est l'économie nationale qui en ressort affaiblie.

[274] http://lci.tf1.fr/france/bernard-tapie-au-20h-de-tf1-ce-soir-8122843.html

[275] Il est à préciser que dans l'hypothèse d'une saisie de créance, selon l'article L. 162-2 du code des procédures civiles d'exécution, « le tiers-saisi, laisse à disposition du débiteur personne physique, dans la limite du solde créditeur du ou des comptes au jour de la saise, une somme à caractère alimentaire d'un montant égale au montant forfaitaire, pour un allocataire seul (…) » correspondant au revenu de solidarité active sans qu'aucune demande de la part de ce dernier soit nécessaire ; V. L. Lauvergnat , « Brêves remarques sur le déclenchement d'office du solde bancaire insaisissable », Rev. huiss. 2009. 188 ; « Le décret n° 2009-1694 du 30 décembre 2009 relatif à la mise à disposition automatique d'une somme à caractère alimentaire sur un compte saisi : les faux-semblants d'une clarification attendue », Droit et procédures 2010. 76 ; « Le solde bancaire insaisissable : mythe ou réalité », JCP 2010. 1161 ; Ph Hoonakker, « Le RSA bancaire ou la mise à disposition automatique d'une somme à caractère alimentaire sur un compte saisi », *D*. 2010. 1890

[276] V. S. Amrani-Mekki et Y. Strickler, op. cit., n° 510, pp. 782-783, sur les conséquences notamment la « gêne financière » qu'une saisie conservatoire de compte bancaire d'une entreprise est susceptible d'entrainer pour celle-ci, s'agissant particulièrement du cas d'une saisie conservatoire pratiquée sur la base d'un titre exécutoire par provision

Ainsi, la faillite d'une entreprise est toujours synonyme de moins-value pour l'Etat. Cette moins-value se traduit par les contributions diverses que cette entreprise et ses actionnaires auraient pu payer à l'État si elle n'avait pas été contrainte à la faillite. Aussi, la faillite d'une entreprise entraine indubitablement des pertes d'emplois qui a comme corollaire une perte du pouvoir d'achat des ménages concernés et donc un affaiblissement de la chaîne de la consommation. Ce qui conduit *in fine* à impacter négativement sur l'économie nationale.

Cette situation n'aurait été nullement gênante ou en tout état de cause aurait pu s'expliquer *mutatis mutandis* par le maintien d'une bonne santé de l'économie nationale par une nécessité de sécurisation des relations économiques et notamment du crédit si, la délivrance des titres qui servent de fondement à ces saisies et donc engendrant cette indisponibilité elle-même responsable de ce gel, s'entourait d'un maximum de précaution. Mais tel ne semble vraisemblablement pas le cas. Pour s'en rendre compte, il sied d'examiner la valeur du titre exécutoire.

SECTION II : LA VALEUR DU TITRE EXECUTOIRE

101. Division.- La loi donne une idée de ce que vaut un titre exécutoire à travers la vérité qu'elle lui attache (paragraphe I). Cette vérité exprime clairement ce que devrait être un titre exécutoire. Ces exigences légales fournissent des critères d'appréciation d'un titre exécutoire. Leur respect revêt une importance capitale au regard de la caution que l'Etat apporte à la mise en œuvre du titre exécutoire. D'ailleurs cette caution de l'Etat induit une autre vérité légale (paragraphe II).

Sous-section I: La vérité légale attachée au titre exécutoire

102. Division.- La vérité qu'attache la loi au titre exécutoire doit être appréhendée à travers la question de son intangibilité (A) et de la portée de celle-ci (B).

A- l'intangibilité du titre exécutoire

103. L'exigence d'une créance certaine-. La créance constatée dans un titre exécutoire doit justifier de certaines conditions exigées par la loi. Parmi celles-ci, une revêt une importance particulière, eu égard au caractère qu'elle confère au titre. Il s'agit de la certitude. Expressément

exigé par le droit OHADA[277], le caractère certain de la créance en droit français, autrefois expressément exigé, ne résulte depuis la loi nº 91-650 du 9 juillet 1991, que d'une interprétation déductive de l'article L. 111-2 du CPCE.

L'article L.111-2 du CPCE dispose que « *Le créancier muni d'un **titre exécutoire** constatant une créance liquide et exigible peut en poursuivre l'exécution forcée sur les biens de son débiteur dans les conditions propres à chaque mesure d'exécution* ». Cette omission du caractère certain de la créance ne doit être interprétée comme son abandon.

Les travaux parlementaires qui ont présidé au vote de la loi n°91-650 du 9 juillet 1991 révèle en effet que la mention du caractère certain, aurait été un pléonasme[278], puisque celui-ci résulte déjà du caractère exigible de la créance. Par suite, la certitude de la créance demeure bien un critère requis de la créance constatée dans le titre exécutoire en droit français comme c'est le cas en droit OHADA. Ainsi, un titre exécutoire est un titre qui constate une créance certaine. Cette définition légale du titre exécutoire suggère que le titre exécutoire est un titre intangible.

104. Le sens du caractère certain de la créance-. Le mot « certain » vient du latin *certus* qui signifie sûr et est défini comme ce qui est « *considéré comme vrai, indubitable (...)* » et est certain. Il s'agit d'un événement dont « *la probabilité est égale à l'unité* »[279]. Et selon le vocabulaire juridique de l'Association Henri CAPITANT, une créance certaine est « *une créance dont l'existence est incontestable et qui permet à son titulaire de pratiquer une saisie-exécution* »[280].

Le mot certain doit donc être pris dans le sens de l'intangibilité et en tant que tel, révèle l'expression d'une vérité légale s'agissant du titre exécutoire.

B- La portée légale de l'intangibilité

105. L'absence de remise en cause ultérieure du titre-. En qualifiant la créance constatée dans le titre exécutoire de certaine, il ne fait l'ombre d'aucun doute que le législateur entend

[277] V. l'article 31 de l'AUVE qui dispose : *« l'exécution forcée n'est ouverte qu'au créancier justifiant d'une **créance certaine**, liquide et exigible sous réserve des dispositions relatives à l'appréhension et à la revendication des meubles* ».
[278] V. en ce sens R. PERROT et Ph. THERY, *Procédures civiles d'exécution*, éd. DALLOZ 2013, n° 118, p. 127 citant au soutien de cette explication le rapport de Mme Catala à l'Assemblée nationale, p.31-32
[279] Larousse illustré 2013, p.188
[280] G. CORNU Association H. CAPITANT, *Vocabulaire juridique*, éd. PUF 2011, p. 157

par là qu'il s'agit d'une créance qui ne peut souffrir, sauf circonstance exceptionnelle[281] de remise en cause. D'ailleurs le contraire n'est pas imaginable, car comment comprendre qu'une mesure d'exécution soit autorisée sur la base d'un titre dont la validité n'est pas certaine ?

Ceci est d'autant vrai qu'en disposant que l'exécution forcée peut être poursuivie sur la base d'un titre exécutoire par provision, le législateur a bien pris le soin d'indiquer que ce sera au risque et péril du créancier. Cette précision révèle bien l'esprit de la loi qui, en précisant que la créance constatée par le titre exécutoire doit être certaine, exclut toute éventualité de remise en cause de la créance.

106. L'exception de l'exécution provisoire-. Pour donner un sens à l'exécution provisoire, la loi prévoit qu'une exécution forcée peut être poursuivie[282] jusqu'à son terme sur la base d'un titre exécutoire par provision sauf en ce qui concerne l'adjudication des immeubles[283]. Dans un élan on ne peut plus protecteur de ce droit à exécution forcée sur la base d'un titre exécutoire par provision, la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage (C.C.J.A) a, dans un premier temps, interdit que ce droit ne soit mis en échec par le jeu des défenses à exécution avant de se raviser.

Ainsi, dans son célèbre arrêt *époux Karnib*, la C.C.J.A. précise que l'ordonnance par laquelle, un Premier Président d'une cour d'appel, en application d'une loi nationale, suspend jusqu'à décision de la cour, l'exécution d'un jugement assorti de l'exécution provisoire, viole l'article 32 de l'AUVE[284]. Cette position a depuis évolué. Par trois arrêts en date du 19 juin 2003, la CCJA saisie d'un pourvoi dirigé contre des décisions ayant ordonné des sursis à exécution et fondé sur l'article 32 de l'AUVE, a précisé que cet article n'est pas applicable à la procédure de défense à exécution provisoire ouverte contre une décision assortie d'exécution provisoire

[281] Le cas d'un arrêt de cassation qui casse l'arrêt d'appel

[282] Le droit français réserve toutefois le cas où le titre exécutoire par provision est un jugement par défaut. Dans cette hypothèse, il résulte de l'article L. 311-4 alinéa 2 du CPCE qu'aucune poursuite n'est autorisée pendant le délai d'opposition »

[283] Article 32 de l'AUVE : « *à l'exception de l'adjudication des immeubles, l'exécution forcé peut être poursuivie jusqu'à son terme en vertu d'un titre exécutoire par provision. L'exécution est alors poursuivie aux risques du créancier, à charge pour celui-ci, si le titre est ultérieurement modifié de réparer intégralement le préjudice causé par cette exécution sans qu'il y ait lieu de relever de faute de sa part* » et en droit français article L. 311-4 alinéa 1re qui dispose : « *Lorsque la poursuite est engagée en vertu d'une décision de justice exécutoire par provision, la vente forcée ne peut intervenir qu'après une décision définitive passée en force de chose jugée* »

[284] CCJA, arrêt n°02/2001 du 11 oct. 2001, époux Karnib c/SGBCI, Rec. CCJA, n° spécial, janv. 2003, p. 37, www.ohada.com, *Ohadata J-02-06*

qui obéit à des règles spécifiques[285]. Mais la loi précise aussitôt que cette exécution forcée sera diligentée aux risques et périls du créancier. Ce dernier deviendra débiteur vis-à-vis du saisi, d'une créance de réparation de préjudice que lui aurait causé l'exécution forcée, si le titre venait à être modifié ultérieurement[286]. Cette règle est constante en jurisprudence[287].

Il convient toutefois de noter une différence de rédaction entre les textes français et OHADA. Ainsi, tandis que le droit OHADA parle d'une « réparation intégrale du préjudice causé par cette exécution », le CPCE parle d'une réparation en « nature ou par équivalent ». Par ailleurs, contrairement au droit français qui a gardé le silence sur le point de savoir s'il y a lieu de conditionner cette réparation à une faute à la charge du créancier, le droit OHADA prévoit expressément qu'il ne sera pas besoin de relever une faute à sa charge. L'absence de cette précision en droit français relève d'une omission si ce n'est de considérer que cette règle peut se déduire du libellé de l'article. C'est au demeurant dans ce sens que la jurisprudence interprète l'article L.111-10 al. 2[288].

En tout état de cause, la nature du préjudice né de l'exécution sur le fondement d'un titre exécutoire par provision révèle la valeur que le législateur attache au droit d'une personne de

Sous-section II : La vérité légale induite par la caution de l'Etat

107. Division.- La caution de l'Etat dans la mise en œuvre du titre exécutoire est sans doute l'une des expressions les plus significatives de la valeur du titre exécutoire, comme en témoignent les obligations qu'elle implique pour l'Etat (A). Par ailleurs cette caution de l'Etat est liée à un droit d'exécution au profit du bénéficiaire du titre, droit dont le non-respect est sanctionné (B).

A- Les obligations de l'Etat induites par la délivrance d'un titre exécutoire

[285] CCJA, arrêt n° 12/2003, 19 juin 2003 SEHICc/SGBC, Rec. n° 1, janv. juin 2003, p.13 Juriscope.org, *Ohada.com/ Ohadata J-04-104* ; Socom SARL c/ SGBC, Rec. n° 1, janv. juin 2003, p. 20, Juriscope.org., *Ohada.com/ Ohadata J-04-105* ; Socom SARL c/SGBC et BEAC, Rec. n° 1, janv. juin 2003, p. 20, Juriscope.org., *Ohada.com/ Ohadata J-04-106*.
[286] Article 31 de l'AUVE et art. L.111-10 du CPCE
[287] Civ. 2e, 14 nov. 1985 : Gaz. Pal. 1986. 2. Somm. 330, obs. Guinchard et Moussa ; Civ. 1re, 6 juin 1990, Bull. civ. I, n° 40 ;
[288] Civ. 3e, 1re juill. 1998 : Procédures 1998, Comm. 240, note Perrot

La délivrance d'un titre exécutoire met à la charge de l'Etat une obligation de fournir le concours de la force publique dans le cas où l'exécution forcée du titre le requiert (1), et impose, à ses services détenteurs d'informations utiles à la mise en œuvre du titre, de les fournir (2).

1- Le droit au concours de la force publique

108. Le réquisition légale de la force publique-. La détention d'un titre exécutoire ouvre droit à la réquisition de la force publique, toutes choses devant inciter le législateur à la prudence notamment eu égard aux implications de ce droit à la réquisition de la force publique. Ce droit au concours de la force publique est différemment consacré en droit français et en droit OHADA.

109. La formule exécutoire vaut réquisition en droit OHADA-. En droit OHADA, l'article 29 alinéa 2 de l'AUVE précise que : « *la formule exécutoire vaut réquisition de la force publique* ». Cette formulation paraît non seulement trop théorique, mais aussi va en totale contradiction du libellé de la formule exécutoire telle qu'appliquée dans la plupart des États membres de l'OHADA. Aussi, elle est dénuée de toute pertinence pratique.

110. L'incohérence de la règle de la réquisition automatique en droit OHADA-. ***L'incohérence théorique***. Dire que la formule exécutoire vaut réquisition directe de la force publique méconnaît la faculté qui est laissée à l'huissier par la formule exécutoire de recourir ou non à la force publique tel que le suggère le membre de phrase : « *(…) aux procureurs généraux et aux procureurs de la République près les tribunaux de grande instance d'y tenir la main, à tous commandants et officiers de la force publique de prêter main-forte* ***lorsqu'ils*** *en seront légalement requis (…) »*. En effet, ce membre de phrase précise bien que les dépositaires de la force publique n'apporteront leur concours que lorsqu'ils en sont légalement requis, ce qui suppose une faculté pour le bénéficiaire de ce droit de l'utiliser ou non.

Par ailleurs, la formulation de l'article précité suggère que l'apposition de la formule exécutoire constitue en soi une demande de concours faite par le bénéficiaire du titre sur lequel il est apposé, aux destinataires de la force publique. Or cette hypothèse, manque de logique et pour cause, le bénéficiaire du titre ou à tout le moins l'huissier de justice mandaté par ce dernier n'a encore à cette étape de la procédure formulé aucune demande dans ce sens. À moins de considérer que la demande en justice vaut demande de réquisition de la force publique pour l'exécution de la décision qui en découlera. Mais là encore, deux observations s'imposent.

Cette saisine implicite de la force publique suppose un minimum d'organisation administrative nécessitant une collaboration directe entre la justice et l'administration de l'Etat dépositaire de la force publique[289] qui permettrait à celle-ci d'être informée en temps réel des décisions ou des actes exécutoires, de façon à pouvoir répondre à cette demande, ce qui n'est pas le cas actuellement dans les pays membres de l'OHADA. Aussi, nul besoin d'insister sur l'investissement financier important que nécessiterait cette organisation ! Or l'utilité pratique de la règle de la saisine directe reste sujette à caution.

Le manque de réalisme pratique. Dans l'hypothèse d'une absence de résistance du débiteur, le concours de la force publique a-t-il encore un sens ? Une réponse négative s'impose. Dans ces conditions, il est permis d'affirmer que la règle de la saisine directe n'a de sens que dans l'hypothèse d'une résistance du débiteur. Or il est impossible de savoir que le débiteur va résister tant que l'agent d'exécution n'a pas mis en œuvre les mesures d'exécution forcées. D'où la nécessité de lui laisser le soin de requérir à la force publique en cas de besoin qu'il lui reviendra de motiver pour éviter les abus[290], le concours de la force publique ne devant pas être automatique.

111. L'exigence d'une demande de concours en droit français-. Le droit français exige que le bénéficiaire requiert le concours de la force publique plutôt que d'attacher de facto ce droit à l'apposition de la formule exécutoire. Ainsi, l'art. L. 153-2 du CPCE dispose que : « *L'huissier de justice chargé de l'exécution peut requérir le concours de la force publique* ». Et l'article. R. 153-1 issu du *décr. n° 92-755 du 31 juill. 1992, art. 50* précise que : *« si l'huissier de justice est dans l'obligation de requérir le concours de la force publique, il s'adresse au préfet.*

La réquisition contient une copie du dispositif du titre exécutoire. Elle est accompagnée d'un exposé des diligences auxquelles l'huissier de justice a procédé et des difficultés d'exécution.
Toute décision de refus de l'autorité compétente est motivée. Le défaut de réponse dans un délai de deux mois équivaut à un refus ».
Ce refus est porté à la connaissance du procureur de la République et du créancier par l'huissier de justice ».

[289] Il s'agit dans la plupart des pays concernés du Ministère de l'intérieur
[290] Cette formulation malheureuse trouve une explication sans doute dans la recherche accrue d'efficacité économique qui est le principal but recherché par l'OHADA.

112. Possibilité de refus du concours de la force public-. D'ailleurs, il arrive que tenant compte des considérations « d'ordre humain » ou plus exactement « d'ordre public social », les dépositaires de la force publique refusent d'apporter leurs concours[291]. Ce principe a été rappelé par le Conseil constitutionnel français dans une décision du 29 juillet 1999. Elle précise : « *dans des circonstances exceptionnelles tenant à la sauvegarde de l'ordre publique, l'autorité administrative peut, (...) ne pas prêter son concours à une décision juridictionnelle* »[292]. Aussi, la circulaire interministérielle **n° 94-68 du 26 août 1994**, précise que la « *demande de concours de la force publique doit être limitée aux cas où l'exécution de la mesure se heure à un obstacle suffisamment sérieux pour interdire toute exécution sans l'assistance de la force publique* ».

En tout état de cause, même, si le concours de la force publique ne doit pas être automatique comme le prévoit l'AUVE, il n'en demeure pas moins qu'il reste un droit du créancier que lui confère la détention de son titre exécutoire et qui lui permet d'utiliser la force publique contre le débiteur. Etant donné que ce droit naît du titre exécutoire, il est important que la délivrance de ce titre s'entoure de précautions suffisantes. Ceci empêcherait d'utiliser éventuellement contre une personne, la force publique avant même que la réalité de sa dette ne soit irrévocablement acquise.

Le droit au concours de la force publique n'est pas le seul droit que confère au créancier la détention d'un titre exécutoire.

2- Le droit à l'information du créancier

113. Un droit d'intrusion dans la vie privée du demandeur-. La détention d'un titre exécutoire fait naître au profit du créancier un droit à l'information sur la consistance du patrimoine de la personne tenue pour débitrice et/ou de certains éléments de sa vie privée. Autrement dit, le créancier, du fait de la détention du titre exécutoire acquiert un véritable droit à l'intrusion dans la vie privé de la personne tenue pour débitrice[293].

[291] Hypothèses qui s'observent sourtout en matière d'expulsion. V. Ph. LEBLANC Chef du bureau des polices administratives au Ministère de l'Intérieur, de l'Outre-mer et des collectivités locales, « les aspects politiques de la formule exécutoire », Rev. Procédures n°11/déc.2010, p. 17 ; V. aussi, CE, arrêt Dame fiat du 3 nov. 1967
[292] CC, n° 98-403 du 29 juillet 1999

D'ailleurs, abondant dans ce sens, la Cour de cassation française a décidé, au visa des articles 9 du code civil et 8, al. 1re de la Convention Européenne des Droits de l'Homme, que *« si toute personne est en droit, notamment pour échapper aux indiscrétions ou à la malveillance, de refuser de faire connaître le lieu de son domicile ou de sa résidence, (…), il en va autrement lorsque cette dissimulation lui est dictée par le seul dessein illégitime de se dérober à l'exécution de ses obligations et de faire échec aux droits de ses créanciers* »[294]. En voilà donc une illustration supplémentaire des avantages décisifs qu'accorde au créancier la détention d'un titre exécutoire.

Seulement, il est permis de se demander si ce droit à l'intrusion est un seul instant soutenable, lorsqu'on se place dans l'hypothèse d'une annulation ultérieure du titre exécutoire fondement de ce droit. Une réponse négative s'impose bien évidemment. Or, de pareilles hypothèses d'annulation ultérieure du titre sont non seulement envisageables d'un point de vue théorique, mais sont légions en pratique. Dans ces conditions, il devient urgent d'un point de vue de la réalisation de l'impératif de la justice sociale, but premier des sciences juridiques, d'entourer la délivrance d'un titre exécutoire de plus de circonspection.

Pour bien comprendre l'envergure de ce droit à l'intrusion du créancier dans la vie privée du débiteur, un exposé de son contenu s'impose.

114. Le contenu du droit à l'information-. Cette prérogative est accordée exclusivement au détenteur d'un titre exécutoire. Il est prévu à l'article L.152-1 du CPCE. Cet article accorde le droit à l'huissier de justice mandaté par le créancier aux fins de recouvrement, à condition que ce dernier **soit muni d'un titre exécutoire**, de rechercher auprès de quasiment toutes les administrations relevant de l'Etat et des collectivités territoriales, des renseignements concernant le patrimoine du débiteur et de certains éléments de sa vie privée, sans que ces dernières ne puissent lui opposer le secret professionnel.

Sont concernés, par la demande d'information, toutes les « *administrations de l'État, des régions, des départements et des communes, les entreprises concédées ou contrôlées par l'État, les régions, les départements et les communes, les établissements publics ou organismes contrôlés par l'autorité administrative* »[295]. Quant aux informations auxquelles peut prétendre

[294] Civ. 1re , 19 mars 1991, n° 89-19.960
[295] Article L. 152-1 al. 1re

l'huissier de justice, il s'agit de celles « *permettant de déterminer l'adresse du débiteur, l'identité et l'adresse de son employeur ou de tout tiers débiteur ou dépositaire de sommes liquides ou exigibles et la composition de son patrimoine immobilier, à l'exclusion de tout autre renseignement* »[296].

Par ailleurs, l'article L. 152-2 du CPCE impose aussi aux « établissements habilités par la loi à tenir des comptes de dépôt » d'indiquer à l'huissier de justice chargé de l'exécution et porteur d'un titre exécutoire « *si un ou plusieurs comptes, comptes joints ou fusionnés sont ouverts au nom du débiteur ainsi que les lieux où sont tenus les comptes, à l'exclusion de tout autre renseignement, sans pouvoir opposer le secret professionnel* ».

En réalité, ces règles introduites dans le droit des voies d'exécution française par la loi n° 2010-1609 du 22 décembre 2010 sur l'amélioration de l'exécution des décisions de justice ont considérablement accru le droit à l'information du créancier tel qu'il résulte des textes antérieurs[297].

115. Evolution historique du droit à l'information en faveur du créancier -. C'est la loi n° 73-5 du 2 janvier 1973 sur le recouvrement des pensions alimentaires qui a pour la première fois prévu un accès direct des huissiers de justice agissant en tant qu'agent d'exécution aux informations détenues par les administrations de l'Etat, les collectivités publiques ainsi que les organismes de sécurité sociale. Mais le domaine de ce droit à l'information était limité au domaine de recouvrement des pensions alimentaires. Ensuite, la loi du 9 juillet 1991 a étendu ce droit au profit de tout créancier détenteur d'un titre exécutoire sans distinction. Toutefois, toute tentative de généraliser l'accès aux informations a achoppé sur des objections tenant au caractère intrusif de la mesure dans la vie privée du débiteur et de la divulgation des informations ainsi recueillies.

Pour pallier ces risques, et sur avis de la Commission National de l'Informatique et des Libertés, le législateur de 1991 a conditionné l'accès aux informations à la saisine d'une *« autorité*

[296] *Id.*
[297] V. en ce sens, L. CHOQUET, « Un accès aux informations élargi », in « Aperçu de la loi du 22 décembre 2010 relative à l'exécution des décisions de justice », *Dr et proc*. 2011, n° 3, p. 58 et s., n° 22 et s., p. 63 ; R. PERROT, « Présentation générale de la réforme », *J-CL. Pr. civ. fasc*. 2010, 1993, n° 13

judiciaire susceptible de canaliser les demandes et d'avoir un regard sur leur utilisation »[298]. Ainsi, l'huissier de justice n'avait donc pas un accès direct à l'information et devait nécessairement adresser une requête au Procureur de la République à charge pour ce dernier de lui communiquer ensuite les résultats de la recherche.

L'esprit de la loi de 1991 était que le Procureur intervenait comme une sorte d'« *écran protecteur de la vie privée* »[299] de nature à éviter « *des risques de voir proliférer des pratiques sauvages ouvertement attentatoires à la vie privée* »[300].

Vint ensuite la loi n° 2004-130 du 11 février 2004 qui a supprimé le filtre du Procureur de la République, mais uniquement s'agissant des demandes d'informations sur *« l'adresse des organismes auprès desquels un compte est ouvert au nom du débiteur* »[301], adressées à la seule administration fiscale. En pratique, les huissiers de justice interrogeaient le Centre administratif du Fichier des Comptes Bancaires dénommé F.I.C.O.B.A., service du ministère des finances dont la mission est de tenir le répertoire de tous les comptes bancaires ouverts en France et considéré comme service de l'administration fiscale, car créé pour les besoins de cette administration.

Toute autre demande d'information de l'huissier de justice devait impérativement être adressée au Procureur de la République accompagnée d'un relevé certifié sincère de recherches infructueuses qu'il aurait effectuées au préalable[302]. Le législateur de 1991 avait jugé bon d'en rester là. Le Garde des Sceaux avait du reste justifié cette méfiance en ces termes : « *une extension plus avant dans l'accès direct aux informations personnelles concernant le débiteur (…) pourrait apparaître comme trop intrusive dans la vie privée de nos concitoyens* »[303], propos qualifiés en son temps de sage par le Professeur PERROT[304].

---

[298] R. PERROT, « L'huissier de justice et la chasse aux trésors.-(loi du 11 février 2004), *Procédures* 2004, chron. 4, p. 1
[299] Id.
[300] Ibid. citant l'article de Caroline MONNOT, in Le Monde, 17 juin 1998 ; R. PERROT, obs. *RTD civ*. 2003, p. 356
[301] Article 59 L. n° 2004-130 du 11 févr. 2004
[302] Id., al. 2
[303] Annonces de la Seine, n° 76, 16 déc. 2002
[304] R. PERROT, « l'huissier de justice et la chasse aux trésors.-(loi du 11 février 2004) », *Procédures* 2004. 4, p. 4

Curieusement, cette sagesse du législateur de 1991 a disparu en 2010 avec la L. n° 2010-1609 du 22 décembre 2010**.** Non seulement le filtre protecteur de la vie privée du débiteur que constituait le passage obligé par le Procureur de la République a sauté, mais encore le domaine couvert par les informations a été étendu à tout « *renseignement permettant de déterminer l'adresse du débiteur, l'identité et l'adresse de son employeur ou de tout tiers débiteur ou dépositaire de sommes liquides ou exigibles et la composition de son patrimoine immobilier* »[305]. Et pour couronner tout cela, l'huissier de justice n'a plus l'obligation comme c'était le cas avant la nouvelle loi, de produire un relevé certifié sincère des recherches infructueuses menées dans le cadre de l'exécution.

Quoiqu'il en soit, la reconnaissance du caractère potentiellement attentatoire à la vie privée de la personne tenue pour débitrice peut s'observer dans l'attitude du législateur de 2010 qui a toutefois maintenu les sanctions pénales[306] prévues en cas de détournement des informations recueillies par l'huissier de justice. Cette reconnaissance peut aussi se lire dans l'article L. 152-3 du CPCE qui cantonne l'utilisation des informations recueillies au seul cadre et besoins de l'exécution, celles-ci ne pouvant être divulguées aux tiers. À ce titre, la jurisprudence a jugé dans une affaire de recouvrement de pension alimentaire, dans laquelle l'épouse mandante s'était vu communiquée les informations recueillies par l'huissier de justice auprès du F.I.C.O.B.A., que : « le secret professionnel auquel l'huissier de justice est tenu couvre les renseignements obtenus en vue de l'exécution du ou des titres pour lesquels ils ont été demandés, fût-ce à l'égard de la personne qui l'a requis »[307].

Quant au droit OHADA, il n'a pas disposé sur le droit d'information du créancier. Cette question relève du droit interne de chaque pays partie.

B- La sanction du non-respect du droit à l'exécution du créancier

116. Division.- La délivrance d'un titre exécutoire fait naître au profit de son bénéficiaire un droit à l'exécution (1) dont le non-respect crée une dette à la charge de l'Etat (2).

[305] Art. L. 152-1 du CPCE
[306] Art. 41 de la loi de 91 et art. L. 152-3 du CPCE qui punit des peines prévues à l'article 226-21 du code pénal
[307] Civ. 1re, 22 mars 2012, *Bull. civ*. I, n° 65, *D*. 2012. *Actu* 886 ; *Procédures* 2012. Focus 45, *obs*. Lauvergnat ; *Dr. proc*. 2012. 154, note Salati et Tommasone

1- L'affirmation d'un droit à l'exécution

117. Une prérogative accordée au détenteur d'un titre exécutoire-. La détention par une personne d'un titre exécutoire lui confère un droit à l'exécution. Le droit à l'exécution est consacré par les législateurs aussi bien français qu'OHADA. Il s'agit d'un droit qui permet au créancier en l'absence d'exécution volontaire de son débiteur, d'engager telles procédures d'exécution que prévoit la loi pour avoir paiement de sa créance[308]. Cette perspective a été étendue par la CEDH.

118. Le droit à l'exécution érigé au rang de droit fondamental-. Historiquement considéré comme un droit subjectif, ce droit s'est vu successivement élevé par la Cour Européenne des Droits de l'Homme et le Conseil constitutionnel français au rang de droit fondamental. Le droit à l'exécution a été élevé au rang de droit fondamental par l'arrêt Hornsby. Dans cet arrêt, la Cour Européenne des Droits de l'Homme a précisé au visa de l'article 6 & 1 de la convention sur le droit à un procès équitable que : « *l'exécution d'un jugement ou arrêt, de quelque juridiction que ce soit, doit donc être considérée comme faisant partie intégrante du procès au sens de l'article 6* »[309]. Emboîtant le pas à la CEDH, le Conseil Constitutionnel français, a, à son tour conféré au droit à l'exécution « des décisions de justices » une valeur constitutionnelle.

C'est à l'occasion d'une saisine mettant en cause la constitutionnalité de la loi d'orientation relative à la lutte contre les exclusions que le principe a été posé par le Conseil constitutionnel. Le principe a été dégagé s'agissant précisément de la mise en cause de l'article 119 sur le concours de la force publique en matière d'expulsion. Cet article « *conditionnerait l'exécution d'une décision de justice à une appréciation de l'autorité administrative* »[310].

Le Conseil constitutionnel a clairement censuré cet article au visa du principe de la séparation des pouvoirs. Le Professeur DRAGO analyse le raisonnement du Conseil constitutionnel en

---

[308] V. en droit OHADA l'article 28 de l'AUVE al. 1re qui dispose : *« A défaut d'exécution volontaire, tout créancier peut, quelle que soit la nature de sa créance, dans les conditions prévues par le présent Acte uniforme, contraindre son débiteur défaillant à exécuter ses obligations à son égard (…)* ». Quant au CPCE, c'est son premier article (partie législative) à savoir qui consacre ce droit. Il dispose : « *Tout créancier peut, dans les conditions prévues par la loi, contraindre son débiteur défaillant à exécuter ses obligations à son égard* » ; V. aussi CATALA et TERRE, *Procédure civile et voie d'exécution*, 2ème éd., 1976, PUF, p. 427 et s.

[309] CEDH, 19 mars 1997, req. n° 18357/91, Hornsby c/ Grèce, *D*. 1998. 74, note FRICERO

[310] G. DRAGO, « Formule exécutoire et droits fondamentaux constitutionnels » in FRICERO N. (dir.), « La formule exécutoire : instrument procédural ou clause de style ? Acte de la cinquième édition des Institutes de l'Ecole Nationale de Procédure, Paris, 16 septembre 2010 », *Droit et Procédures* déc. 2010, n°13, p. 8.

ces termes : « *toute décision de justice ayant force exécutoire, elle peut donner lieu à une exécution forcée, la force publique ayant le devoir, si elle y est requise, de prêter main-forte à cette exécution* »[311].

119. Le domaine d'application du droit à l'exécution comme droit fondamental-. L'arrêt *Hornsby* a été rendu dans un contentieux administratif[312]. Ensuite, il a été étendu aux matières civile et pénale[313]. Il a même été reconnu par la CEDH s'agissant d'un arrêt de la Cour des comptes constatant une créance[314]. Dans cet arrêt, la CEDH a considéré au visa de l'article 1re du Protocole n°1 additionnel à la Convention qui dispose que : « *toute personne physique ou morale a droit au respect de ses biens* » et qu'une créance constitue un bien protégé.

120. Le droit à l'exécution comme droit fondamental étendu aux actes privés exécutoires ?-. Le droit à l'exécution ne serait pas limité aux décisions de justice selon certains auteurs. Pour en arriver à cette conclusion, ces auteurs se basent sur l'arrêt de la CEDH rendu dans l'affaire Estima Jorge contre l'Etat de Portugal. Dans cette affaire, la requérante a consenti un prêt hypothécaire constaté par acte notarié. Suite au non remboursement de ce prêt, cette dernière a décidé de réaliser la garantie. Elle exerça pour ce faire une action en exécution devant le juge comme l'y oblige la loi portugaise. Ce n'est que treize ans après son action que cette dernière obtint le paiement d'une certaine somme. La requérante invoque devant la CEDH la durée excessive de la procédure[315].

La question était de savoir si l'article 6 paragraphe 1 de la Convention était applicable en l'espèce. La CEDH a répondu par l'affirmative. Mais il est permis de se demander si cet arrêt étend vraiment le droit à l'exécution à l'acte notarié.

En effet, il est significatif de noter que l'exécution d'un acte notarié en droit portugais est faite suivant une procédure judiciaire et que c'est à cette occasion qu'il a été reproché à l'État portugais de n'avoir pas veillé à ce que la procédure se soit déroulée dans un délai

[311] Id. ; V. aussi pour une application de ce principe par le juge administratif CAA Paris, 7 nov. 2000, *Bounebache* : req. n° 97PA01786
[312] La CEDH a dans cet arrêt condamné l'Etat hellénique pour n'avoir pas exécuté une décision du Conseil d'Etat.
[313] V. pour la matière pénale, CEDH, 8 avril 2004, req. n° 71503/01, Assanidzé c/ Géorgie ; pour la matière civile, v. CEDH, 28 juill. 1999, req. n° 22774/93 Immobiliare Saffi c/Italie, D. 2000. Somm. 186, obs. FRICERO
[314] CEDH 28 mars 2000, req. 41209/98, Georgiadis c/ Grêce, JCP 2001. I. 291, obs. SUDRE
[315] Saisie requise le 26 mai 1989 et effectuée le 3 janvier 1993

raisonnable. Tous les éléments d'un procès équitable sont donc bien réunis en l'espèce. Ce qui n'aurait pas été le cas s'il s'était agi de l'exécution d'un acte notarié en droit français, car la mise en œuvre d'un tel acte n'est pas soumise à un contrôle judiciaire obligatoire. Ainsi, il n'est pas tout à faire exact de parler de droit à un procès équitable et donc de droit fondamental s'agissant de l'exécution d'un acte notarié français.

Quoiqu'il en soit, l'hypothèse d'un droit fondamental à l'exécution de l'acte notarié rend compte une fois de plus de la gravité des droits qu'accorde au créancier la détention d'un titre exécutoire et soulève la question cruciale suivante : est-il logique et pertinent qu'un instrument aussi « puissant » qu'est le titre exécutoire qui confère à son détenteur un droit aussi important vienne à être remis en cause ? N'est-il pas logique de s'assurer de l'irrévocabilité de la créance qu'il constate avant sa création ?

Ces questions méritent d'autant d'être posées que l'ineffectivité du droit à exécution met en cause l'Etat.

2- La dette de l'Etat en cas de non-respect du droit à l'exécution

121. L'obligation pour l'Etat de réparer le préjudice né du refus de prêter le concours de la force publique consacrée par l'arrêt *Couiteas*-. L'apposition de la formule exécutoire sur un acte, ultime étape dans la création d'un titre exécutoire[316] est un acte d'une gravité exceptionnelle. Outre le fait de déclencher contre la personne tenue pour débitrice la force publique, elle met à la charge de l'Etat une obligation dont la non-exécution est sanctionnée par la mise en œuvre de sa responsabilité.

Ce principe a été posé par le Conseil d'Etat dans le célèbre arrêt *Couitéas*. Dans cet arrêt, après avoir confirmé le droit qui appartient à l'Etat d'opposer un refus à la demande de réquisition de la force publique du sieur Couitéas, le Conseil d'Etat français a pris le soin de préciser qu'il revient au juge, : « *considérant que le justiciable nanti d'une sentence judiciaire dûment revêtue de la formule exécutoire est en droit de compter sur l'appui de la*

[316] Il est ici envisagé l'aspect d'autorisation à exécuter. Pris dans ce sens, le dernier élément constitutif du titre exécutoire est en réalité l'apposition de la formule exécutoire. Quant à l'obligation de notification attachée à certains types de décision, elle doit s'analyser plutôt en l'accomplissement d'une formalité qui dépend du bon vouloir du créancier. Par conséquent dès l'apposition de la formule exécutoire, le créancier acquiert le pouvoir d'enclencher le processus de l'exécution forcée.

force publique pour assurer l'exécution du titre qui lui été ainsi délivré ; que si, comme il a été dit ci-dessus, le gouvernement a le devoir d'apprécier les conditions de cette exécution et le droit de refuser le concours de la force armée, tant qu'il estime qu'il y a danger pour l'ordre et la sécurité, le préjudice qui peut résulter de ce refus ne saurait, s'il excède une certaine durée, être regardée comme une charge incombant normalement à l'intéressé, et qu'il appartient au juge de déterminer la limite à partir de laquelle il doit être supporté par la collectivité »[317].

122. Une obligation reprise par la loi-. Le principe de responsabilité sans faute de l'État pour refus de fournir au titulaire d'un titre exécutoire le concours de la force publique, a été repris par le législateur. Il est prévu à l'article 16 de la loi n° 91-650 du 9 juillet 1991 codifiée dans le CPCE à l'article L. 153-1. Il résulte de cet article que : « *le refus de l'Etat de prêter son concours ouvre droit à réparation* ». Cette solution est du reste conforme à la jurisprudence de la Cour EDH[318]. Le Conseil d'Etat quant à lui rappelle que cette réparation doit être intégrale et précise qu'elle est conditionnée à la preuve par le demandeur des préjudices subis et ayant « *un lien direct et certain avec la situation de blocage* »[319].

123. La simple carence de l'Etat sanctionnée en droit OHADA-. Le droit OHADA quant à lui innove sur ce point. L'article 29 de l'AUVE précise en effet que : « *la carence ou le refus de l'Etat de prêter son concours engage sa responsabilité* ». Ainsi, plus qu'une obligation de prêter son concours à l'exécution forcée, le droit OHADA met à la charge de l'Etat une obligation de résultat en sanctionnant toute carence de sa part.

Ce qui revient à dire que, quoiqu'il en soit, la délivrance d'un titre exécutoire à une personne constitue un acte d'appauvrissement de l'Etat et donc du contribuable. Mais il s'agit bien d'un appauvrissement nécessaire à la réalisation de l'Etat de droit, car comme l'affirmait KELSEN, « *vieille vérité : le droit ne peut pas exister sans la force, mais il n'est identique à la force. (…) Le droit est un certain ordre, une certaine organisation, de la force* »[320].

Toutefois il est permis de se demander si cette force conserve sa légitimité quand elle se déploie contre un citoyen dont les obligations ne sont pas irrévocablement attestées ?

[317] CE 30 novembre 1923 - *Couitéas - Rec. Lebon,* p. 789
[318] CEDH 2 déc. 2010, *Sud Est Réalisations c/ France,* req. n° 6722/05: *AJDA 2010. 2341*
[319] CE 18 juin 2008 : *JCP* 2008. Actu. 469, obs. Miara ; *Gaz Pal,* 9 déc. 2008, p. 19, note GRAVELEAU ; Dr. et Proc. 2009, 335, note LEON
[320] KELSEN H., *Théorie pure du droit*, LGDJ, coll. La pensée juridique, 1999

Autrement dit, est-il normal au regard de tous ces droits qu'octroie à son détenteur un titre exécutoire, qu'un pareil titre soit susceptible d'être remis en cause ? Ne serait-il pas plus conséquent, qu'un titre aussi lourd de conséquences, ne soit délivré qu'une fois l'irrévocabilité des droits qu'il constate est vérifiée et certifié ?

Conclusion chapitre premier :

Quoi qu'il en soit, de telles précautions ne semblent pas avoir été prises par le législateur pour la création des actes juridiques privés exécutoires. L'exposé sur la création des titres exécutoires permettra de s'en rendre compte. Par ailleurs, ledit exposé révèlera à cet égard, que les actes juridiques privés présentent certaines particularités critiquables en comparaison des autres titres exécutoires – juridictionnels et administratifs-.

CHAPITRE II :

La création des titres exécutoires

124. Les titres exécutoires traditionnels-. Les titres exécutoires étaient traditionnellement créés par un juge après un contrôle juridictionnel, exceptés ceux qui émanent de l'administration publique ou sur sa délégation de personnes privées. C'est en effet la seule procédure qui garantit le respect des droits de la défense. Mais à côté de ces titres existait un îlot isolé de titres créés par un officier public et ministériel en la personne du notaire.

125. Le mouvement de déjudiciarisation des titres exécutoires-. Depuis quelques années s'observe un mouvement de déjudiciarisation du titre exécutoire. Ainsi, le pouvoir de créer des titres exécutoires est confié, outre au notaire, à d'autres officiers ministériels et/ou publics que sont l'huissier de justice ou le greffier en droit UEMOA. Cette déjudiciarisation du titre exécutoire s'observe aussi à travers la possibilité donnée à des parties à un accord de soumettre celui-ci à l'homologation du juge. Le juge de l'homologation officie non en tant que juge, avec ce que cela suppose comme exercice d'un contrôle juridictionnel, mais plutôt comme un notaire qui se contente de recevoir l'accord des parties et de lui attribuer ou non force exécutoire.

126. Nouvelle subdivision des titres exécutoires-. Ces nouveaux titres modifient substantiellement la configuration des titres exécutoires existant dans l'arsenal juridique français. Le droit O.H.A.D.A, quant à lui, ignore pour l'instant ce bouleversement. Ainsi, la subdivision au sein des titres exécutoires peut s'opérer entre les titres créés en dehors de tout procès (Section I) et ceux créés par un juge (Section II).

SECTION I : Les titres créés en dehors de tout procès

127. Division.- Le pouvoir de création d'un titre exécutoire par un notaire est l'un des vestiges de l'ancien droit. Ce mécanisme a traversé les âges en dépit des aberrations qu'il renferme. Loin de corriger ces aberrations, les législateurs modernes français et OHADA maintiennent ce titre et le législateur français va même jusqu'à élargir le pouvoir de création aux huissiers de justice, de sorte que la liste des titres créés en dehors de tout procès s'est élargie. Ainsi, ce nouveau titre, en complétant celui créé par le notaire, donne naissance au groupe qu'il convient d'appeler les titres créés par les officiers publics et ministériels (paragraphe I) à côté de ceux qui émanent de l'Etat (paragraphe II).

Sous-section I : Les titres créés par un officier public et ministériel

128. Division.- Ces titres regroupent l'acte notarié (A) et les actes d'huissier exécutoires (B).

A- L'acte notarié

129. La procédure d'établissement de l'acte notarié exécutoire.- En droit français aussi bien qu'en droit O.H.A.D.A et plus généralement dans les droits de tradition latine[321], la force exécutoire de l'acte notarié est une conséquence directe de son caractère d'authenticité. Deux dispositions nous en apportent l'illustration.

Ainsi ressort-il de l'ordonnance du 2 novembre 1945 qui n'a pas modifié le pouvoir du notaire consacré par la **loi du 25 ventôse an XI (art. 19)** que : *« Les notaires sont les officiers publics établis pour recevoir les actes et contrats auxquels les parties doivent ou veulent faire donner le caractère d'authenticité attaché aux actes de l'autorité publique, et pour assurer la date, en conserver le dépôt, en délivrer des grosses et expéditions »*[322]. Ce texte permet d'affirmer qu'une fois que l'acte ou le contrat des parties est reçu par le notaire, il acquiert de *facto* l'authenticité.

C'est d'ailleurs ce qui ressort de l'article 1317 du code civil qui dispose que : « *L'acte authentique est celui qui a été reçu par officier public ayant le droit d'instrumenter dans le lieu où l'acte a été rédigé, et avec les solennités requises* ». Dès lors, le notaire peut en délivrer aux

[321] Dans les pays comme le Luxembourg, l'Allemagne, le régime de l'acte notarié est le même qu'en France à quelques différences près.
[322] V. sur ce point A. MOREAU, *La magistrature de prévention ou le notaire agent de protection des droits de l'homme*, éd. France édition, 2004, p.73 et s

parties des grosses et des expéditions[323]. Il va sans dire que la force exécutoire de l'acte notarié est intimement liée à son caractère d'authenticité.

L'autre article qui nous donne la mesure du lien entre l'authenticité et la force exécutoire de l'acte notarié est l'article **19 de la loi du 25 ventôse an XI**. Cet article dispose : « *Tous actes notariés feront foi en justice et seront exécutoires dans toute l'étendue de la République* ». En clair, l'acte notarié, du fait de son caractère d'authenticité, acquiert de plein droit la force exécutoire.

Le notaire peut donc délivrer une copie certifiée conforme de l'acte qu'il a reçu et revêtu par ses soins de la formule exécutoire. Le titre ainsi créé prend le nom de « copie exécutoire »[324]. Le détenteur de ce titre peut engager une mesure d'exécution forcée contre la personne désignée dans l'acte comme débitrice[325].

B- L'acte d'huissier de justice

130. Le pouvoir de création d'un acte exécutoire par l'huissier de justice en droit français.- Il existe deux situations dans lesquelles l'huissier de justice s'est vu reconnaître le pouvoir de délivrer en droit français un titre exécutoire.

Suite à un certificat de non-paiement d'un chèque. En droit français, le non-paiement d'un chèque peut donner lieu à l'établissement contre le débiteur d'un titre exécutoire. L'établissement de ce titre exécutoire est confié à l'huissier de justice par la loi n° 85-695 du 11 juillet 1985 portant diverses dispositions d'ordre économique et financier modifiée par la loi n°91-1382 du 30 décembre 1991. Le banquier qui constate un défaut de paiement pour absence de provision suffisante a l'obligation de délivrer au porteur du chèque impayé un certificat de non-paiement. Le certificat de non-paiement est délivré soit dans un délai de trente jours à compter de la première présentation sur demande du porteur si le chèque n'a pas été payé lors de la seconde présentation ou si lors de la seconde présentation une provision n'a pas été constituée[326]pour en permettre le paiement dans ce même délai.

[323] L'expression « grosse » est celle qui était anciennement utilisée pour désigner la copie exécutoire.
[324] V. pour cette appellation R. PERROT et Ph. THERY, *op. cit*., n°312, p.328. aussi, convient-il de préciser que ce titre était appelé autrefois la « grosse ».
[325] Id.
[326] V. article L. 131-73 alinéa 3 du code monétaire et financier

Une notification effective ou, à défaut la signification par huissier du certificat de non-paiement vaut commandement de payer. Et si l'huissier de justice ne reçoit pas paiement du montant du chèque dans un délai de quinze jours depuis la notification ou la signification, il est en droit d'établir « *sans autre acte de procédure ni frais* »[327], un titre exécutoire.

Le tout nouveau titre exécutoire de l'huissier de justice pour les petites créances contractuelles ou résultant d'une obligation à caractère statutaire. L'huissier de justice vient de se voir attribuer par la loi pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques dite loi *Macron,* le pouvoir d'homologuer l'accord des parties en matière de recouvrement de créances ayant « une cause contractuelle ou résultant d'une obligation de caractère statutaire et inférieure à un montant défini par décret en Conseil d'Etat ». Cette homologation confère à l'accord un caractère exécutoire.

131. L'absence de l'acte exécutoire d'huissier de justice pour non-paiement de chèque en droit OHADA-. Le législateur OHADA, n'a pas jugé utile de prévoir un tel titre. C'est plutôt le législateur UEMOA qui a prévu le titre exécutoire pour non-paiement d'un chèque.

132. Le titre exécutoire pour non-paiement de chèque prévu en droit UEMOA-. En droit U.E.M.O.A, la procédure est la même à quelques détails près. Ainsi, l'article L.123 du règlement N°15/2002/CM/UEMOA relatif au système de paiement dans les Etats membres de l'Union Economique et Monétaire Ouest Africaine, prévoit qu'il revient à l'huissier de justice, le notaire ou « l'institution habilité »[328] qui n'a pas reçu paiement dans un délai de **10 jours** de constater le non-paiement. L'acte dressé sera ensuite remis par l'huissier, le notaire ou l'institution au greffier du tribunal compétent qui délivre « *sans autre acte de procédure et sans frais, un titre exécutoire qui permet de procéder à toute voies d'exécution dans un délai maximum de huit jours* ».

Deux différences non négligeables s'observent avec la procédure du droit français : la première est que le législateur U.E.M.O.A. n'a pas voulu comme celui français accorder à l'huissier de justice le pouvoir d'établir le titre exécutoire. La seconde est le délai de validité assez limité de ce titre en droit U.E.M.O.A.

[327] V. article L. 131-73 alinéa 5 du code monétaire et financier
[328] Il s'agit du greffier

133. La question de la validité en droit OHADA du titre exécutoire délivré en cas de non-paiement d'un chèque-. Comme tous les pays membres du droit U.E.M.O.A sont membres de l'O.H.A.D.A, il paraît opportun d'évoquer la validité de ce titre dans le système de droit OHADA. Précisément la question se pose de savoir si l'acte d'huissier exécutoire dressé suite à un non-paiement d'un chèque est invocable dans l'espace de droit OHADA qui ne l'a guère prévu.

L'analyse de l'article 336 de l'AUVE apporte à cet égard quelque éclaircissement. Cet article dispose : « *le présent acte uniforme abroge toutes les dispositions relatives aux matières qu'il concerne dans les Etats parties* ». Une interprétation littérale de ce texte permet au minimum d'affirmer que celui-ci abroge toutes les dispositions antérieures à l'AUVE dans les Etats parties. Reste la question des dispositions postérieures à l'AUVE et créant dans les Etats parties des titres exécutoires autres que ceux prévus par l'AUVE tels ceux du droit UEMOA précités ayant prévu la délivrance par l'huissier de justice d'un titre exécutoire en cas de non-paiement d'un chèque.

La cour d'appel de Dakar a soutenu la thèse de la validité[329]. Cette position a été approuvée par certains auteurs[330]. Mais par une décision postérieure rendue en matière d'injonction de payer, la CCJA a relevé qu'aussi bien les règles de fond que celles de forme prévues par l'AUVE en matière d'injonction de payer ont seules vocation à s'appliquer aux procédures d'injonctions de payer engagées après son entrée en vigueur et que la procédure de communication au ministère public telle que fixée par la loi ivoirienne ne saurait recevoir application[331]. Cette décision a été prise par la CCJA au visa des articles 336 et 337[332] de l'AUVE.

Il est donc permis d'affirmer que cette décision de la CCJA a mis fin à la controverse et que désormais le titre exécutoire délivré par l'huissier de justice pour non-paiement de chèque n'a aucune validité en droit OHADA.

La procédure d'établissement du titre exécutoire pour non-paiement de chèque se déroule donc en trois étapes à savoir : la délivrance par le tiré du certificat de non-paiement, la signification

[329] Dakar, n° 206, 11 mai 2000 in Traité O.H.A.D.A., *op. cit*.
[330] V. sur ce point ASSI-ESSO Anne-Marie, commentaire sous article 33 de l'AUVE, Traité O.H.A.D.A, 2e éd., p. 716 ; ASSI-ESSO Anne-Marie et Ndiaw DIOUF, OHADA, *Recouvrement des créances*, éd. BRUYLANT, BRUXELLES 2002, n° 87, p. 53
[331] CCJA, arrêt, n° 016 du 29 avril 2004, Scierie d'Agnibilekrou c/H.S, *Rec*. n° 3, janv-juin 2004, p. 116, *Penant* n° 851, avril. Juin 2005, p ; 242, note D. BAKARY, ohada.com/ohadata J-04-301
[332] « Le présent acte uniforme sera applicable aux mesures conservatoires, mesures d'exécution forcée et procédures de recouvrement engagées après son entrée en vigueur ».

dudit certificat au tireur par ministère d'huissier et enfin l'établissement par l'huissier de justice ou le notaire ou greffier en droit OHADA du titre exécutoire.

Quoiqu'il en soit, il serait bien sage de s'interroger sur les raisons du choix du législateur OHADA de ne pas prévoir ce titre. Il s'agit d'une question d'autant plus importante que l'AUVE entré en vigueur en 1998 est postérieur à la loi française de 1991 ayant prévu ce titre et que le législateur OHADA a dû sans doute trancher sur la question de prévoir ou non ce titre comme c'est le cas en droit français[333] !

Sous-section II : Les titres créés par des agents de l'Etat et autorités assimilées

134. Division.- Les législateurs OHADA et français ont pris soin de définir la nature des titres exécutoires administratifs susceptibles de fonder une mesure d'exécution forcée. Ainsi, l'article 111-3 n° 6 du CPCE dispose : « *Les **titres** délivrés par les personnes morales de droit public qualifiés comme tels par la loi, ou les décisions auxquelles la loi attache les effets d'un jugement* ». Quant au droit OHADA, c'est l'article 33 n° 5 qui définit les titres exécutoires administratifs. Cet article dispose : « *les décisions auxquelles la loi nationale de chaque Etat partie attache les effets d'une décision judiciaire* ».

Est-il besoin de souligner qu'aucune de ces deux dispositions ne s'est aventurée sur le terrain d'une énumération exhaustive de ces titres. La raison en est que ces titres constituent une véritable « *nébuleuse* »[334] du fait de leur diversité et de la multiplicité des dispositions légales qui les prévoient. Aussi, serait-il moins prétentieux de se contenter d'exposer les personnes morales habilitées à les créer (1) et leur typologie (2)

A- Les personnes investies du pouvoir de création des titres

135. Les personnes morales de droit public et les organismes privés assurant une mission de service public -. En droit français, les règles concernant la création des titres exécutoires administratifs figurent pour la plupart dans le livre des procédures fiscales et dans le décret n° 62-1587 du 29 décembre 1962 portant règle générale de la comptabilité publique complété par le décret n° 92-1369 du 29 décembre 1992. Par ailleurs ces règles se retrouvent

[333] Il est à signaler que les évolutions du droit français ont la plupart du temps un écho favorable en droit africain. Mais pour une fois, le législateur O.H.A.D.A. n'a pas sacrifié à cette tradition.
[334] V. pour cette expression, P. ANCEL, « L'exécution par la puissance publique », *RTD civ*. 1993 p. 135, n° 1

dans certains textes spécifiques à certains organismes. Ces règles ont été précisées par la jurisprudence. Pour ce qui est du droit OHADA, l'article 33 in fine a renvoyé aux lois nationales de chaque Etat parties.

Il en ressort que l'organisme créancier ayant émis le titre doit être qualifié par la loi comme une personne morale de droit public[335]. Il s'agit de l'Etat, des collectivités locales, certains établissement publics notamment ceux qui sont soumis aux règles de la comptabilité publique[336] et enfin certains organismes privés assurant une mission de service public comme ceux chargés de recouvrer des cotisations de la sécurité sociale[337] par exemple.

136. Seules les créances publiques sont concernées-. Les personnes morales concernées ne sont autorisées à émettre des titres exécutoires que pour le recouvrement des créances publiques, peu important qu'elles aient une origine délictuelle, quasi-délictuelle ou contractuelle[338], les créances nées d'une activité privée étant exclues[339]. Il s'agit pêle-mêle des sommes dues par les contribuables au titre des impôts, loyers dus à une municipalité[340], amendes pénales, loyers dus à un organisme public d'HLM[341], redevances audiovisuelles, frais de cantine municipale, droits d'inscriptions universitaires, frais d'hospitalisation dus par un malade dans un hôpital public[342] et après moult hésitations des juges du fond[343] le remboursement d'un prêt consenti par une municipalité[344].

Cette variété de créance induit forcément une complexité s'agissant des titres exécutoires. Aussi conviendra-t-il d'en aborder l'établissement des différentes typologies.

B- La typologie des titres

137. Trois sortes. -Les titres exécutoires administratifs se classent généralement en trois catégories tenant compte d'une part de la nature de la créance pour le recouvrement de laquelle

[335] Cass. 2e civ., 17 juin 1998, Bull. civ. II, n° 199 ; Cass. 2e civ., 28 juin 2001, *Juris-Data* n° 2001-010430
[336] Les établissements publics n'ayant pas en leur sein un comptable public ne peuvent émettre des titres exécutoires. C'est le cas des chambres de commerce et d'industrie. Les établissements publics industriels et commerciaux bénéficient de ce privilège conformément à l'article 201 du règlement général sur la comptabilité publique. V. en ce sens P. ANCEL, op. cit. n°8
[337] Les URSSAF par exemple peuvent émettre des titres exécutoires pour le recouvrement des cotisations sociales
[338] V. R. Perrot et Ph. THERY, *op. cit*. n° 158, p. 169
[339] CE, 11 mai 1956, Sté française des transports Gondrand, *AJDA* 1956. II. 247, concl. Long.
[340] Cass. 2e civ. 17 juin 1998, Bull. civ. II, n° 199
[341] CE, 5 nov. 1982, *AJDA* 1983, p. 259, concl. Labetoulle
[342] Cass. 1re civ., 30 juin 1993, *Bull civ*. I, n° 238
[343] Pour l'affirmative CA Douai, 23 déc. 1993, et 7 avr. 1994, *Gaz. Pal*. 1994.2, Somm. 809 ; pour la négative CA Paris, 9 juin 1992, D. 1993, somm. P. 282, obs. Julien
[344] Cass. 1re civ., 9 mai 1996, *Bull. civ*. I, n° 1995

le titre est établi et d'autre part de la qualité des personnes morales de droit public habilitées à les établir. Il s'agit : des arrêtés de débet, des titres fiscaux et des titres de perception.

138. Les arrêtés de débet-. Ce titre exécutoire est délivré par le Ministre des finances à l'encontre de toute personne « rétentionnaire de denier publics »[345]- entrepreneur, fournisseur ou soumissionnaire de marchés, de tout comptable public ou de toute personne tenue de rendre compte soit de l'emploi d'une avance reçue, soit des recettes destinées à un organisme public[346]

139. Les titres fiscaux-. Les titres fiscaux sont au nombre de deux à savoir : l'avis d'imposition et l'avis de mise en recouvrement.

L'avis d'imposition est un extrait du « rôle », document contenant la liste des contribuables et rendu exécutoire dans chaque département par le directeur des services fiscaux sur délégation du préfet. Il s'agit d'un impôt direct qui est recouvré par les comptables des Finances publics.

Quant à l'avis de mise en recouvrement, il est destiné à recouvrer les contributions indirectes, taxes et redevances de toute sorte – TVA, droits de douane, enregistrements, taxes sur le chiffre d'affaire, etc.- et est recouvré par les comptables des Finances publiques. En matière douanière, ce titre reçoit parfois le nom de « contrainte »[347]. L'avis de mise en recouvrement est rendu exécutoire par le directeur des services fiscaux ou le directeur régional des douanes et droits indirects sous l'autorité duquel est placé le comptable chargé du recouvrement[348]. Par ailleurs, l'avis de mise en recouvrement doit contenir les éléments permettant de connaitre la créance – taxes, droits et redevances- pour le recouvrement de laquelle le titre est émis ainsi que les éléments de calcul de la créance[349].

140. Les titres de perception-. Les titres de perception constituent une catégorie « résiduelle » utilisée pour le recouvrement des créances publiques autres que celles ayant trait à l'impôt et au domaine et qui ne relèvent pas de l'arrêté de débet. Ce titre est considéré comme ayant valeur de droit commun et peut être utilisé quelle que soit la nature de la créance[350]. Ils peuvent être émis par l'Etat – le ministre compétent rend exécutoire l'ordre de recette[351]-, les

[345] D. 29 déc. 1962, art. 84. V. pour les comptables susceptibles d'être soumis à cette procédure, CE, 4 mars 1955, *D*. 1955, p. 233, *concl.* Laurent
[346] R. PERROT et Ph. THERY, *op. cit*. n° 322
[347] R. PERROT, op. cit., n° 11
[348] LPF, art. L. 277à L. 280
[349] LPF, art. R. 287-1. Sur la nécessité d'indiquer les éléments de calcul de la créance V. Cass. com., 20 nov. 2001, *Bull. civ*. *IV*, n° 183
[350] Cass. 2e civ., 28 juin 2001, *Dr. et procéd*. 2001, p. 400. Il s'agissait en l'espèce d'une créance née de la réparation d'un dommage
[351] Toutefois l'agent judiciaire du Trésor est habilité à émettre des titres de perception qui relèvent de la compétence du ministre du Budget D. 29 déc. 1962, art. 89

collectivités locales décentralisées[352], les établissements publics soumis aux règles de la comptabilité publique, les organismes privés assurant une mission de services publics[353].

Les titres de perception doivent indiquer les éléments de calcul de la créance ainsi que l'identité du débiteur.

SECTION II : Les titres créés par un juge

141. Une subdivision justifiée entre les titres-. Les titres exécutoires qui émanent du juge ne sauraient être mis sur un pied d'égalité. Tandis que les uns sont le fruit de procédures judiciaires parfois longues durant lesquelles les garanties d'un procès équitable doivent être observées –contradictoire, double degré de juridiction, droit de la défense, etc.-, et appelle du juge un contrôle approfondi, les autres au contraire donnant une prime à la célérité, à la volonté des parties et limitent considérablement le contrôle judiciaire. Ceci justifie donc une subdivision entre les titres délivrés après un contrôle juridictionnel (paragraphe I) et ceux délivré sans aucun contrôle juridictionnel (paragraphe II).

Sous-section I: Les titres délivrés après un contrôle juridictionnel

142. Les décisions de justice nationales et celles étrangères après exéquatur-. Les décisions de justice nationale (A) ainsi que celles étrangères soumises à exequatur (B) sont éligibles à l'acquisition de la force exécutoire. C'est qui ressort de l'article L. 111-3 n°1 et n°2 du CPCE et de l'article 33 n°1 et n° de l'AUVE.

A- Les décisions nationales

143. Les décisions des tribunaux des deux ordres-. Toutes les décisions des juridictions de l'ordre judiciaire (1) et de l'ordre administratif (2) ont vocation à acquérir la force exécutoire. Il s'agit des jugements des tribunaux de grande instance, des tribunaux de commerce, des tribunaux d'instance, des conseils de prud'hommes, des tribunaux des affaires de sécurité sociale, des juridictions de loyers et du tribunal administratif. Il convient de rappeler que seules les décisions ayant constaté une créance liquide sont concernées.

1- Les décisions des juridictions de l'ordre judiciaire

[352] Décret n° 81-362 du 13 avr. 1961 modifié par l'art. R. 241-4 du code des communes.
[353] Art. L. 244-9 du CSS

144. Distinction entre les décisions rendues par les juridictions de l'ordre judiciaire-. Parmi les décisions des juridictions de l'ordre judiciaire, il convient de distinguer celles rendues par le juge répressif de celles rendues par le juge civil ; celles rendues par un juge unique de celles rendues par une formation collégiale.

145. Les décisions du juge répressif-. Certaines décisions des juridictions répressives peuvent comporter une condamnation à caractère pécuniaire à la charge du prévenu ou de l'accusé.

Les décisions rendues par un juge unique.
- Les ordonnances de validation de la composition pénale rendues par le président du tribunal, tout juge par lui désigné ou le juge de proximité ou par le juge des enfants[354] ;
- Les décisions de condamnation rendues par les tribunaux de police en matière contraventionnelle[355];
- Les décisions de condamnations à des amendes prononcées par le juge de l'application des peines.

Les décisions rendues par une formation collégiale. La juridiction répressive peut, outre la condamnation à une peine pénale, statuer sur la réparation civile dès lors qu'une constitution de partie civile est effectuée. Dans ce cas, sa décision constatera une créance liquide mise à la charge du condamné. Elle est éligible à l'acquisition de la force exécutoire[356].

146. Les décisions du juge civil-. Sont éligibles à l'acquisition de la force exécutoire, toute décision rendue par une formation de la juridiction civile statuant soit à juge unique soit en formation collégiale et constatant une créance liquide. Ceci exclut toutes les décisions rendues en matière extrapatrimoniale[357].

[354] V. article 7, ord. 2 février 1945
[355] Suite à la disparition des juges de proximité prévue par la loi du 13 décembre et entrée en vigueur depuis le 1 janvier 2013, le tribunal de police connaît à nouveau des contraventions de la première à la quatrième classe dont la compétence était dévolue au juge de proximité en plus des contraventions de la cinquième classe.
[356] Il s'agit d'une décision rendu en formation collégiale article 381 et s. du code de procédure pénale sauf s'agissant de certaines infractions spécifiques énumérées à l'article 398-1 du code de procédure pénale ou le tribunal statue à juge unique.
[357] C'est le cas des décisions rendues en matière d'état des personnes …

Les décisions rendues par un juge unique. Le tribunal de grande instance ou d'instance dispose en son sein des juridictions qui siègent à juge unique.

Il s'agit du juge des référés, du président du tribunal statuant en la forme des référés, du juge de l'exécution lorsque ce dernier statue sur une demande de saisie abusive par exemple, les ordonnances sur requête rendue par le président du tribunal dans les cas où la loi lui reconnaît ce pouvoir et des ordonnance d'injonction de payer.

Les jugements rendus par une formation collégiale. Il s'agit de toute décision à caractère patrimonial et constatant une créance liquide rendue par la formation collégiale du tribunal d'instance ou de grande instance ou de la cour d'appel[358].

2- Les décisions des juridictions de l'ordre administratif

147. Les décisions de pleine juridiction-. Seules les décisions de pleine juridiction sont susceptibles de constater une créance, et pour cause les décisions rendues sur recours pour excès de pouvoir n'ont pour vocation que d'annuler un acte administratif illégal. Parmi celles-ci, sont concernées les décisions rendues dans les contentieux des créances publiques, les contentieux contractuels et les contentieux fiscaux.

148. Les critères d'acquisition de la force exécutoire-. Il importe de souligner que l'acquisition de la force exécutoire est subordonnée sauf exceptions légales aux deux conditions cumulatives suivantes : la décision doit être insusceptible de voies de recours suspensifs d'exécution et en tout état de cause faire l'objet d'une notification préalable[359].

---

[358] Le mot jugement ici est pris dans un sens générique

[359] Article 502 et 503 du code de procédure civile ; V. aussi sur ce principe, Civ. 2e, 29 janv. 2004: *Bull. civ. II, n° 33; Gaz. Pal. 13-15 mars 2005, p. 21, obs. du Rusquec.* – V. aussi Civ. 2e, 18 déc. 2003: *D. 2004. Somm. 1496, obs. Taormina* « les jugements, même passés en force de chose jugée, ne peuvent être exécutés contre ceux auxquels ils sont opposés qu'après leur avoir été notifiés, à moins que l'exécution ne soit volontaire » ; V. en ce qui concerne les décisions passées en force de chose jugée dès leur prononcé Cass. , ch. mixte, 16 déc. 2005: *Bull. ch. mixte, n° 8 ; Dr. et proc. 2006. 154, obs. Putman ; Procédures 2006, n° 46, obs. Perrot; JCP 2006. II. 10093, note Salhi* ; en ce qui concerne les ordonnances sur requête qui sont exécutoires sur minutes, à défaut d'être notifiée, elle doivent être tout au moins présentée à la personne à laquelle elle est opposée Civ. 2e, 28 mars 1996: *Bull. civ. II, n° 82 ;* Civ. 2e, 10 févr. 2011 *Bull. civ. II, n° 36; Dr. et proc. 2011. 122, note Lauvergnat. ; RTD civ. 2011. 388, obs. Perrot ; D. 2011. Actu. 600 ; Dalloz actualité, 27 févr. 2011, obs. Tahri ; et en ce qui concerne les ordonnances de référés,* Civ. 2e, 8 avr. 2004: *Bull. civ. II, n° 168 ; Gaz. Pal. 13-14 avr. 2005, p. 29, obs. Brenner*

Toutefois, certaines décisions acquièrent la force exécutoire par provision. Il s'agit des décisions exécutoires de plein droit et celles pour lesquelles l'exécution provisoire a été ordonnée. Sont exécutoires de droit les ordonnances de référés, les ordonnances sur requête[360]qui elles, sont exécutoires sur minutes –ici la notification coïncide avec l'exécution-, les ordonnances du juge de la mise en état qui accorde une provision au créancier[361], certaines décisions du conseil des prud'hommes – les décisions du bureau de conciliation[362]- (compléter la liste). S'agissant de l'exécution provisoire ordonnée par le juge, elle peut intervenir dans tous les domaines[363] où l'exécution provisoire n'est pas interdite. Dans tous ces cas, l'exécution provisoire peut être arrêtée par le premier Président de la Cour d'appel[364]. À défaut, l'exécution provisoire pourra être provisoire au risque et péril du créancier.

Aussi, convient-il de noter que dans l'ordre administratif, l'appel n'est pas suspensif d'exécution, ce qui rend les décisions des tribunaux de première instance exécutoires.

B- Les décisions étrangères

149. Division.- Il s'agit des décisions rendues dans un ordre juridique étranger (1) ou de celles qui, rendues dans l'ordre juridique interne, émanent d'une juridiction qui n'est pas investie d'une parcelle de pouvoir de l'Etat considéré[365] (2).

1- Les décisions judiciaires

150. Les différentes sortes de procédures d'exéquatur-. Les décisions étrangères, du fait qu'elles émanent d'une souveraineté étrangère n'acquièrent la force exécutoire[366] qu'en vertu d'une décision d'exéquatur rendue par le juge du pays où devra se poursuivre l'exécution

[360] Les ordonnances sur requête malgré leur caractère exécutoire, ne peuvent fonder une mesure d'exécution forcée.
[361] Art. 514 al. 2 du CPC français
[362] Art. R. 1454- 16 C. trav.
[363] Art. 515 al. 2 du CPC
[364] Dans tous les cas où l'exécution provisoire n'est pas de droit, elle peut être arrêtée par le premier Président de la Cour d'appel en cas d'appel, si elle est interdite par la loi ou si elle risque d'entrainer des conséquences manifestement excessives. Pour ce qui concerne les décisions exécutoire de plein droit contrairement au principe qui interdisait au premier Président d'en arrêter l'exécution, le décret n°2004-836 du 20 Août 2004 est venu tempérer le principe de non-ingérence du premier Président. Désormais ce dernier peut arrêter l'exécution provisoire « *en cas de violation manifeste du principe du contradictoire ou de l'article 12 et lorsque l'exécution risque d'entrainer des conséquences manifestement excessives* » art. 524 et s. du CPC
[365] Il s'agit essentiellement des sentences arbitrales
[366] V. contrairement à l'efficacité internationale d'un jugement étranger dans un autre ordre juridique que celui dans lequel ce dernier a été rendu. Cette efficacité est admise dès lors que l'exécution forcée n'est pas en cause et qu'il s'agit uniquement d'une reconnaissance de l'autorité de chose jugée aussi bien substantielle que procédurale attachée aux jugements étrangers. C'est le cas des jugements sur l'état ou la capacité des personnes. V. en ce sens M.-L. NIBOYET et G. de GEOUFFRE de LA PRADELLE, *op. cit*., n°s 627 et s ; D. HOLLEAUX, J. FOYER et G. de GEOUFFRE de LA PRADELLE, *op. cit*. ; H. MUIR WATT, article préc., *J.-Cl. dr. int*., fasc. 584-6, n°s 20 et s., n°s 81 et s.

forcée. La procédure d'exéquatur sera envisagée successivement sous l'angle du droit commun, du droit conventionnel puis enfin du droit européen puis OHADA.

151. La procédure d'exequatur de droit commun -. En droit français, la demande d'exéquatur est introduite par une assignation devant le tribunal de grande instance statuant à juge unique[367]. Il s'agit donc d'une procédure contentieuse[368]durant laquelle, le juge saisi sera amené à vérifier si le jugement étranger invoqué réunit les conditions de « *régularité internationales »*[369] exigées par la jurisprudence[370]. La compétence territoriale est dévolue au tribunal dans le ressort duquel est domiciliée la personne contre laquelle l'exécution doit être poursuivie.

La décision du tribunal est susceptible d'appel dans les conditions de droit commun. Toutefois, la décision étrangère ne devient exécutoire que quand celle qui l'a rendu exécutoire remplit les conditions d'acquisition de la force exécutoire à savoir : la notification préalable et le caractère insusceptible des voies de recours.

S'agissant des pays membres du droit OHADA, la plupart ont une procédure d'exéquatur de droit commun semblable à la procédure française[371].

La procédure d'exéquatur de droit commun n'est mise en œuvre qu'en l'absence de toute convention en matière de coopération judiciaire entre l'Etat dans lequel la décision à

---

[367] Art. R. 212.8 du code de l'organisation judiciaire

[368] V. sur cette précision P. de VAREILLES-SOMMIERES, *Jugements étrangers*, Rép. Proc. civ. éd. Dalloz (en ligne), septembre 2006 (mise à jour janv. 2013), n° 277 qui précise que : *« Hormis lorsqu'elle est prévue par une convention internationale ou par un règlement communautaire (…), la procédure sur requête est exclue, puisque celui contre qui l'exécution est recherchée doit pouvoir faire valoir sa défense contre un jugement étranger éventuellement irrégulier* ».

[369] Sur cette expression, V. Idem, n° 73

[370] C'est l'arrêt **Munzer** qui a pour la première fois dégagé lesdites conditions. La cour de cassation y a approuvé les juge du fond d'avoir décidé que : « *que, pour accorder l'exequatur, le juge français doit s'assurer que cinq conditions se trouvent remplies, à savoir la compétence du tribunal étranger qui a rendu la décision, la régularité de la procédure suivie devant cette juridiction, l'application de la loi compétente d'après les règles françaises de conflit, la conformité à l'ordre public international et l'absence de toute fraude à la loi ; que cette vérification, qui suffit à assurer la protection de l'ordre juridique et des intérêts français, objet même de l'institution de l'exequatur, constitue en toute matière à la fois l'expression et la limite du pouvoir de contrôle du juge chargé de rendre exécutoire en France une décision étrangère, sans que ce juge doive procéder à une révision au fond de la décision* »[370].

Depuis, les conditions de régularité internationales exigées par cet arrêt ont évoluées. Elles figurent dans l'arrêt **Cornelissen** qui précise que : « *pour accorder l'exequatur hors de toute convention internationale, le juge français doit s'assurer que trois conditions sont remplies, à savoir la compétence indirecte du juge étranger, fondée sur le rattachement du litige au juge saisi, la conformité à l'ordre public international de fond et de procédure et l'absence de fraude à la loi* »[370].

Ainsi, le juge saisi de la demande d'exéquatur doit vérifier la réunion des trois conditions suivantes : la compétence indirecte du juge étranger, la conformité de la décision à l'ordre public international de fond et de procédure et enfin l'absence de fraude à la loi.

[371] …….

exéquaturer a été rendue et celui dans lequel la demande d'exéquatur est faite. Bien souvent l'existence d'une convention allège les conditions de l'exéquatur.

152. La procédure d'exéquatur conventionnelle-. La France a signé de multiples conventions bilatérales. Tel est aussi le cas de la plupart des pays membres de l'OHADA. En règle générale, ces conventions visent à alléger les règles d'exequatur de droit commun. L'allègement est encore plus prononcé en droit communautaire notamment européen.

153. Le droit européen de la certification du titre exécutoire-. Dans un souci de réalisation de ce qu'on a appelé un « *espace juridique européen* »[372], la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 **concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale** – articles 25 à 49- a été plusieurs fois révisée et remplacée[373] par le Règlement n° 44/2001 du 22 décembre 2000[374] sur la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale qui prévoit une procédure simplifiée de certification des titres exécutoires délivrés par les juridictions des Etats membres de l'union[375].

La France a transposé les dispositions dudit règlement par le décret n° *Décr. nº 2004-836 du 20 août 2004, art. 17,* entré en vigueur *le 1er janv. 2005* dans les articles 509 à 509-7 du code de procédure civile. Il ressort de ces articles que la requête aux fins de certification du titre exécutoire est adressée au greffier. Le greffier compétent est celui du tribunal de grande instance dans le ressort duquel est domiciliée la personne contre laquelle l'exécution doit être poursuivie. Le rôle de ce dernier doit se cantonner à un simple contrôle de régularité formelle.

154. Le pouvoir de certification du greffier-. Le greffier devra s'assurer que le demandeur a produit au soutien de sa demande les pièces suivantes : une expédition de la décision étrangère, un certificat de la juridiction d'origine indiquant la juridiction ayant statué, la date de la décision ainsi que celle de sa signification et la preuve de son caractère exécutoire

[372] V. R. PERROT et Ph. THERY, *op. cit*.
[373] Depuis le premier mars 2002. Pour autant la Convention de Bruxelles ne disparaît pas totalement puisqu'elle reste applicable aux relations entre États membres de l'Union européenne et le Danemark
[374] Ce règlement sera abrogé à compter du 10 janv. 2015 et remplacé par le règlement (UE) nº 1215/2012 du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2012. V. sur cette information Lamy Droit de l'Exécution Forcée ; Partie 7 - Droit local et international de l'exécution Titre 2 - Droit européen et communautaire Etude 710 - Titre exécutoire européen

[375] V. les articles 32 à 56 du règlement sur la reconnaissance et l'exécution des jugements

dans l'ordre juridique où elle a été rendue. À cette étape de la procédure, le greffier n'a pas à vérifier si le jugement étranger se heurte à un motif de refus de reconnaissance[376].

A l'issue de ses vérifications, le greffier constate que la décision étrangère est exécutoire s'il lui apparaît que les justifications requises ont été apportées par le requérant. Dès lors, le jugement étranger peut servir de fondement à des mesures conservatoires[377]. Si au contraire, il apparaît au greffier que les justifications requises n'ont point été apportées par le requérant, il devra rejeter la requête par décision motivée[378].

155. Le recours contre la décision du greffier-. La décision du greffier, quelle qu'elle soit, est susceptible de recours. La décision de refus de délivrance du certificat de constatation du caractère exécutoire du jugement étranger peut être déférée au président du tribunal de grande instance qui statue en dernier ressort. S'agissant d'une décision de constatation du caractère exécutoire du jugement étranger, elle est susceptible d'appel dans les conditions de droit commun.

Si la personne contre laquelle elle doit être exécutée n'exerce pas son droit d'appel ou ne le fait pas dans les délais légaux[379] à compter de la notification[380] de la décision devenue exécutoire, le jugement « exéquaturé » acquiert la force exécutoire dans l'ordre juridique français. Dès lors, il peut servir de fondement à une exécution forcée. Dans ce cas de figure, « *la procédure d'exéquatur se limite à une formalité de nature administrative* »[381].

Mais si le débiteur décide d'exercer son droit d'appel contre la décision de constatation du caractère exécutoire du jugement étranger, la procédure d'exequatur devient contentieuse. Dès

[376] Règl. CE n° 44/2001 du 22 décembre 2000, art. 53 à 56
[377] Idem, art. 41
[378] Art. 509-5 CPC
[379] Ce délai est de 1 (un) mois à compter de la notification de la décision si la personne est domiciliée en France et de 2 (deux) mois à compter de la notification si elle est domiciliée dans un autre Etat (Règl. CE,art. 43-5°)
[380] V. le règlement (CE) nº 1393/2007 du 13 novembre 2007 sur la signification et à la notification dans les États membres des actes judiciaires et extrajudiciaires en matière civile et commerciale qui fait de la notification des jugements exécutoires un préalable à l'exécution. Ce règl. prévoit notamment en plus des modes traditionnels de notification, quatre mode pour qu'un acte soit signifié ou notifié dans l'UE : la voie postale (art. 14), la voie diplomatique (art. 12 et 13), la transmission directe (art. 15) le système de notification reposant sur la mise au point d'entités centrales, requises et d'origine (art. 4 et s.)

[381] R. PERROT et Ph. THERY, *op. cit*., n° 163 et s., p. 176 et s.

lors il appartient à la cour d'appel saisie de vérifier si le jugement étranger ne se heurte pas à l'un des motifs de refus de reconnaissance énumérés aux articles 34 et 35 du règlement[382].

156. Le titre exécutoire européen -.

Les titres exécutoires pour les créances incontestées. Le titre exécutoire européen pour les créances incontestées[383] constitue une dérogation à la procédure de certification des jugements étrangers. Il a été créé par le règlement (CE) nº 805/2004 du Parlement européen et du Conseil du 21 avril 2004 applicable depuis le 21 octobre 2004. Seules les matières civiles et commerciales sont concernées[384]. S'agissant des créances pour lesquelles ce titre peut être délivré, elles doivent être selon le mot de l'article 3 du règlement (CE) nº 805/2004 « incontestée ». La notion de « créances incontestée » recouvre trois hypothèses[385] :

- La créance a été expressément reconnue par le débiteur ;
- Le débiteur s'est abstenu tout au long de la procédure d'utiliser les moyens procéduraux mis à sa disposition par le droit de l'Etat membre d'origine ;
- Si après avoir contesté la créance au cours de la procédure, le débiteur n'a plus comparu ou ne s'est pas fait représenter au cours des audiences ultérieures sur la créance.

Ce dernier cas a été considéré par certains auteurs comme confus[386].

---

[382] Contrariété du jugement étranger à l'ordre public de l'Etat requis, si le débiteur a été mis en situation de se défendre, méconnaissance par le juge étranger des règles de compétences exclusives en matière d'assurance et de consommation.

[383] V. sur cette notion de TEE, R. PERROT et Ph. THERY, op. cit. n° 325, p. 342 ; E. Jeuland, « Le titre exécutoire européen : un château en Espagne ? », *Gaz. Pal*. 2005, doct., p. 15 ; C. Nourissat, « Titre exécutoire européen », *Procédures* 2004, nº 106 ; B. Amigues, « Le titre exécutoire européen, une simplification du recouvrement européen de l'impayé », *RD bancaire et fin*. 2005, p. 73 ; J. Normand, « Le titre exécutoire européen », *Dr. et procéd*. 2002, p. 332 ; M. Douchy-Oudot, « Le procès civil et les affaires transfrontalières : vers un espace judiciaire européen » in *Mélanges JULIEN P.*, Edilaix, 2003, p. 161., p. 161 ; F. Ferrand, « Le nouveau titre exécutoire européen », *Dr. & patr*. 2004, nº 130, p. 70 ; C. Baker, « Le titre exécutoire européen, une avancée pour la libre circulation des décisions ? », *JCP G* 2005, I, 137 ; J. Normand, « Le titre exécutoire européen », Dr. et proc. 2002. 331 et s. ; K. H. Beltz, « Le titre exécutoire européen » (TEE), *D*. 2005. Chron. 2707 ; Ch. Hugon et B. Menut., « Les enjeux européens du recouvrement des créances », Dr. et proc. 2005. 69 et s., ; C. Nourrissat, « Le règlement CE n° 805/ 2004 du Parlement européen et du Conseil du 21 avril 2004 portant création d'un titre exécutoire européen pour les créances incontestées », Procédures août-septembre 2005. 6 ; J. F. Van Drooghenbroeck et S. Brijs, Un titre exécutoire européen, (préf. G. de Laval, Larcier), 2006

[384] Art. 2 du règlement (CE) nº 805/2004 du Parlement européen et du Conseil du 21 avril 2004 applicable depuis le 21 octobre 2004

[385] V. article 3 Règl. CE n° 805/2004 du 21 avril 2004

[386] V. M. DOUCHY-OUDOT, in *Lamy Voies d'exécutions* 2005, n° a710-120 ; E. JEULAND, *op. cit*., p. 16

Cette règle s'applique en matière civile et commerciale[387], à trois types d'actes : les décisions, les actes authentiques[388] et les transactions.

Pour ces créances, l'autorité compétente ou la juridiction de l'Etat membre d'origine, peut délivrer à la requête de tout intéressé, une certification unique de titre exécutoire européen. Toutefois, ce dernier devra vérifier que certaines conditions définies par le règlement sont réunies. Il s'agit, outre les « garanties minimales de procédure » exigées par le règlement dans le cadre du respect des droits de la défense, de certaines autres conditions spécifiques au type d'acte soumis à certification.

Dès lors, la décision certifiée comme titre exécutoire européen acquiert force exécutoire immédiat dans tous les Etats membres de l'Union exception faite du Danemark[389].

Les décisions d'injonction de payer européen. Les décisions d'injonction de payer rendues dans les litiges transfrontaliers touchant à la matière civile et commerciale sont exécutoires de droit sur tout l'espace européen en vertu du règlement (CE) n° 1896/2006 du 12 décembre 2006.

Les décisions rendues dans les petits litiges transfrontaliers. Ces décisions sont exécutoires de droit en vertu du règlement (CE) n° 861/2007 du 11 juillet 2007.

Le titre exécutoire OHADA quant à lui, ne diffère guère du titre exécutoire européen.

157. Le titre exécutoire OHADA-. Le droit OHADA ne s'est pas contenté de créer une certification des titres exécutoires créés dans l'un quelconque de ses Etats membres. Ainsi, contrairement aux Etats membres de l'UE qui conservent leur souveraineté judiciaire, les Etats membres du droit OHADA ont transféré la leur à la cour suprême de l'OHADA.

Cette cour est dénommée la Cour commune de justice et d'arbitrage (CCJA)[390]. La CCJA juge en dernier ressort[391] tous les litiges relatifs aux actes uniformes en sa qualité de garante dans les

[387] À l'exception des créances en matières administratives, douanières et fiscales ainsi qu'en matière de capacité et d'état des personnes physiques, de régimes matrimoniaux, de faillites, de testaments, de successions de sécurité sociale et d'arbitrage (Art. 2 Règl. du 21 avr. 2004).
[388] À condition que celui-ci remplisse les conditions requises pour l'authenticité dans l'État d'origine (Art. 58 du R7gl. CE, 12 décembre 2012 entré en vigueur le 10 janv. 2015. Toutefois, l'exequatur peut être refusé si l'acte contient des dispositions contraires à l'ordre public français (Art. 58 Règl. CE, 12 déc. 2012)
[389] V. pour un rappel de ce principe Civ. 2e, 22 févr. 2012, n° 10-28.379, *Dalloz actualité*s, 4 avr. 2012, obs Tahri
[390] La CCJA est l'une des trois institutions de l'O.H.A.D.A. avec le Secrétariat Permanent et l'Ecole Régionale Supérieure de la Magistrature. Elles ont respectivement leur siège en Abidjan en Côte d'Ivoire à Yaoundé au Cameroun et à Porto-Novo au Bénin.
[391] Ceci ressort des alinéas 3 et 4 de l'art. 14 du Traité OHADA qui dispose : « saisie par la voie du recours en cassation, la cour se prononce sur les décisions rendues par les juridictions d'appel des Etats Parties dans toutes les affaires soulevant des questions relatives à l'applications des Actes uniformes et des règlements prévus au présent Traité à l'exception des décisions appliquant des sanctions pénales.

Etats Parties de « *l'interprétation et l'application commune du traité, des règlements pris pour son application et des Actes uniformes* »[392], le contentieux relatif à l'application des Actes uniformes étant réglé en première instance et en appel par les juridictions des Etats Parties[393].

La CCJA a donc une sorte de « *supranationalité du droit OHADA* »[394]. Cette supériorité hiérarchique de la CCJA sur les juridictions nationales y comprises celles suprêmes des Etats Parties est d'autant importante que celle-ci s'est vue attribuer par le Traité, le pouvoir d'évocation en cas de cassation des décisions des juges du fond d'un Etat Partie. Ceci lui a valu l'appellation de « *troisième degré de juridiction* »[395].

Ainsi, les arrêts de la CCJA ont « force exécutoire » à compter de leur prononcé[396] dans tous les États membres de l'organisation. L'apposition de la formule exécutoire se fera par une « *autorité que le gouvernement de chacun des Etats parties désignera à cet effet et dont il donnera connaissance à la Cour* »[397]laquelle devra se cantonner à la simple vérification de l'authenticité du titre. Mais tel n'est pas le cas des décisions exécutoires dans l'ordre juridique des Etats membres de l'OHADA.

158. L'absence de caractère exécutoire des décisions exécutoires dans les Etats Parties au traité O.H.A.D.A. -. Si une procédure entamée dans un Etat membre relativement à l'application et l'interprétation d'un acte uniforme s'arrête devant les juges du fond et ne remonte pas jusque devant la CCJA, aucun mécanisme de certification du titre exécutoire éventuellement créé n'est prévu en droit OHADA. Ceci n'est pas logique dans la mesure où, les juridictions du fond de tous les Etats Parties sont considérées comme parties intégrantes du

---

Elle se prononce dans les mêmes conditions sur les décisions non susceptibles d'appel rendues par toutes juridictions des Etats Parties dans les mêmes contentieux » et de l'art. 15 du Traité qui détermine les modes de saisine de la C.C.J.A. à savoir : la saisine directe par les parties et la saisine sur renvoi des juridictions suprêmes nationale dès lors que ces dernières viendraient à être saisie d'un litige dont la solution impliquerait l'interprétation d'un Acte uniforme O.H.A.D.A. et de l'art. 18 du Traité qui pose la règle de l'incompétence des juridictions suprêmes nationales en pareilles occurrence.

[392] Art. 14 al. 1re du Traité OHADA

[393] Art. 13 du Traité OHADA

[394] B. GUEYE et S. NOUROU TALL, « Commentaire du Traité OHADA », in *OHADA, Traité et Actes uniformes commentés*, *op. cit*., p. 41

[395] Id. ; sur cette expression, v. aussi E. ASSI ESSOPE, « La Cour commune de justice et d'arbitrage de l'OHADA : un troisième degré de juridiction ? » *Revue internationale de droit comparé*, 4, 2004. V. sur le pouvoir d'évocation de la C.C.J.A., V. CCJA, N° 002/2003, 30 janv. 2003, Aff. Sté Delmas Vieljeux Côte d'Ivoire c/ Civexim, *Rec. OHADA* N° 1, janv.-juin 2003, p. 36, Ohada.com/Ohadata J-03-110 ; CCJA N° 008/2002, 21 mars 2002, Aff. Sté Palmafrique c/ Etienne Konan Bally Kouakou, Juriscope.org ; CCJA N° 012/2002, 18 avr. 2002, Aff. Sté Elf Oil Côte d'Ivoire c/ Sté Cotracom, Juriscope.org, *Ohada.com/Ohadata J-02-65* ; CCJA N° 015/2004, 29 mars 2004, Aff. Sté Energie du Mali c. J.K, *Ohada.com/Ohadata J-04-300*

[396] V. l'art. 20 du Traité OHADA qui dispose : « les arrêts de la Cour commune de justice et d'arbitrage ont l'autorité de la chose jugée et la force exécutoire. Ils reçoivent sur le territoire de chacun Etats parties une exécution forcée dans les mêmes conditions que les décisions juridiques nationales.

[397] Art. 46-1 du Règlement de procédure devant la CCJA

système judiciaire OHADA comme en témoigne l'article 13 du Traité[398]. Par conséquent leurs décisions non frappées de pourvoi en cassation devant la CCJA et ayant de ce fait acquis force de chose jugée devraient acquérir force exécutoire sur toute l'étendue de l'espace OHADA. Sauf à parler d'un manque de confiance réciproque entre les Etats Parties relativement à la fiabilité de leur système judiciaire !

Pour pallier cette méfiance, il serait judicieux qu'il soit mis en place, dans un premier temps, comme c'est le cas en droit européen[399], un système de certification des titres exécutoires portant sur des créances judiciaires incontestées, pour ensuite évoluer vers des solutions plus généralisées. Ceci participerait de la construction d'un véritable « espace judiciaire OHADA ».

159. L'exception liée aux décisions des juridictions internationales-. Les décisions des juridictions internationales siégeant en vertu d'une convention internationale sont directement invocables dans les Etats signataires. C'est le cas en droit français, des décisions de la CEDH, de la CJUE et de la Cour Internationale de Justice. Les décisions de cette dernière juridiction sont directement invocable dans la plupart des Etats membres du traité OHADA, dans la mesure où ces pays ont ratifié le traité ayant créé cette juridiction.

2- Les sentences arbitrales

160. La force exécutoire d'une sentence arbitrale conditionnée à son exequatur -.Selon les articles L. 111-3 n° 2 du CPCE et 33 n° 2 de l'AUVE, les sentences arbitrales déclarées exécutoires par une décision non susceptible d'un recours suspensif d'exécution de l'Etat dans lequel elles sont invoquées ont la force exécutoire.

Deux situations sont envisageables : le cas des sentences arbitrales internes et celui des sentences arbitrales internationales. Quel que soit le type de sentence, elle n'acquiert force exécutoire dans l'Etat dans lequel son exécution doit être poursuivie qu'après une décision d'exequatur insusceptible de recours suspensif d'exécution rendue par la juridiction compétente de cet Etat.

[398] Art. 13 du Traité OHADA, « *le contentieux relatif à l'application des Actes uniformes est réglé en première instance et en appel par les juridictions des Etats Parties* »

[399] Voir sur les solutions à cette inquiétude en droit communautaire européen F. FERREND, « Titre exécutoire européen », *Rép proc. civ* ., janv. 2006 (mise à jour mars 2012).

Même si les sentences arbitrales internes ou internationales sont revêtues de l'autorité de la chose jugée, elles n'ont pas la force exécutoire[400]. Seule une décision d'exéquatur de l'espace judiciaire dans lequel leur exécution doit être poursuivie peut leur accorder cette force. Cette règle est la même aussi bien en droit français que dans la plupart des pays membre de l'O.H.A.D.A.[401].

161. La procédure d'exequatur des sentences arbitrales en droit français-. En droit français, la demande d'exéquatur est adressée par requête au Président du tribunal de grande instance dans le ressort duquel la sentence a été rendue ou celui de Paris s'il s'agit d'une sentence rendue à l'étranger. La décision d'exéquatur est rendue par une ordonnance à pied de requête sans aucun débat contradictoire et n'est susceptible d'aucun recours s'agissant des sentences arbitrales internes. Toutefois, l'appel ou un recours en annulation contre la sentence arbitrale interne emporte recours contre l'ordonnance d'exéquatur. Pour ce qui concerne les sentences en matière d'arbitrage international rendues en France, la voie de l'appel est ouverte contre l'ordonnance d'exéquatur. En tout état de cause, la sentence arbitrale n'est exécutoire que si l'ordonnance d'exéquatur passe elle-même en force de chose jugée.

162. La procédure d'exéquatur des sentences arbitrales en droit OHADA-. A côté de la procédure d'exéquatur des sentences arbitrales propre à chaque pays membre du traité OHADA, existe une procédure d'exéquatur réservée aux seules sentences arbitrales OHADA. Aussi, alors que les sentences arbitrales ayant fait l'objet de décisions d'exéquatur dans l'ordre interne d'un État n'acquièrent la force exécutoire que sur le territoire de l'Etat considéré, les sentences arbitrales O.H.A.D.A. sont exécutoires sur tout l'espace O.H.A.D.A.

La sentence arbitrale OHADA s'entend de celle qui a été rendue sous l'égide de la CCJA. Une sentence arbitrale est considérée comme rendue sous l'égide de la CCJA si, en vertu des règles de compétence définies à l'article 14 du Traité, les parties décident de soumettre leur différend d'ordre contractuel à la procédure d'arbitrage OHADA. Dans ce cas, la CCJA ne tranche pas elle-même les différends mais supervise le déroulement de la procédure. Ainsi, celle-ci nomme

[400] V. sur les justifications de cette absence de force exécutoire R. PERROT et Ph. THERY, *op. cit.* n° 327, p. 345 qui explique que « *les arbitres ne sont investis en effet d'aucune parcelle de l'autorité publique, et pour cette raison, les sentences qu'ils prononcent ne peuvent avoir force exécutoire qu'après avoir été soumise à exéquatur* »
[401] En droit français art. 1516 du CPC pour les sentences internationales et 1487 du CPC pour les sentences internes.

ou confirme les arbitres, est informée du déroulement de la procédure arbitrale, et examine les projets de sentences[402].

Les sentences arbitrales rendues sous l'égide de la CCJA n'acquièrent la force exécutoire qu'après une décision d'exéquatur dont la CCJA a la compétence exclusive[403]. L'exéquatur est « *accordé par une ordonnance du Président de la Cour ou du juge délégué à cet effet, selon une procédure non contradictoire* »[404].

Sous-section II: Les titres délivrés sans un contrôle juridictionnel

163. Division.- L'article 111-3 n° 3 du CPCE prévoit que « *Les extraits de procès-verbaux de conciliation signés par le juge et les parties* » sont des titres exécutoires**.** La même règle est posée en droit OHADA à l'article 33 n° 3 de l'AUVE qui cite parmi les titres exécutoires : « *Les procès-verbaux de conciliation signés par le juge et les parties* ».

En droit français, il faut ajouter aux procès-verbaux de conciliation, les accords intervenus au cours d'une instance judiciaire ou en dehors de toute instance et homologués par le juge. Ces accords acquièrent la force exécutoire après homologation par le juge. En définitive, tous ces titres peuvent se regrouper en deux catégories : les titres exécutoires constatant un accord judiciaire (A) et les titres exécutoires constatant un accord extrajudiciaire (B).

A- Les titres judiciaires constatant un accord

Deux sous-catégories de titres se rencontrent dans cette catégorie : il s'agit des accords intervenus sur une conciliation ou une médiation (1) et de ceux intervenus à l'initiative des parties (2).

1- Les accords intervenus en présence d'un conciliateur ou d'un médiateur

164. Les procès-verbaux de conciliation -.

Les procès-verbaux signés par les parties et le juge. Le juge peut décider de recourir à la conciliation en vertu de son pouvoir général de conciliation[405]. Pour ce faire il peut décider soit

[402] C'est l'article 24 du Traité qui prévoit ce pouvoir de la CCJA. Il dispose : « *Avant de signer une sentence partielle ou définitive, l'arbitre doit en soumettre le projet à la Cour commune de justice et d'arbitrage. Celle-ci ne peut proposer que des modifications de pure forme* »
[403] Art. 30 du règlement d'arbitrage de la CCJA.
[404] Ph. LEBOULANGER, « La reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales dans le système OHADA », *Penant* N° 833, pp. 166-169
[405] V. art. 21 du CPC

de conduire lui-même la conciliation soit de la confier à un conciliateur judiciaire. Dans le premier cas, si les parties parviennent à un accord, il constate l'accord des parties.

Un extrait de ce procès-verbal signé par les parties et le juge est délivré aux parties. Il vaut titre exécutoire[406].

Les procès-verbaux homologués par le juge. En cas de conciliation menée par un conciliateur de justice ou dans les hypothèses où la loi permet aux parties de soumettre à l'homologation du juge leur accord[407], l'accord signé par les parties et le conciliateur dans le premier cas et l'accord signé par les parties dans le second cas, peut être homologué par le juge[408]. Il ressort de la loi que l'homologation relève de la matière gracieuse. Elle confère au dit accord la force exécutoire. Il importe de souligner que ces titres ne sont pas à vrai dire des décisions de justices. Le Professeur PERROT indique qu'il s'agit « *d'actes qui, sous l'autorité du juge, constatent et authentifient les accords des parties sous l'autorité du juge* »[409].

165. Les accords intervenus sur une médiation-. Le juge saisi d'un litige peut ordonner une médiation. La médiation peut être confiée soit à une personne physique soit à une personne morale. L'accord intervenu sur la médiation peut être homologué par le juge sur demande des parties. Il acquiert force exécutoire[410].

2- Les accords intervenus suite à une transaction

166. Les transactions homologuées-. Les parties peuvent, en cours d'instance conclure une transaction sans l'intervention d'une tierce personne. La loi leur permet de soumettre la transaction ainsi intervenue à l'homologation du juge. L'homologation confère à la transaction des parties un caractère exécutoire. Ce principe a été posé depuis la loi du 8 février 1995 et l'article 2 du décret du 22 juillet 1996 et figure dans le code de procédure civile à l'article 131-12 alinéa 1re.

[406] Art. 131 al. 1re et article 33 n° 3 de l'AUVE.
[407] C'est le cas par exemple du bordereau de collation en matière de distribution sur saisie immobilière (Article R. 334-2 CPCE) ou du procès-verbal de conciliation homologué en matière de sauvegarde
[408] Art. 131 al. 2 ;
[409] R. PERROT et Ph. THERY, *op. cit.*, n° 308
[410] Article 131 et suivant du code de procédure civile français

B- Les titres constatant un accord extrajudiciaire

Deux sous-catégories peuvent être distinguées ici : les accords intervenus suite à une médiation ou une conciliation conventionnelle ou une procédure participative et ceux intervenus suite à une transaction extrajudiciaire.

167. Les accords intervenus suite à une médiation, une conciliation conventionnelle ou une procédure participative-. Les parties ont conformément au *Décret n° 2012-66 du 20 janv. 2012* relatif à la résolution amiable des différends et introduit dans le code de procédure civile aux articles 1528 et suivants, la possibilité de recourir soit à une médiation conventionnelle, soit une conciliation conventionnelle, soit enfin à une convention de procédure participative – déjà instituée par la *L. n° 2010-1609 du 22 déc. 2010*[411]- pour régler leur différend en dehors de tout instance judiciaire.

La médiation et la conciliation conventionnelle sont définies en application des articles 21 et 21-2 de la loi *[n° 95-125]* du 8 février 1995 comme « *tout processus structuré, par lequel deux ou plusieurs parties tentent de parvenir à un accord, en dehors de toute procédure judiciaire en vue de la résolution amiable de leurs différends, avec l'aide d'un tiers choisi par elles qui accomplit sa mission avec impartialité, compétence et diligence* »[412].

Quant à la convention de procédure participative, elle est définie comme « *une convention par laquelle les parties à un différend qui n'a pas encore donné lieu à la saisine d'un juge ou d'un arbitre s'engagent à œuvrer conjointement et de bonne foi à la résolution amiable de leur différend* »[413]. Elle doit respecter les conditions impératives énumérées aux articles 2062 à 2067 du code civil.

L'accord des parties intervenu suite à l'un de ces trois mécanismes de règlement amiable des litiges peut être soumis au juge dans les conditions définies par la loi pour homologation.

Les parties ont aussi le droit de soumettre leur accord intervenu sur transaction extrajudiciaire au juge aux fins d'homologation.

168. L'homologation des transactions extrajudiciaires-. C'est le décret n° 98-1231 du 28 décembre 1998 dit décret Coulon qui a posé le principe du droit pour les parties à une transaction extrajudiciaire de soumettre leur accord au juge – le juge compétent étant le

[411] Voir art. 2062 à 2067 du code civil.
[412] Art. 1530 du code de procédure civile
[413] Art. 2062 du code civil

président du tribunal de grande instance- aux fins de lui faire acquérir la force exécutoire. Cette règle a par la suite été introduite dans le code de procédure civile à l'article 1441-1 et figurait dans le chapitre VII du titre IV du livre III qui a été abrogé[414] par l'article 45 du *Décret n° 2012-66 du 20 janv. 2012* relatif à la résolution amiable des différends.

Ledit décret a inséré dans le code de procédure civile, un livre cinquième consacré à la résolution amiable des différends. Ce livre comporte des dispositions communes dans un titre III dont le dernier article 1568 dispose : « *Les dispositions des articles 1565 à 1567 sont applicables à la transaction conclue sans qu'il ait été recouru à une médiation, une conciliation ou une procédure participative. Le juge est alors saisi par la partie la plus diligente ou l'ensemble des parties à la transaction* ». C'est donc cette disposition qui remplace l'article 1441-1 du code de procédure civile[415].

Cette nouvelle disposition prévoit donc à la place de la simple attribution de la force exécutoire une homologation. Aussi, le juge compétent pour l'homologation n'est pas le président du tribunal de grande instance mais « le juge compétent selon la matière considéré ». Il s'agirait de la « formation collégiale (…) président et juges du tribunal de grande instance, du tribunal de commerce, etc., selon la matière considéré »[416].

C- Le régime juridique des accords soumis à l'homologation du juge

169. L'interdiction faite au juge de modifier l'accord des parties-. Le juge ne peut modifier les termes de l'accord des parties. Il a néanmoins le pouvoir de refuser l'homologation. Mais en cas d'homologation, l'accord acquiert la force exécutoire[417]et peut faire l'objet d'un recours en rétractation par tout intéressé[418].

Toutefois, en cas d'homologation, il ne peut modifier la teneur de l'acte. Son contrôle est minimal. Celui-ci se cantonne à la conformité de l'accord à l'ordre public et aux bonnes mœurs[419] et ne doit jamais porter sur la validité de l'acte. Aussi, il ne lui appartient pas de contrôler l'intégrité des consentements[420].

---

[414] Sauf pour Wallis et Futuna.
[415] V. sur ce point H. CROZE, « Mais où est passé l'article 1441-4 du code de procédure civile ? », *Gaz. Pal*. 03 avr. 2012 n° 94, p. 16 ;
[416] *Id.*
[417] Article 1565 du code de procédure civile
[418] Art. 1566 al. 2
[419] Civ. 2e, 26 mai 2011, n° 06-19-527, *D*. 2012. 245, note Fricero ; *RTD civ*. 2011. 559, obs. Gauthier
[420] G. DAHERO, « Contrat judiciaire », *Rép. Proc. civ*., déc. 2012, n° 47

L'homologation relève d'après le législateur de la matière gracieuse et tout intéressé peut faire un recours en rétractation de l'homologation. Toutefois, sur la qualification gracieuse de l'homologation, la doctrine s'est montrée très critique. Le Professeur GUINCHARD dénonce une référence faite « à tort » à la matière gracieuse et estime que la qualification d'homologation est « mal venue »[421]. Les Professeurs CADIET et JEULAND estiment quant à eux, que ce mécanisme admet plutôt la qualification de « contrat judiciaire »[422].

170. Le régime de l'accord homologué quant aux voies de recours-. Que ce soit les procès-verbaux de conciliation ou la décision d'homologation, force est de constater que l'accord des parties ne peut être remis en cause par la voie d'un recours judiciaire.

S'agissant du constat du procès-verbal de conciliation signé du juge et des parties, il n'est ni plus ni moins un jugement de donné acte. Par conséquent, il reçoit la qualification de contrat judiciaire[423]. Or le contrat judiciaire est insusceptible de voies de recours judiciaire et ne peut être remis en cause que par la voie d'une action en nullité principale[424].

Pour ce qui concerne la décision d'homologation, elle est certes susceptible d'un recours en rétractation. Mais ce recours n'a pour but que de statuer sur l'opportunité de conférer ou non la force exécutoire à l'accord des parties. En aucun cas le recours ne peut permettre une remise en cause de l'accord des parties. Seule une action en nullité principale est susceptible de la remettre en cause.

En définitive l'accord homologué a un régime juridique très proche si ce n'est égal à celui des contrats judiciaires : comme le contrat judiciaire, elle « constate » l'accord des parties sans que le juge ne puisse en modifier la teneur ; comme le contrat judiciaire il ne peut être modifié que par la voie d'une action en nullité principale. Et les nuances relatives à la qualification d'homologation, de la possibilité de s'en référer au juge de l'homologation ne distinguent pas dans le fond la décision d'homologation du contrat judiciaire quant à leur régime.

---

[421] V. GUINCHARD, « L'ambition d'une justice civile renovée. Commentaire du décret n° 98-1231 du 28 décembre 1998 et de quelques aspect de loi n° 98-1163 du 18 décembre 1998 », *Dalloz 1999. Chron.* 65, n° 18

[422] CADIET et JEULAND, *Droit judiciaire privé*, 6e éd. LexisNexis, Litec, n° 426, p. 286-287

[423] Sur l'appartenance du jugement de donner acte à la catégorie des contrats judiciaires v. CROZE, MOREL et FRANDIN, *Procédure civile*, Litec 2008, n° 50, p. 26 ; WIEDERKEHR, Le rôle de la volonté dans les actes judiciaires, in *Mélanges* Rieg, 2000, Bruylant, p. 883 ; HERON et Le BARS, *Droit judiciaire privé*, 4e éd., 2010, Montchestien, n° 1023, p. 706-707

[424] V. GUINCHARD, CHAINAIS et FERRAND, *Procédure civile. Droit interne et droit de l'Union européenne*, 31e éd., 2012, Dalloz, n° 1200, p. 828 ; en jurisprudence v. civ. 2e, 11 mars 1999, n° 96-21.331 ; civ. 2e, 16 avr. 1986, JCP 1986. IV. 169 ; civ. 2e, 14 avr. 1988, Gaz. Pal. 1988. Somm. 491, obs. CROZE et MOREL. Sur l'absence d'appel v. GUINCHARD, CHAINAIS et FERRAND, *op. cit*. n° 1028, p. 711 ; aussi Com. 3 mai 1990, n° 88-15.535 ; com. 12 juill. 2005, n° 04-10.379 ; civ. 1re, 27 janv. 1988, n° 95-15.297

Conclusion chapitre II :

Au résultat, de cet exposé sur la création des titres exécutoires, il résulte que les actes juridiques privés exécutoires présentent certaines particularités en comparaison non seulement au modèle parfait du titre exécutoire, mais aussi et surtout des autres titres exécutoires.

Conclusion du titre premier :

171. Les critères d'un titre exécutoire révélés par l'exposé panoramique du titre exécutoire.- Cet exposé panoramique du titre exécutoire révèle notamment au travers de la nature du titre exécutoire, les exigences qui devraient raisonnablement présider à la création des titres exécutoires. Celles-ci concernent d'une part la compatibilité du régime de l'acte fondamental sur lequel sera apposée la formule exécutoire, avec certains attributs du titre exécutoire et d'autre part sur la nécessité de réunion de certains éléments constitutifs du titre exécutoire. Par ailleurs il résulte de la valeur du titre exécutoire que sa détention confère des droits considérables à son détenteur aussi bien vis-à-vis de l'État qu'à l'encontre du débiteur désigné dans le titre. Tout ceci devrait raisonnablement incliner à une très grande circonspection dans la création des titres exécutoires. La question se pose dès lors, de savoir si la création des actes juridiques privés exécutoires est respectueuse de ces différentes exigences.

172. Les particularités des actes juridiques privés exécutoires révélées par la création des titres exécutoires.- Il résulte de l'exposé sur la création des titres exécutoires que les actes juridiques privés exécutoires peuvent être créés, soit par des officiers publics ministériels, soit par un juge, et que dans un cas comme dans l'autre, il s'agit de donner force exécutoire à des actes juridiques privés. De ce point de vue, ce titre exécutoire présente des particularités avec les autres titres exécutoires pour lesquels les actes fondamentaux rendus exécutoires sont, soit des décisions de justice soit, des actes administratifs. Aussi, ces particularités renvoient inévitablement à d'autres particularités. Il convient maintenant d'exposer toutes ces particularités des actes juridiques privés exécutoires en vue de ressortir le caractère imparfait de ce type de titre exécutoire.

TITRE II : LES PARTICULARITES DES ACTES JURIDIQUES PRIVÉS EXECUTOIRES

173. L'acte juridique privé exécutoire soumis à une double analyse-. Les particularités de l'acte juridique privé exécutoire résultent de ses anomalies (Chapitre premier). Celles-ci se révèlent par une analyse aussi bien, du régime de l'acte juridique privé en lui-même que des mécanismes par lesquels la force exécutoire lui est attribuée, à l'aune de certains principes qui s'évincent aussi bien du droit contractuel que du droit processuel d'une part que des attributs du titre exécutoire d'autre part.

174. Les fondements de l'acte juridique, l'autre cause de sa particularité au sein des titres exécutoires-. Cette double confrontation révèle de profondes particularités de l'acte juridique privé exécutoire en comparaison aux autres titres exécutoires. Ces particularités de l'acte juridique privé exécutoire peuvent aussi trouver leur origine dans les fondements qui ont présidé à leur création. En effet, le mécanisme de l'attribution de la force exécutoire à un acte juridique privé tire ses fondements dans des raisons lié à l'efficacité économique plutôt que du pur rigorisme juridique, toutes choses induisant des critiques à l'égard desdits fondements (Chapitre II).

CHAPITRE PREMIER :

Les anomalies de l'acte juridique privé exécutoire

175. Des anomalies de naissances accentuant celles incidentes-. L'acte juridique privé exécutoire accuse de graves anomalies dès sa naissance. Celles-ci tiennent à la nature intrinsèque de l'acte fondamental auquel la force exécutoire est attribuée mais aussi aux procédures qui y conduisent. Ces anomalies de naissances (Section I) ont pour conséquence d'accentuer celles qui se révèlent à l'occasion de la mise en œuvre de ce titre (Section II) dont elle révèle dès lors toute la singularité au sein des titres exécutoire.

SECTION I : Les anomalies congénitales

176. Des anomalies de naissance situées à deux niveaux-. Les anomalies congénitales de l'acte juridique privé se situent à deux niveaux. La première anomalie réside au niveau du contrôle préalable à l'attribution de la force exécutoire à cet acte. Il s'agit précisément du caractère extrêmement limité de ce contrôle (Paragraphe I). Ce contrôle limité est clairement incompatible avec, d'une part la nature du titre exécutoire notamment le caractère certain que requiert ses constatations, car il est parfaitement inimaginable qu'un contrôle limité puisse purger l'acte juridique privé de tous ces vices éventuels ; d'autre part avec sa valeur.

D'ailleurs à cet égard, il convient de faire observer que des possibilités d'annulation de l'acte juridique privé exécutoire subsistent (Paragraphe II) en dépit de l'exigence légale du caractère certain de ses constatations et des contrôles qui sont censés l'assurer. Cette possibilité d'annulation de l'acte juridique privé exécutoire, s'agissant d'un titre exécutoire reste l'autre anomalie congénitale de l'acte juridique privé exécutoire.

Sous-section I : Les limites du contrôle préalable à l'apposition de la formule exécutoire

177. Des contrôles inaptes à garantir la certitude des constatations du titre-. Aussi bien le contrôle préalable à l'attribution de la force exécutoire exercé par les officiers ministériels que celui exercé par le juge ne suffit pas à garantir le caractère certain des constatations de l'acte exécutoire qu'ils créent. En effet, tandis que le contrôle exercé par les officiers publics est manifestement insuffisant (A), celui exercé par le juge est clairement limité par la loi (B).

A- Le contrôle insuffisant des officiers publics

L'insuffisance du contrôle s'observe aussi bien pour la mission d'authentification du notaire préalable à l'attribution de la force exécutoire (1) que pour le constat de non-paiement effectué par l'huissier en droit français ou le greffier en droit U.E.M.O.A (2).

1- Le notaire

178. Le pouvoir d'authentification du notaire et ses conséquences.- C'est parce que l'acte authentique vaut jusqu'à inscription de faux qu'il est doté dès sa naissance de la force exécutoire[425] et devient ainsi exécutoire « sans visa ni *pareatis* »[426]. Ce mécanisme reçoit l'appellation d'exécution parée[427]. Mais si la force exécutoire de l'acte notarié provient de son d'authenticité et donc de sa reconnaissance, la question de savoir ce qui est reconnu, ou ce qui vaut jusqu'à inscription de faux dans l'acte notarié permet de douter de l'opportunité de ce mécanisme.

179. L'authenticité attachée aux seuls faits et actes constatés ou accomplis par le notaire ès qualité-. Etant donné que la force probante est induite par la qualité d'officier public du notaire[428], la reconnaissance doit être restreinte aux seuls faits et actes que le notaire certifie avoir accompli lui-même ou qu'il a constatés de *visu* et *auditu* c'est-à-dire qu'il a lui-même vus ou entendus[429]. Quels sont alors ces faits et actes ?

180. Les actes accomplis par le notaire.- Il ressort des articles 6 et suivants du Décret n°2005-973 du 10 août 2005 ayant modifié la loi du 25 ventôse an XI que le notaire doit accomplir certaines formalités dans l'établissement de l'acte. Ainsi est-il précisé à l'article 6 que : « *tout acte doit énoncer le nom et le lieu d'établissement du notaire qui le reçoit, les noms et domicile des témoins, le lieu où l'acte est passé, la date à laquelle est apposée chaque signature ».*

Il contient les noms, prénoms et domicile des parties et de tous les signataires de l'acte ». Aussi, l'alinéa 2 de l'article 8 du même décret précise-t-il que la date à laquelle l'acte est signé par le

---

[425] V. aussi Jacques FLOUR, « Sur une notion nouvelle de l'authenticité », *Rép. Défrénois*, 1972. I. n° 30159

[426] ETIENNE DE FAYS, *Le notariat d'Etat. Authenticité et force exécutoire des actes administratifs de gestion économique*, éd. IMPRIMERIE F. VAN BUGGENHOUDT BRUXELLES 1942, p. 18-19

[427] Ibid. p. 19

[428] V. sur la foi publique attachée aux actes notariés, A. MOREAU, *op. cit*, p.73 et s. qui estime que : « *« l'authenticité, c'est la fides publica, la foi publique attachée aux actes publics et notamment aux actes judiciaires et, par délégation de l'autorité publique, aux actes reçus par le notaire ».*

[429] Emmanuel Bouquet, *op. cit*. p. 144 et s.

notaire doit être énoncée en lettre. Il n'est donc pas inexact d'affirmer que ces mentions valent jusqu'à inscription de faux. Par conséquent une personne partie à l'acte qui dénie une signature – subséquemment le contenu de l'acte- que celui-ci lui attribue ne peut le faire que par la procédure d'inscription de faux. Il en est de même pour la date[430].

181. Les faits constatés par le notaire de *visu* et/ou de *auditur*.- Le principe est que seuls les faits que le notaire énonce avoir vu ou entendu *propriis sensibus* c'est-à-dire par l'usage de ses sens bénéficient de la pleine foi. Toutefois, la pleine foi est subordonnée à deux conditions nécessaires.

Le notaire doit avoir fait le constat dans l'exercice de ses fonctions. Ainsi, si un notaire déclare dans un acte de vente que l'acheteur a, en sa présence, remis au vendeur les espèces représentant le prix de vente, le prix ayant été payé en présence du notaire qui se trouvait par hasard sur les lieux, cette mention ne saurait bénéficier de la pleine foi ;

Les faits relatés ne doivent pas exiger pour leur constatation, des connaissances personnelles que ne sauraient avoir un notaire. C'est dans ce sens qu'il a été jugé que les déclarations d'un notaire relativement aux volontés exprimées par un sourd-muet dans une donation entre vifs ne peuvent valoir jusqu'à inscription de faux[431].

Dès lors que ces deux conditions sont remplies[432], c'est-à-dire que le notaire fait le constat dans l'exercice de ces fonctions et dans la limite de sa compétence, il a le droit d'en rendre un témoignage public[433].

A titre illustratif des faits constatés *propriis sensibus* par le notaire, dans l'exemple du vendeur et de l'acheteur, le fait pour le notaire de relater dans l'acte de vente qu'il a instrumenté, que l'acheteur a remis en sa présence le prix de vente au vendeur alors qu'il ressort de l'acte par ailleurs que le notaire a agi en cette qualité, suffit pour dire que le payement a été constaté par le notaire *propriis sensibus.* Il s'agit là d'un fait constaté de visu par le notaire.

Voilà maintenant un exemple s'agissant d'un fait constaté de *auditur* par le notaire : deux personnes Primus et Secundus se présentent chez un notaire pour faire recevoir par ce dernier un acte de vente et lui donner ainsi un caractère d'authenticité. Primus déclare au notaire qu'il

[430] V. aussi sur ce point l'article 1328 du code civil qui donne date certaine à un acte sous-seing privé constaté dans un acte authentique.
[431] Cass. 30 janvier 1844, Dalloz, 1857, II, 173 in Emmanuel BOUQUET, op cit. p.171
[432] DUMOULIN parle d'acte tempore instrumenti gesti. DUMOULIN cit. Emmanuel BOUQUET, *op. cit*. p. 169
[433] V. aussi JOUHET Christian, *op. cit*. p. 14

vend à secundus sa maison pour une somme de 120000 euros. Et secundus déclare l'acheter. Seules ces déclarations des parties vaudront jusqu'à inscription de faux. En d'autre terme, seule la matérialité de cette déclaration a une pleine foi. Quant à l'appréciation de sa valeur morale, elle ne saurait résulter du constat du notaire. Ceci vaut aussi pour les faits que le notaire constate de *visu*.

182. L'impossibilité pour le notaire d'attester de la réalité du consentement.- D'une façon générale seule la matérialité des faits que le notaire constate *propriis sensibus* jouit d'une pleine foi. Quant à leur appréciation intellectuelle, elle ne relève pas de la compétence du notaire. En abondant dans ce sens, un auteur affirme : *« l'officier public constate la matérialité seule des faits accomplis par les parties en sa présence, mais la signification de ces faits lui échappe* »[434]. Ainsi en est-il des déclarations des parties exprimant leur consentement. D'ailleurs une belle illustration de cette règle a été donnée par le Professeur PERROT qui affirme : « à la différence du juge, le notaire ne décide rien : il se borne simplement à constater et à authentifier un acte juridique dont la teneur échappe à sa maîtrise. Il garantit la réalité des dires qu'il a recueillis, mais il ne se porte pas garant de la validité du *negocium* qu'il a constaté »[435].

La validité du consentement des parties ne saurait résulter du seul constat du notaire. A ce propos, il a été affirmé que : « *L'officier public constatant l'existence du consentement chez les parties ne peut s'assurer de l'existence réelle et de la validité du consentement et doit s'en remettre là-dessus à leur déclarations. Il s'assure de l'apparence de la volonté, mais ne peut aller plus loin* »[436]. Ainsi donc une partie à l'acte notarié est admise à établir par simple preuve contraire que son consentement a été vicié soit par un dol, soit par une erreur, soit par la violence.

La jurisprudence regorge en effet des cas d'annulation d'un acte notarié pourtant exécutoire pour absence de consentement.

183. Quelques cas d'annulation d'un acte notarié exécutoire pour absence de consentement.- C'est au regard de ce principe que la cour de cassation a admis que le consentement d'une partie n'avait pu exister du fait de son état d'ébriété et que l'affaiblissement

[434] Idem. p. 18
[435] R. PERROT, « créance constatée dans un acte notarié- Prescription décennale », *Procédures* n° 7, juill. 2003, comm. 165, obs. sous Cass. 1re civ., 11 févr. 2003, Langlois c/ Caisse régionale de crédit agricole : Juris-Data n° 2003-017571
[436] Ibid. p. 24. V. aussi BONNIER, *Traité des preuves*, n° 507 et LAURENT, t. XIX, n° 155 et s.

des facultés d'une personne âgée ne lui avait permis de manifester aucune volonté ni de vendre ni de donner, que ses dispositions étaient irraisonnées et de pur caprice[437]. C'est toujours dans le même sens que la cour de cassation a reconnu dans un arrêt du 18 juin 2009 que le consentement d'une caution a été vicié pour dol[438].

Si le consentement à un acte constatée par un notaire n'est pas cru jusqu'à inscription de faux, alors même qu'il en est l'épine dorsale, n'est-il pas permis de s'interroger sur la pertinence du mécanisme juridique qui consiste à recouvrir tout l'acte du sceau de la force exécutoire ?

184. L'intervention du notaire ne préjuge pas de la validité des clauses de l'acte.- Que dire des hypothèses de ventes déguisées en donation et permettant à un débiteur d'organiser son insolvabilité[439] ? Dans ce cas le créancier qui estime que l'acte de donation a été fait en fraude à ses droits doit être admis à le faire par une simple preuve contraire[440]. Ainsi en est-il aussi lorsqu'une partie à l'acte estime qu'une clause de la convention constatée dans l'acte a un sens obscur et contradictoire[441]ou qu'une clause de style est en contradiction avec les autres dispositions de l'acte[442]. D'ailleurs à ce propos, le Professeur Perrot fait remarquer que l'office du notaire ne préjuge en rien la validité des clauses de l'acte[443].

Toutes ces hypothèses révèlent le caractère incongru du principe qui consiste à conférer à l'acte notarié la force exécutoire dès sa naissance. D'ailleurs il faut bien voir qu'en droit comparé québécois, la force exécutoire est déniée à l'acte notarié.

185. L'absence de force exécutoire de l'acte notarié en droit comparé québécois.- En droit québécois, droit de tradition civiliste l'acte notarié bien qu'étant un acte authentique est dépourvu de la force exécutoire.

Ces anomalies congénitales[444] permettent à juste titre de remettre en cause la pertinence juridique de l'attribution de la force exécutoire à l'acte notarié dès sa naissance.

---

[437] Req. 9 déc. 1913, D., 19.1.29 in JOUHET Christian, *op. cit*. p. 24
[438] Civ. 2e, 18 juin 2009, pourvoi n° 08-10.843
[439] V. dans ce sens les inquiétudes de NOREAU PIERRE et KASIRER NICHOLAS, « À, propos des sources et instruments de justice en droit privé » in N. KASIRER et P. NOREAU (dir.), Sources et instruments de justice en droit privé, Éditions Thémis, Montréal, 2002, p. XIII
[440] V. dans ce sens Emmanuel BOUQUET, op. Cit. p.165 et s.
[441] Cass, 8 juin 1887, S., 87.1.381
[442] Nancy, 23 juillet 1895, D., 96.2.182
[443] R. PERROT et P.THERY, *Procédures civiles d'exécution*, *op.cit*. p. 243
[444] V. en ce sens J.-J ANSAULT, « la Cour de cassation redonne toute sa confiance au juge de l'exécution », *Recueil Dalloz* 2009, p. 2525

2- L'huissier de justice ou le greffier

186. Un contrôle limité au seul constat de non-paiement-. Le contrôle effectué par l'huissier –le greffier en droit O.H.A.D.A- se limite au constat de non-paiement. De sorte que toutes les questions liées aux éventuels griefs que pourrait avoir le débiteur contre l'acte fondamental, cause de la délivrance du chèque, échappent à son contrôle. Si l'examen de ces questions ne ressortit pas à la compétence de ces officiers ministériels, ces derniers n'étant pas des juridictions, est-il pour autant pertinent qu'à cette étape de la procédure, ces derniers se soient vu attribuer le pouvoir d'établir des titres exécutoires, sans que les éventuels griefs du débiteur contre l'acte fondamental ne puissent être entendus ?

B- L'office limité du juge dans l'attribution de la force exécutoire à l'accord des parties

187. Un contrôle simplement formel -. Le contrôle du juge de l'homologation est réduit à une peau de chagrin. Qu'il s'agisse d'un contrat judiciaire – procès-verbal de conciliation-, d'une transaction homologuée ou d'un accord issu d'une médiation, l'office du juge est cantonné à un simple contrôle formel.

S'agissant du contrat homologué, ce caractère purement formel du contrôle du juge a été récemment rappelé par la cour de cassation. Dans une espèce où un protocole transactionnel est intervenu entre une société et deux architectes. Selon cet accord, la société devait verser une certaine somme aux architectes. Une partie de ladite somme avait été versée immédiatement et le reste devait être payé avant une certaine date. Suite au non-paiement du solde, les deux architectes ont saisi le président du tribunal de grande instance pour que ce dernier confère à leur accord force exécutoire.

Il a été fait droit à cette demande et la société demanda en référé la rétractation de l'ordonnance ayant conféré force exécutoire à la transaction des parties. Elle allègue au soutien de cette prétention le fait que sa signature aurait été extorquée par des manœuvres frauduleuses et qu'une plainte avec constitution de partie civile avait été déposée des chefs d'extorsion et de chantage. Les juges d'appel ont rejeté la demande en rétractation[445].

Cette décision a été entérinée par la Cour de cassation, qui a à son tour, rejeté le pourvoi formé par la société[446]. Selon la cour de cassation, le contrôle du président du tribunal saisi en

[445] Cour d'appel de Saint-Denis de la Réunion ch. Civ. 02-06-2006 (rejet)
[446] Civ. 2e, 26 mai 2011, n° 06-19.527, Bull. civ. II, n° 120 (FS-P+B) ; *D*. 2011. 1494

application de l'article 1441-4 du code de procédure civile « *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* ». Ce disant, la cour de cassation approuve le raisonnement de la cour d'appel qui avait retenu que « *la transaction litigieuse constituait effectivement une transaction signée par les parties (...)* » que celle-ci « *présentait toutes les apparences de la régularité formelle et qu'elle était conforme à l'ordre public et aux bonnes* ».

188. L'absence de purge des vices éventuels de l'accord des parties.- La cour de cassation précise par ailleurs dans sa décision que : « *(...) la cour d'appel en a déduit à bon droit que le dépôt d'une plainte avec constitution de partie civile, s'il était susceptible de remettre ultérieurement en cause la validité de la transaction, ne justifiait pas en revanche la rétractation de l'ordonnance conférant force exécutoire* ». Or le délit d'extorsion de fond inclut forcément la violence qui est par ailleurs un vice de consentement[447] et est de nature à rescinder la transaction[448]. Ainsi, le contrôle du juge de l'homologation ne s'étend pas à la validité de l'accord de parties. Il en résulte que celui-ci ne purge pas l'accord des parties de ses éventuelles causes de nullité. Par suite, le juge peut être amené à rendre exécutoire un accord potentiellement annulable !

Sous-section II : La possible remise en cause des constatations de l'acte juridique privé exécutoire

189. Division.- Les hypothèses de remise en cause (A) des constatations de l'acte juridique privé exécutoire ne manquent pas, qui confirment l'éventualité d'un possible remise en cause injustifiable (B), s'agissant d'un titre exécutoire.

A- Les hypothèses de remise en cause

190. Aussi bien le contrôle de l'officier public que celui du juge ne purge pas l'acte juridique privé de ses vices éventuels. Par suite, des causes de remise en cause des constatations de l'acte juridique privé exécutoire peuvent se révéler postérieurement à l'acquisition de la force exécutoire. Il peut s'agir de l'annulation (1), de la caducité (2) ou de la remise en cause pour fraude (3). L'étude de la jurisprudence en révèle quelques applications.

---

[447] Art. 312-1 du code pénal : *« L'extorsion est le fait d'obtenir par violence, menace de violences ou contrainte soit une signature, un engagement ou une renonciation, soit la révélation d'un secret, soit la remise de fonds, de valeurs ou d'un bien quelconque* ». V. sur les éléments constitutifs de ce délit J. PRADEL et M. DANT-JUAN, Droit pénal spécial, éd. CUJAS, 5e éd. 2010, n° 954-959

[448] Art. 2053 al. 2 du code civil. V. sur cette question P-Y GAUTHIER, « l'homologation de la transaction la purge-t-elle du vice de violence ? », *RTD Civ*. 2011, p. 559

1- Les hypothèses d'annulation

191. L'erreur de l'acquéreur d'un bien immobilier sur les qualités substantielles-. La jurisprudence, acceptant l'erreur de l'acquéreur a déjà, dans plusieurs affaires, annulé des actes notariés pourtant authentiques : achat d'un terrain inconstructible, terrain inadapté à la construction projetée, acquisition d'un immeuble frappé d'une interdiction d'habiter ou simplement inhabitable, défaut de contenance, non-conformité du bien aux règles d'urbanisme et de copropriété, etc.

192. Le dol-. La jurisprudence regorge de décisions d'annulation d'acte notarié pour dol. Les hypothèses d'annulation pour dol sont multiples et variées : annulation de cautionnement hypothécaire, de vente d'immeuble, de contrat de location gérance, de vente de parts sociales, de vente notariée d'habitation, etc.[449].

193. La violence.- Plus que les autres vices de consentement, la possibilité d'annulation d'un acte notarié pour violence dénote de la fragilité de la garantie qu'offre l'intervention du notaire quant à la validité de l'acte juridique privé[450].

2- L'inefficacité de l'acte pour caducité

194. Une sanction échappant au contrôle de l'officier public.- La caducité est l'une des sanctions susceptibles de frapper un contrat. Et étant donné que les causes de celle-ci proviennent de circonstances postérieures à la conclusion du contrat, il va sans dire que cette

[449] CA RIOM ch. com. N° rôle : 06/0660, 16 janv. 2008 ; civ. 3e 10 oct. 2001, n° 99-18.852 ; civ. 1re, 14 avril 2010, n° 09-11.218, *Bull. civ*. I, n° 97 sur l'annulation d'une convention de changement de régime matrimonial pour dol ; civ. 1re , 7 mai 2002, n° 99-17.374 sur l'annulation d'un cautionnement hypothécaire notarié pour réticence dolosive de la banque qui n'avait pas informé la caution sur la situation financière du débiteur principale et qui ce faisant a trompé ce dernier sur l'économie de l'opération de crédit litigieux ; civ. 3e, 30 nov. 2011, n° 10-30.612 sur la nullité d'une vente d'immeuble notariée pour dol commis lors de la promesse de vente ; v. aussi pour l'annulation d'une vente notariée d'immeuble pour dol CA DOUAI, 1ère ch. 03 mai 2010, n° rôle : 09/00689 notamment « *Attendu que les vendeurs l'ont délibérément trompé car contrairement à ce qui est écrit dans l'acte notarié, il n'existe aucun système d'assainissement individuel dans l'immeuble par épandage ; qu'elle n'aurait jamais acquis l'immeuble si elle avait eu connaissance de la nécessité de faire installer à ses frais un tel système* » ou CA NANCY, Première ch. civ. 21/10/2010, N° rôle 05/02882 ou CA Aix- en Provence, 4ème ch. 9 janv. 2007, N° rôle 05/05321 ou CA Angers, 1ère ch. A., 1 juin 2010, N° rôle : 09/01000 ; CA NANCY 2e ch. com. 30 mai 2007, N° rôle 04/00990 sur l'annulation d'un contrat de location gérance notarié pour dol du propriétaire du fond consistant dans une déclaration erronée du chiffre d'affaire et du bénéfice ; CA DOUAI, 1ère ch. 26 avril 2010, N° rôle 08/07934 ; civ. 1re, 11 févr. 2010, n° 08-18.087 sur l'annulation d'une acte notarié de cession de parts sociales ;

[450] CA DOUAI, 1ère ch. Sect. 1, 10 juin 2013, N° rôle 12/05311 sur l'annulation d'une vente immobilière notariée pour violence découlant d'une contrainte économique ; CA Nîmes, 1ère ch. civ. 10 janv. 2012, N° rôle : 10/05753 sur l'annulation d'un protocole d'accord transactionnel notarié pour violence ; v. aussi pour une annulation sur le même fondement civ. 1re 17 juillet 1967, n° 65-13.809 ; CA Colmar, 13 mars 2008, N° rôle : 04/03358 sur l'annulation d'une révocation devant notaire de trois contrats d'assurance-vie pour violence morale, v. notamment *« le fait que la signature de l'avenant litigieux ait été procédé le 28 févr. d'un acte tendant aux mêmes fins reçu par Maître F…, notaire, en présence de deux témoins ne fait pas obstacle à ce que la preuve soit rapportée de l'existence d'une violence morale* ».

sanction échappe complètement au contrôle du notaire ou du juge, qui attribue la force exécutoire à l'acte. Par conséquent, les constatations d'un acte affublé de la force exécutoire peuvent postérieurement à l'établissement de celui-ci être remises en cause.

Par ailleurs, la remise en cause d'un acte juridique privé exécutoire peut aussi tirer sa source de la fraude caractérisant les conditions de son établissement.

3- La remise en cause de l'acte juridique privé pour fraude

195. L'application du principe « *Fraus omnia corrumpit* » aux actes exécutoires-. Le créancier d'une personne qui accomplit un acte en fraude à ses droits, dispose en application du principe général " *Fraus omnia corrumpit*" de la possibilité de remettre en cause ledit acte. Cette possibilité est prévue à l'article 1167 du code civil qui dispose : « *Ils peuvent aussi, en leur nom personnel, attaquer les actes faits par leur débiteur en fraude de leurs droits* ». Cet article ne distingue pas selon le caractère exécutoire ou non de l'acte considéré. Par suite, les actes notariés exécutoires ainsi que ceux rendus exécutoires par une décision d'homologation judiciaire peuvent être soumis à la procédure indiquée à l'article 1167 du code civil.

196. Le cas de l'action paulienne-. La loi permet à un créancier de remettre en cause, un acte juridique privé accompli par son débiteur en fraude à ses droits : c'est l'action paulienne.

Il s'agit d'un acte qui a pour conséquence de diminuer le droit de gage général du créancier et de compromettre ainsi le recouvrement par ce dernier de sa créance, soit en créant, soit en augmentant l'insolvabilité du débiteur[451]. Toutes les sortes d'actes juridiques privés[452] ou des abstentions d'accomplir des tels actes[453] sont concernés. Parmi ceux-ci, seuls ceux qui sont exécutoires et constatent une créance seront retenus pour les besoins de cette étude. Il peut

---

451 V. dans ce sens, P.-Y. GAUTIER – F. PASQUALINI, Action paulienne, *REP. CIV*., n° 38

452 Idem. Citant les « *actes à titre gratuit et à titre onéreux ; les actes juridiques unilatéraux et contrats unilatéraux, les actes abdicatifs ou extinctifs de droits et actes translatifs ou constitutifs de droits nouveaux ; actes individuels et actes collectifs, actes générateurs d'obligations et actes portant aliénation de droits ou bien existants* ».

453 V. en ces sens F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, « Droit civil. Les obligations », éd. DALLOZ 10e éd., Dalloz, 2009, n° 1159, p. 1149 qui explique que la fraude ici suppose *« une manifestation de volonté et ne peut se réaliser que dans le cadre d'un acte juridique (…). Les faits accomplis dans l'intention de nuire ne sont autres que des délits visés aux articles 1382 et 1383 du code civil, qui sont générateurs de dommages et intérêts* ».

s'agir de manière non exhaustive de : la vente[454], l'apport en société[455], de contrat de bail[456], de contrats à titre gratuit, la transaction[457], la cession de parts sociales ou de créance[458], etc.

La recevabilité de l'action paulienne, ainsi que le prononcé de la fraude paulienne[459], est subordonnée à la démonstration par le créancier du caractère frauduleux de l'acte accompli, notamment de l'intention de fraude du débiteur encore appelé le *consilium fraudandi ex parte debitoris,* ou de la conscience de causer un dommage chez le créancier. Ce caractère frauduleux est manifeste dans certains cas. Ainsi en est-il d'une vente à un prix dérisoire, d'un échange sans soulte de biens de valeur inégale, d'une libéralité malgré une situation évidente d'insolvabilité, d'un louage à un prix insignifiant, etc.

197. L'inopposabilité de l'acte exécutoire aux victimes comme sanction de la fraude-. En tout état de cause, si la fraude est avérée, l'acte frauduleux sera remis en cause et déclaré inopposable aux victimes de la fraude, mais reste toutefois valable entre les parties[460].

Ainsi, un acte notarié exécutoire ou un acte juridique privé rendu exécutoire par un juge peut avoir été frauduleux ! Et susceptible d'être remise en cause.

B Une possible remise en cause injustifiable

198. Division.- L'attribution de la force exécutoire à l'acte juridique privé malgré la possibilité de sa remise en cause ne saurait raisonnablement se justifier (1) contrairement aux décisions et actes administratifs exécutoires (2).

---

[454] Cass. 1re civ. 13 janv. 1993, no 88-12.884 , ibid. I, no 6, *D*. 1993, *IR* 27 , *JCP* 1993. I. 3660, no 4, obs. J. Ghestin, et II. 22027, note J. Ghestin ; Cass. 1er civ. 21 nov. 1967, *D*. 1968. 317, note Y. Lambert-Faivre ; ; Cass. 3e civ. 28 nov. 1973, *Bull. civ*. III, no 606 ; Cass. 1re civ. 17 oct. 1979, *Bull. civ*. I, no 249, *JCP* 1981. II. 19627, note J. Ghestin, RTD civ. 1980. 766, obs. F. Chabas, *Defrénois* 1980. 906, no 45, obs. J.-L. Aubert ; 27 juin 1984, Bull. civ. I, no 211 ; Cass. 3e civ. 13 févr. 1970, *Bull. civ*. III, no 10729 mai 1985, ibid. I, no 163, *Defrénois* 1986. 385, no 14, obs. J.-L. Aubert ;; Cass. com. 14 mai 1996, no 94-11.124 , *Bull. civ. IV*, no 134, *RTD civ*. 1997. 943, obs. J. Mestre ; Cass. 1re civ. 16 mai 2006, no 03-16.653 ; Cass. civ. 30 janv. 1900, *DP* 1900. 1. 166 ; Cass. 1re civ. 18 févr. 1971, ibid. I, no 56, D. 1972. 53, note E. Agostini, *RTD civ.* 1971. 841, obs. Y. Loussouarn Cass. com. 12 janv. 1988, *Bull. civ*. IV, no 20

[455] Cass. 3e civ. 3 mai 1973, *Bull. civ. III*, no 306 ; 28 mai 2002, no 00-22.513 ; 24 sept. 2003, no 02-11.057

[456] Cass. 3e civ. 22 nov. 1968, *Bull. civ. III*, no 484 ; 6 avr. 1976, *D*. 1976, IR 189 ; Cass. 1re civ. 15 oct. 1980, Bull. civ. I, no 257 ; 1er juill. 2003, no 02-13.590

[457] Cass. civ. 29 juill. 1903, motifs, DP 1904. 1. 196

[458] Cass. 3e civ. 3 mai 1973, Bull. civ. III, no 306 ; 28 mai 2002, no 00-22.513 ; 24 sept. 2003, no 02-11.057

[459] V. sur cette notion Archer, Essai sur la nature juridique de l'action paulienne, RTD civ. 1906, p. 800 ; V.J. VIDAL, Essai d'une théorie générale de la fraude en droit français, thèse Toulouse 1957 ; J. GHESTIN, « La fraude paulienne », Mélanges MARTY 1978, p. 568

[460] Ph. Malaurie, L. Aynès et Ph. Stoffel-Munck, *Les obligations*, éd. DEFRÉNOIS Lextenso-éditions, 5e éd. 2011, n° 1148, p. 642

1- Critique de la possibilité de remise en cause de l'acte juridique privé exécutoire

199. L'attribution critiquable de la force exécutoire à un acte dont les constatations sont potentiellement annulables.- L'acte juridique privé exécutoire est susceptible d'être remis en cause soit par annulation pour vices de consentement, soit pour caducité, soit enfin par inopposabilité pour fraude. Cette possibilité de remise en cause, s'agissant d'un acte exécutoire, permet d'affirmer que l'opération d'attribution de la force exécutoire à un acte juridique privé dès sa création relève d'une aberration juridique au regard tant de la valeur du titre exécutoire que des conséquences qu'il emporte. Comment justifier en effet qu'un titre exécutoire avec ces ravageuses conséquences ravageuses, qui plus est, dont le sursis à exécution ne peut être prononcé, puisse être délivré sachant que ces constatations peuvent potentiellement être remises en cause ? Il s'agit d'autant plus d'une opération illogique que l'acte juridique privé exécutoire, en comparaison avec les deux autres catégories de titres exécutoires –actes judiciaires exécutoires, actes administratifs exécutoires-, présente des différences significatives quant à la procédure de remise en cause[461].

2- La possible remise en cause justifiée des actes administratifs et décisions exécutoires

200. La possible remise en cause-.

Les décisions exécutoires. Comme exposé précédemment, deux catégories de décisions judiciaires bénéficient de la force exécutoire. Il s'agit des décisions passées en force de chose jugée et de celles bénéficiant de l'exécution provisoire.

En application du principe « *voies de nullité ont lieu contre les jugements* »[462], principe posé à l'article 460 du code de procédure civile français et régulièrement rappelé par la cour de cassation[463], la remise en cause d'une décision judiciaire ne peut qu'emprunter la voie d'un recours judiciaire[464]. Une demande de nullité par voie de droit commun est exclue y compris dans l'hypothèse où les mentions prescrites à peine de nullité du jugement ne figureraient pas dans le jugement.

---

[461] V. sur cette différence de régime P. Ancel, *Exécution des contrats et exécution des décisions de justice*, in L'exécution, XXIIe colloque des instituts d'études judiciaires : L'Harmattan 2001, p. 151

[462] V. en ce sens C. Devèze, De la règle, voies de nullité n'ont lieu contre les jugements, thèse Toulouse, Imprimerie de Lion et fils, 1938

[463] Civ. 1re, 18 oct. 1994, RTD civ. 1995. 337, obs. Hauser ; Civ. 2e, 25 nov. 1999, Defrénois 2000. 1051 ; *JCP* 2000. II. 10338, note Guedj ; Civ. 2e, 25 mars 1998, no 95-16.913 , *Bull. civ. II*, no 107 ; Civ. 2e, 19 févr. 1986, *D*. 1987. 441, note Théry. - 6 mai 1987, *D*. 1987. 358, note Groslière, *Gaz. Pal*. 1988. 1. 3, note Massip.

[464] V ; en ce sens S. Guinchard, C. Chainais et F. Ferrand, *Procédure civile*, éd. Dalloz, 32e éd. 2014, n° 1072, p. 752 ; J.-J. Barbéri, « Voies de nullité ont lieu contre les jugements », *Dr. et patr*., mars 1997. 46

Cette interdiction s'explique par la nécessité d'assurer le respect de la chose jugée et de garantir aux parties une certaine sécurité juridique. En abondant dans le même sens un auteur affirme : « *admettre la possibilité d'actions de droit commun contre les actes juridictionnels annihilerait les efforts du législateur pour rendre irrévocable la chose jugée, ce qui irait à l'encontre de l'impératif de sécurité juridique* »[465].

- Les décisions passées en force de chose jugée.

Elles ne peuvent être critiquées et éventuellement remises en cause que par la voie d'un pourvoi en *cassation* tandis que celles exécutoires par provision sont susceptibles de voies de recours ordinaires ou le cas échéant d'un pourvoi en cassation.

Dans ces deux cas, le recours peut aboutir à une remise en cause de la décision attaquée et partant du titre exécutoire.

S'agissant de la décision passée en force de chose jugée, sa remise en cause relève d'un processus assez complexe. En effet, la cour de cassation juge en droit et non en fait. Autrement dit, la cassation est une voie d'annulation qui a pour objet de contrôler la conformité de la décision qui est déféré à sa censure à la règle de droit. Ce contrôle de la cour de cassation peut aboutir à une cassation puis à une annulation de la décision attaquée.

A cette étape, la cour de cassation ne juge pas à nouveau les faits pour ensuite trancher le litige opposant les parties, et pour cause, elle n'est pas un troisième degré de juridiction. Elle se contente juste de renvoyer l'affaire soit devant la même juridiction mais autrement composée, soit devant une autre. Seule la juridiction de renvoi a le pouvoir de rejuger les faits et de trancher le litige et éventuellement de remettre en cause les droits des parties telles que fixées par les premières juridictions.

En tout état de cause, une décision passée en force de chose jugée peut donc faire l'objet d'une remise en cause.

- Les décisions provisoires exécutoires.

Pour ce qui concerne les décisions provisoires exécutoires, exceptées celles insusceptibles de voies de recours ordinaires –appel et opposition-, elles peuvent être remise en cause par la voie d'une reformation. Ainsi, ces décisions, malgré leurs caractères exécutoires, peuvent être

[465] BOUTY C., « Chose jugée », *Rep. proc*. civ. juin 2012, n° 244

reformées par une juridiction hiérarchiquement supérieure à celle qui les a rendues. Une cour d'appel peut reformer une décision d'un tribunal de grande instance ou d'instance.

***Les actes administratifs exécutoires*.** Il faut distinguer la remise en cause de l'acte fondamental qui fonde la mesure d'exécution de la remise en cause de l'acte de poursuite.

- La remise en cause de l'acte de poursuite.

Elle concerne la procédure de recouvrement –article 281 n°1 du code de procédure fiscale-. Les contestations visant la régularité formelle de l'acte de saisie encore appelées « opposition à poursuite » ressortissent à la compétence du juge de l'exécution quelques soient la nature de la créance.

Cette voie de remise en cause ne sera pas abordée ici, et pour cause, elle n'aboutit pas à la remise en cause de l'acte fondamental. Seules les procédures qui peuvent à terme conduire à une remise en cause de l'acte fondamental seront étudiées.

- La remise en cause de l'acte fondamental.

L'acte fondamental peut être remis en cause si le contribuable conteste les points suivants[466] :

- L'existence de l'obligation de payer ;
- Le montant de la dette compte tenu des payements effectués ;
- L'exigibilité de la somme réclamée ;

Tout autre motif ne remettant pas en cause l'assiette et le calcul de l'impôt.

Cette contestation est élevée par le contribuable au moyen d'une opposition désignée sous le vocable d' « opposition à exécution ». Le juge compétent pour connaître de cette contestation est le juge de l'impôt. Il peut s'agir soit du juge administratif soit du juge judiciaire. Cette compétence est fonction de la nature de la créance.

Ainsi le juge administratif est-il compétent pour connaître de l'opposition à exécution dans les matières[467] :

- d'impôt direct et de taxes sur le chiffre d'affaires ou de taxes assimilées,
- des créances trouvant leur source dans les décisions rendues par l'administration sur les réclamations contentieuses et qui ne satisfont pas le contribuable,

[466] Article L. 281 du code de procédure fiscal français
[467] Article L. 199 al. 1re du code de procédure fiscale

- des créances trouvant leur source dans les décisions prises par l'administration en cas de contestation pour la fixation de certains abonnements[468].

Quant au juge judiciaire, sa compétence est retenue dans les matières :

- droits d'enregistrement ;
- de taxes de publicité foncière ;
- de droits de timbre ;
- de contributions indirectes et taxes assimilées ;
- taxes ou contributions.

Pour toutes ces matières, le tribunal compétent est le tribunal de grande instance statuant en premier ressort[469].

Que l'opposition à payement ait été exécutée devant le juge administratif ou devant le juge judiciaire, elle peut déboucher sur une remise en cause de l'acte administratif exécutoire querellé.

Ainsi, comme l'acte juridique privé exécutoire et la décision judiciaire exécutoire, l'acte administratif exécutoire est aussi susceptible d'être remis en cause.

Cette possibilité de remise en cause d'un titre exécutoire est proprement illogique au regard aussi bien de la valeur[470] du titre exécutoire que de ses conséquences.

L'attribution de la force exécutoire à un acte, malgré l'existence d'une possibilité de sa remise en cause, est indéfendable d'un point de vue d'un certain rigorisme juridique. Toutefois, cette opération juridique est atténuée s'agissant des actes judiciaires et administratifs exécutoires, ce qui est loin d'être le cas des actes juridiques privés. D'où leur particularité critiquable.

201. La justification de remise en cause-.

Les décisions judiciaires exécutoires. S'agissant des actes judiciaires, l'attribution de la force exécutoire à ces derniers malgré l'existence d'une possibilité de leur remise en cause est atténuée non seulement par le contrôle juridictionnel dont ils font l'objet, mais aussi par certains éléments propres à la nature du titre exécutoire.

[468] Il s'agit des abonnements fixés en matière de spectacle, de jeux et de divertissements de toute nature. V. sur ce point les articles 1700, 1559 et 1560 du code général des impôts français
[469] Article L. 199 al. 2 et 3 du code de procédure fiscale française.
[470] V. supra chapitre 1re, section : la valeur du titre exécutoire

- Le contrôle juridictionnel

S'agissant d'un acte judiciaire, la décision de justice exécutoire a dû passer par le crible du contrôle juridictionnel. Ceci a pour avantage de renforcer la crédibilité dudit acte. Cette crédibilité tire sa source dans la garantie qu'offrent les règles du procès équitable.

Par ailleurs, étant donné que la décision judiciaire vient trancher un différent, et que celle-ci est censée être prise dans le respect des règles d'un procès équitable, il y a de très forte chance que l'instance aussi bien que la décision qui la sanctionne aient purgé toutes les contestations liées à la cause.

D'ailleurs, c'est sans doute tenant compte, entre autres raisons, de cet élément que le législateur a accordé à une décision judicaire une autorité qui empêche les plaideurs de remettre en cause devant des juges de même degré c'est-à-dire à soumettre la décision prononcée à une annulation. Et sur ce point, l'acte judiciaire exécutoire présente une différence fondamentale avec l'acte juridique exécutoire.

En effet, l'acte juridique exécutoire peut être annulé, l'autorité de chose acceptée dont il est estampillé n'ayant qu'une portée purement privée et n'engageant en aucune manière la puissance publique, fût-il instrumenté par un officier public. La preuve en est que l'article 6 du code civil, subordonne la validité des actes privés au respect de l'ordre public et de la loi…

Outre cette faiblesse caractéristique de l'acte juridique privé exécutoire, ce dernier a la particularité, hormis les procès-verbaux de conciliation signés des parties et du juge et la transaction exécutoire de ne trancher aucune contestation. Dès lors, l'acte juridique exécutoire est potentiellement annulable, les parties pouvant découvrir après son établissement des causes d'annulation.

- les éléments propres à la nature du titre exécutoire

Dans le cas des décisions passées en force de chose jugée, il convient d'ajouter à la garantie résultant des règles du procès équitable, celle du double degré de juridiction. Celle-ci permet au plaideur mécontent de solliciter des juges hiérarchiquement supérieurs aux premiers et donc plus expérimentés que ceux-ci, un nouveau jugement de son affaire, dans l'hypothèse où la décision est susceptible d'appel.

Quant à la seconde catégorie de décisions exécutoires, à savoir les décisions provisoires exécutoires, il convient de souligner qu'à défaut de bénéficier du filtre du double degré de

juridiction, le débiteur peut recourir aux mécanismes[471] permettant d'atténuer l'exécution provisoire. Rien de tel ne s'observe en ce qui concerne les actes juridiques privés exécutoires. Le bénéficiaire de l'acte n'étant soumis à aucune de ces obligations, peut engager sans aucune autre formalité toute mesure exécutoire appropriée.

L'acte exécutoire administratif. Son élaboration est soumise aux règles exorbitantes du droit commun. Elle est principalement motivée par les besoins de fonctionnement du service public. Toutefois, cette règle est compensée par les possibilités de recours offertes aux contribuables visées par ces titres avant leur mise à exécution, comme c'est le cas des actes judiciaires exécutoires. C'est précisément sur ce dernier point que l'acte juridique privé exécutoire brille par ses anomalies incidentes.

SECTION II : Les anomalies incidentes

202. Les anomalies de l'acte juridique privé exécutoire ci-dessus décrites font de ce titre le maillon faible au sein des titres exécutoires. Et pourtant, chose assez invraisemblable, ce titre reste le seul à n'admettre de recours suspensif d'exécution (Sous-section I). L'exposé des différents recours suspensifs existants contre les autres titres exécutoires permettra de mettre en exergue cette différence de régime avec les autres titres (Sous-section II).

Sous-section I : L'absence de recours suspensif en cas de difficultés d'exécution

203. Division.- L'un des principes sacro-saints du droit processuel est que toute personne ayant des prétentions ou moyens de droit à faire valoir dispose de la possibilité de les soumettre à un juge. Ce qui implique en toute logique que cette personne ne puisse être inquiétée avant que ses moyens, pour peu qu'ils soient sérieux n'aient été examinés par un juge. L'acte juridique privé exécutoire défie ce principe en accordant à son détenteur un confort inégalable. Ainsi, en cas de difficultés d'exécution, la mise en œuvre du titre ne peut être suspendue (A) même si le débiteur désigné dans le titre justifie de moyens sérieux à cet effet (B).

A- Le droit d'exécution du bénéficiaire du titre en cas d'inexécution …

[471] V. supra, n° …….

La détention d'un titre exécutoire confère au détenteur un droit d'exécution sur les biens du « débiteur désigné » dans le titre. Et s'agissant des actes juridiques privés exécutoires, ce droit joue nonobstant l'existence de moyens sérieux du débiteur.

B- … Malgré l'existence de moyens sérieux du débiteur

204. Division.- Postérieurement à l'établissement de l'acte juridique privé exécutoire, le débiteur peut justifier de moyens sérieux pour le contester (1). Mais aussi, l'inexécution de l'acte par le débiteur peut avoir comme cause une exception d'inexécution (2) ou trouver sa cause dans une modification des circonstances économiques existantes lors de sa création (3).

1- Les moyens liés à la contestation de l'acte

205. Division.- Tenant sans doute compte de l'existence d'éventuels griefs du débiteur (a) à l'encontre de l'acte juridique privé authentique donc exécutoire, le législateur a prévu au profit de ce dernier un certain nombre de recours (b) mais qui hélas n'ont aucune sorte d'efficacité quant à la possibilité d'empêcher la mise à exécution de l'acte (c).

a- Les éventuels griefs du débiteur

Les griefs du débiteur peuvent être liés soit à la sincérité de l'acte, soit à sa validité soit enfin à l'étendue des obligations qu'il constate. Enfin, l'émetteur du chèque impayé peut aussi justifier de raisons valables de n'avoir pas approvisionné son compte en vue du paiement.

206. La sincérité de l'acte-. L'acte juridique privé peut être argué de faux. Le faux peut être matériel. Il peut consister en une modification ou une fabrication de l'acte déjà établi – fausse signature, altération par des ratures, additions ou surcharges- ou intellectuel dans le cas où l'acte aurait été reçu par un notaire et qu'il est reproché à ce dernier de n'avoir pas fait une retranscription fidèle des déclarations ou des faits qu'il a pour mission de constater.

207. La validité de l'acte-. Le *negocium* de l'acte juridique privé rendu exécutoire par le juge ou le notaire peut toujours être contesté en tout ou en partie. Ainsi, le débiteur peut invoquer un vice de consentement, une cause illicite ou la nullité d'une clause pénale insérée dans l'acte.

Par ailleurs, les contestations peuvent être relatives à l'étendue des obligations exprimée par l'acte.

208. L'étendue des obligations exprimée dans l'acte-. Ce grief est fait au seul acte notarié. Ainsi, ce dernier peut, en raison des obligations complexes qu'il constate, ne pas avoir

déterminé avec exactitude l'étendue desdites obligations qu'il constate. Tel peut être le cas par exemple d'un « *contrat de société, de caution ou de crédit-bail qui comporte de multiples clauses dont la portée est parfois difficile à analyser* »[472], ce qui induit de « *possible incertitudes sur l'existence et l'étendue exacte des obligations qui pèsent sur le débiteur* »[473].

Dans ces conditions, seule la saisine d'un juge peut éclairer sur l'étendue exacte des obligations du débiteur. Il est dès lors permis de s'interroger sur la pertinence du droit à l'exécution du bénéficiaire d'un tel titre dans la mesure où ce dernier ne remplit pas la condition de certitude. Cette question est d'autant plus pertinente que le droit d'exécution du bénéficiaire du titre ne ménage aucunement avant toute exécution, le droit pour le débiteur de saisir un juge en vue de clarifier l'étendue des obligations. Pareille anomalie s'observe également s'agissant de l'acte exécutoire d'huissier –ou du greffier en droit O.H.A.D.A-.

209. Les éventuels griefs de l'émetteur du chèque impayé contre l'acte fondamental-. Il est aisé de remarquer qu'en dehors des cas limitatifs d'opposition, le tireur ne dispose d'aucun moyen légal pour soulever un incident qui serait survenu après la délivrance du chèque. Ainsi, s'il est apparu que la cause de la créance fondamentale à l'origine de la délivrance du chèque est illicite[474], ou que le contrat ayant donné naissance à l'obligation fondamentale à l'origine de la délivrance est vicié - pour dol par exemple-, aucun recours n'est offert par la procédure d'établissement du titre pour élever cet incident avant la délivrance titre exécutoire. Dans l'hypothèse où le grief d'illicéité de la cause de l'engagement fondamental est justifié, il serait inéquitable de remettre entre les mains du porteur un titre qui constate une créance qui ne lui est pas due en vérité !

En effet dans ces cas, le tireur ne dispose pas d'un droit d'opposition conformément à l'article L.131-35 du code monétaire et financier qui cite limitativement les cas d'opposition à chèque que sont : la perte, le vol ou l'utilisation frauduleuse[475] du chèque, la procédure de sauvegarde, le redressement ou la liquidation judiciaire du porteur.

Toutefois, la doctrine a cru voir dans le cas d'utilisation frauduleuse du chèque un espoir d'opposition pour les cas de dol civil et tous griefs liés à la créance fondamentale mettant en

[472] R. PERROT et Ph. THERY, *op. cit*. n° 316, p. 330
[473] Idem, n° 316, p. 330
[474] V. dans ce sens, BONHOMME REGINE, *Instruments de crédits et de paiement*, éd. L.G.D.J, 2011, 9ème éd., n° 131 qui soutient que la cause de l'obligation fondamentale à la base de l'obligation cambiaire du tireur doit être licite.
[475] Ce cas est une innovation portée par la loi n° 91-1382 du 30 décembre 1991 relative à la sécurité des chèques et des cartes de paiement modifiant l'article 2 du Décret-loi du 30 octobre 1935

œuvre une fraude de la part du tireur[476]. En effet la notion d'utilisation frauduleuse du chèque n'ayant pas été précisée par le législateur, il est revenu à la doctrine[477] de l'interpréter. Ainsi, la remise à encaissement d'un chèque de garantie en violation du contrat conclu entre les parties était envisagée[478] comme un cas d'utilisation frauduleuse du chèque. Aussi les Professeurs CABRILLAC et TEYSSIE avaient-ils proposé un critère général de fraude à la loi pénale[479]. Mais très vite cet espoir a été ruiné par la jurisprudence. Pour elle, le simple dol ou l'inexécution du contrat en vertu duquel le chèque a été tiré ou même les vices cachés sont insuffisamment graves pour être perçus comme utilisation frauduleuse pouvant faire échec au droit irrévocable du porteur d'obtenir le paiement du chèque[480]. Aussi deux décisions de la chambre commerciale rendues le 24 octobre 2000 semblent-elles exclure implicitement du champ de l'utilisation frauduleuse tous les incidents de nature civile liés à l'accord extra-cambiaire.

Dans le premier arrêt dit arrêt *Société Esnault*, la Cour de cassation a dénié le droit d'opposition au tireur dont le chèque de garantie a été remis à encaissement en violation de l'accord des parties. Dans le second arrêt dit arrêt *Olgard*, la Cour de cassation a validé une opposition au paiement d'un chèque qui, selon elle, a été émis suite à des manœuvres frauduleuses du porteur. En conclusion, l'utilisation frauduleuse est entendue par la jurisprudence de fraude au sens de manœuvres frauduleuse emportant une violation de la loi pénale[481].

Mais comment expliquer que les manœuvres frauduleuses ne soient entendues qu'au sens du droit pénal et que celles constitutives du dol civil soit mises hors de propos ? Cette distinction est-elle juridiquement explicable ? Le dol civil du porteur serait-il moins préjudiciable aux intérêts du tireur que ses manœuvres frauduleuses constitutives de violation du droit pénal ?

Quoiqu'il en soit le fait d'empêcher le tireur d'élever une contestation est sans doute une violation du principe de la contradiction et des droits de la défense[482].

C'est la même situation qui prévaut s'agissant des moyens liés à la sincérité ou à la validité de l'acte. L'exposé de l'aberration juridique qui consiste à rendre exécutoire un acte juridique privé malgré l'existence contre ce dernier de sérieux griefs succèdera celui desdits moyens.

---

[476] ROMANI A-M., « L'opposition du tireur au paiement du chèque » : *D* 1985 Chron. p. 35
[477] CHOLET D., op. cit.
[478] ROMANI A-M., note sous TGI Paris 26 avril 1993 : *D* 1994, jur. p. 227
[479] Obs. sous CA Paris 8 déc. 1993 : RTD com. 1994 p. 324
[480] CA Paris 5 févr. 1993 : *Juris-Data* n° 1993-020828 ; CA Grenoble 18 nov. 1996 : *Juris-Data* n° 1996-049771 ; CA Rouen 24 nov. 1999 : *Juris-Data* n° 1999-110191.
[481] D. CHOLET, op. cit. n° 19
[482] V. en ce sens CROZE H. *loc. cit*.

b- L'existence de recours contre un acte juridique privé avant sa mise à exécution

210. L'inscription de faux-. Le débiteur dispose dans ces cas de recours. Ainsi, s'agissant d'un acte authentique – acte notarié ou décision d'homologation, procès-verbal de conciliation signé des parties et du juge-, la partie qui argue l'acte de faux dispose du droit soit de faire une inscription de faux incidente soit une inscription de faux principale.

L'inscription de faux incidente[483]. Elle consiste pour une partie à arguer de faux un acte qui lui est opposé à l'occasion d'une instance pendante devant une juridiction. La procédure relève du juge saisi à condition qu'il s'agisse du tribunal de grande instance ou de la cour d'appel[484]. La juridiction peut admettre l'acte litigieux ou le rejeter comme faux[485].

L'inscription de faux principale. Autrefois, cette procédure ne pouvait se faire que devant le juge pénal. Mais suite à la réforme de 1973, elle peut se faire devant le juge civil. Elle aboutit au même résultat que la procédure d'inscription de faux incidente. Néanmoins, il convient de signaler que quelle que soit la voie qu'emprunte l'inscription de faux –incidente ou principale-, elle doit donner lieu à communication au ministère public[486]et ainsi faire éventuellement l'objet d'une poursuite pénale contre l'auteur des faux.

Mais en réalité ces recours sont impuissants à arrêter la force exécutoire de l'acte. De sorte que le bénéficiaire dispose du droit de le mettre en exécution nonobstant les griefs que peuvent faire élever contre celui-ci le débiteur.

c- L'inefficacité des recours du débiteur

211. Le sursis à exécution de l'acte privé exécutoire dicté par une mise en accusation de l'officier instrumentaire-. Seule la mise en accusation[487] de l'officier instrumentaire de l'acte emporte de plein droit[488] le sursis à exécution du titre exécutoire[489]. Or la procédure pénale qui conduit à une mise en accusation peut être très longue et s'étaler parfois

[483] V. le communiqué de la Cour de cassation sur l'inscription de faux incidente, *BIICC* déc. 2009
[484] Article 286 C. proc. civ.
[485] Art. 308 du code de procédure civile
[486] Art. 303 du code de procédure civile
[487] V. cependant l'article 1371 du projet d'ordonnance du 25 février 2015 du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations qui supprime la condition de la mise en accusation. Cet article dispose : « l'acte authentique fait foi jusqu'à inscription de faux de ce que l'officier public dit avoir personnellement accompli ou constaté.
En cas de demande d'inscription de faux, le juge peut suspendre l'exécution de l'acte ».
[488] V. cependant l'article 1371 du projet d'ordonnance du 25 février 2015 du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations qui prévoit une faculté pour le juge de suspendre l'exécution de l'acte.

[489] V. art. 1319 al. 2 du code civil

sur plusieurs années[490]. Pendant ce temps, le bénéficiaire du titre exécutoire aurait eu tout le temps de le mettre en œuvre. A tout le moins, ce dernier aurait eu le temps de signifier les premiers actes d'exécution qui, en soi, emportent la redoutable conséquence de l'indisponibilité avec ses corollaires ci-dessus décrits.

212. Le sursis à exécution ordonné incidemment-. Il ressort de l'alinéa 2 de l'article 1319 du code civil que dans le cas où le grief de faux serait soulevé incidemment contre l'acte authentique, les tribunaux apprécieront l'opportunité d'ordonner un sursis à exécution de celui-ci. Ceci correspond à l'hypothèse où l'acte authentique est opposé à une personne à l'occasion d'une instance. Ce peut être soit lors d'une instance civile soit lors d'une instance en exécution devant le JEX.

Le cas d'une instance civile. Ce cas recouvre les deux hypothèses suivantes : il s'agit, soit de la reconnaissance d'un acte authentique opposé lors d'une instance civile – un contrat de mariage notarié opposé dans le cadre d'une liquidation d'une communauté de vie-, soit l'invocation d'un acte authentique exécutoire dans le cadre d'une défense au fond, notamment une compensation. Seule la seconde hypothèse concerne la présente étude, car dans ce cas, le titre constate une créance liquide, évaluable en argent. Ici, le débiteur peut obtenir du juge saisi, qu'il soit sursis à l'acte argué de faux. Mais en réalité, ce qui intéresse ici c'est la possibilité pour le débiteur désigné dans un acte exécutoire, de paralyser son aptitude à être mis en exécution à titre principal, c'est-à-dire par une mesure d'exécution. Or ceci ne peut se faire que dans le cadre d'une instance devant le JEX.

Le cas d'une instance d'exécution. Hormis le cas d'une instance civile ci-dessus décrite, la seconde hypothèse dans laquelle le débiteur désigné d'un titre exécutoire a la possibilité de soulever les griefs qu'il a contre celui-ci reste l'instance en exécution.

Or ce moyen est inefficace pour deux raisons : la première tient au critère temporel de la compétence du JEX. Ce dernier ne peut être saisi qu'après l'engagement d'une mesure d'exécution[491]. En effet, le débiteur ne peut critiquer le titre exécutoire avant de se voir notifier une mesure d'exécution. Autrement, le *Jex* est incompétent[492]. Ainsi, le bénéficiaire de l'acte

[490] Il s'agit d'un crime qui inclut nécessairement une instruction préalable, ce qui suppose que le dossier passe par le bureau d'un juge d'instruction avant d'atterrir éventuellement sur celui d'une cour d'assises. Tout ceci ne peut s'étaler que sur des années.

[491] V. sur cette notion, GUINCHARD S. et MOUSSA T., *Droit et pratique des voies d'exécutions*, éd. DALLOZ 2010/2011, n° 212.41, p.227

[492] V. Cass., avis, 16 juin 1995, n° 09-50.008, Bull. avis, n° 9 mettant fin à l'interprétation extensive de l'article L. 213-6 du COJ -précisant que le JEX connaît des difficultés relatives aux titres exécutoire- défendant la thèse d'une saisine préventive du JEX sur le fondement de ce texte. Aussi dans le même sens S. GUINCHARD et T. MOUSSA,

aurait eu le temps de faire produire à l'acte exécutoire son effet redouté à savoir l'indisponibilité des biens objet de la saisie avec ses corollaires ;

La seconde raison de l'inefficacité tient au fait que le *Jex* n'est pas compétent pour connaître de la procédure du faux incident civil[493]. La compétence matérielle revient exclusivement soit au tribunal de grande instance soit la cour d'appel. Ce qui revient à dire que le débiteur qui souhaite arguer incidemment de faux un acte exécutoire qui lui est opposé devant le *Jex* devra préalablement demander à ce dernier de surseoir à statuer le temps que le tribunal de grande instance saisi ne statue et ne prononce éventuellement un sursis à exécution de l'acte argué de faux.

Or les chances que le JEX ordonne un sursis sont quasi inexistences et pour cause, la loi ne lui fait aucune obligation en ce sens. Ainsi, il a été décidé que : « *l'article 312 du nouveau code de procédure civile, qui concerne l'inscription de faux contre les actes authentiques soulevé incidemment devant le tribunal de grande instance ou la cour d'appel, n'est pas applicable devant le juge de l'exécution* »[494]. De *facto*, si dans l'hypothèse d'une poursuite pénale engagée à l'encontre des auteurs de l'acte authentique, le juge de l'exécution n'a aucune obligation de surseoir à statuer, il n'en est à fortiori tenu dans l'hypothèse d'une saisine incidente d'une juridiction civile pour que ce dernier statue sur le caractère faux du titre exécutoire.

En résumé, aussi bien la procédure de faux principal que celui du faux incident civil ne sont, quel que soit leur bien fondé, de nature à arrêter la mise en exécution d'un titre exécutoire.

2- L'exception d'inexécution

213. L'inexécution par le débiteur justifiée par celle du créancier-. Pour ce qui concerne les incidents liés à l'exception d'inexécution, ils recouvrent toutes les situations dans lesquelles le débiteur retient à juste titre l'exécution de sa propre obligation pour inexécution de celle de son cocontractant.

Droit et pratique des voies d'exécution, éd. DALLOZ 2013-2014, n° 214. 41, p. 268 ; N. FRICERO, « Droit de l'exécution forcée », fasc. 480, n° 40 ; en droit O.H.A.D.A, l'article 49 de l'AUVE est sans équivoque quant au moment de la compétence du JEX. Ce moment se situe bien après la mise en œuvre d'une mesure d'exécution ou une mesure conservatoire. Cet article précise en effet que : « *la juridiction compétente pour statuer sur tout litige ou toute demande relative à une mesure d'exécution forcée ou à une saisie conservatoire est le président de la juridiction statuant en matière d'urgence ou le magistrat délégué par lui* ». Ceci suggère clairement comme point de départ de la compétence du JEX la mise en œuvre d'une mesure d'exécution forcée ou d'une mesure conservatoire, autrement la mise en œuvre par le créancier d'une mesure de saisie sur le fondement de son titre (en l'occurrence ici le titre exécutoire).

[493] GUINCHARD S., *Droit et pratique de la procédure civile*, éd. DALLOZ 2012/2013, n° 341.131, p. 906
[494] Civ. 2e, 18 févr.1999, n° 96-21.045

Imaginons l'exemple d'un contrat de crédit-bail constaté par acte notarié dans lequel le crédit bailleur déclare accepter mettre à disposition du preneur un four de boulangerie contre paiement par ce dernier d'un loyer fixe. Le preneur déclare quant à lui accepter le matériel tel que décrit dans l'acte et s'engage au paiement du loyer. Mais, détail important, l'acte précise que la propriété du matériel sera acquise au preneur dès lors que le montant total du loyer qu'il paiera atteindra un montant que l'acte fixe.

Il se trouve que lors de l'exécution de l'acte, le débiteur allègue que le matériel remis par le crédit bailleur est défectueux et s'interdit de ce fait de payer le loyer prévu tant que le créancier ne procèdera pas à un changement dudit matériel. Le créancier quant à lui conteste les allégations du débiteur, persiste à dire que le matériel par lui livré est conforme aux spécificités précisées dans l'acte et rejette la proposition du débiteur.

Dans cette hypothèse est-il possible de justifier la pertinence de la force exécutoire de l'acte notarié ayant constaté cette convention ?

3- Le cas de l'imprévision

214. La caducité de l'accord des parties pour imprévision consacrée par la cour de cassation-. Le principe d'attribution de la force exécutoire à l'acte notarié est aussi sérieusement mis à mal par la solution consacrée par la cour de cassation dans l'affaire *Soffimat*. Dans cette affaire, la Cour de cassation a déclaré un contrat caduc après avoir retenu que la survenue de circonstances imprévisibles défavorables au débiteur avait fait disparaître la cause du contrat. Les faits de l'espèce sont les suivants : un contrat de maintenance liait un mécanicien à une société. Mais suite à une augmentation excessive des prix des pièces, le mécanicien n'a pu honorer son engagement. Tenant compte de cette imprévision[495], la Cour régulatrice retint que ces circonstances avaient pour conséquence de faire disparaître la cause du contrat[496]. Elle décida par conséquent que ce contrat était caduc.

Imaginons que ce contrat avait été constaté par notaire et revêtu de la formule exécutoire, alors que cette imprévision lui a fait perdre son efficacité, le créancier n'en serait pas moins freiné

[495] C'est la première fois en droit français que la cour de cassation a reconnu l'imprévision dans les relations contractuelles depuis l'arrêt Canal de Craponne (GAJC, 11è éd., n° 163) qui a posé le principe de l'interdiction de révision des conventions pour imprévision. Dans cet arrêt la cour de cassation n'a pas admis la révision pour imprévision mais a tenu compte de l'imprévision pour déduire que le contrat n'avait plus de cause et est donc devenu caduc.
[496] Com. 29 juin 2010 : BICC 15 nov. 2010. 1713, n°1713 ; D. 2010.2481, note Mazeaud.

dans la mise en œuvre du titre, en vertu de son caractère exécutoire, tant que la caducité qui la frappe ne serait judiciairement constatée.

En conclusion, force est de constater que le débiteur désigné dans un acte juridique privé exécutoire n'a aucun moyen d'arrêter son exécution même si ce dernier justifie de sérieux griefs contre celui-ci. Cette réalité a été d'ailleurs traduite par un auteur en ces termes à propos de l'acte notarié : « *aucune voie de recours ne peut en suspendre l'exécution* »[497].

Sur ce point l'acte juridique privé exécutoire présente une différence fondamentale avec les autres titres exécutoires.

Sous-section II : La différence de régime avec les autres titres exécutoires

215. Division.- L'absence de recours permettant au débiteur de contester les constatations de l'acte juridique privé exécutoire avant même sa mise en exécution contraste avec la possibilité de recours observée s'agissant des actes des actes administratifs exécutoires (A) puis des décisions judiciaires exécutoires (B).

A- L'existence de recours suspensif d'exécution contre les actes exécutoires administratifs

216. Seuls les cas d'opposition à exécution sont concernés-. Ce qui est recherché, c'est la possibilité pour le débiteur de pouvoir faire valoir ses griefs contre le montant de la créance constatée dans le titre exécutoire, son existence ou son exigibilité avant sa mise à exécution. Or cette question ne se pose pas quand le débiteur justifie des griefs plutôt contre la procédure de poursuite.

La loi a aménagé en faveur du contribuable des recours lui permettant de critiquer une décision exécutoire de l'administration avant sa mise en exécution. Pour ce qui concerne la présente étude, seules les hypothèses de mise en exécution d'actes administratifs exécutoires constatant une créance liquide seront envisagées. Il s'agit donc des hypothèses de mise en recouvrement.

Trois procédures sont mises par le législateur à la disposition du contribuable pour critiquer une décision de l'administration qui lui fait grief et obtenir éventuellement leur sursis à exécution voire leur annulation. Il s'agit de la procédure spéciale de demande de sursis à exécution

[497] BENARD A., « La force exécutoire : l'acte authentique comme instrument de déjudiciarisation » in N. KASIRER et P. NOREAU (dir.), *Sources et instruments de justice en droit privé*, éd. Thémis, Montréal, 2002, p. 522

formulée auprès de l'administration, de la procédure du référé fiscal et enfin celle du référé-suspension.

217. La procédure spéciale du sursis à exécution-. Cette procédure est prévue à l'article L.277 du livre des procédures fiscales[498] qui dispose : « *Le contribuable qui conteste le bien-fondé ou le montant des impositions mises à sa charge est autorisé, s'il en a expressément formulé la demande dans sa réclamation et précisé le montant ou les bases du dégrèvement auquel il estime avoir droit, à différer le paiement de la partie contestée de ces impositions et des pénalités y afférentes.*

L'exigibilité de la créance et la prescription de l'action en recouvrement sont suspendues jusqu'à ce qu'une décision définitive ait été prise sur la réclamation soit par l'administration, soit par le tribunal compétent ».

Ainsi, le contribuable qui conteste le bien-fondé ou le montant des impositions mis à sa charge, doit, s'il souhaite obtenir le sursis du paiement de cette somme, formuler auprès de l'administration, une réclamation contentieuse. La réclamation devra indiquer précisément la demande de sursis de paiement de la partie des sommes contestée ainsi que ses pénalités.

218. Conditions de recevabilité du recours-. Cette demande devra impérativement être préalablement faite entre les mains de l'administration. Toute saisine directe du juge des impôts sans une réclamation préalable adressée à l'administration est irrecevable.

Cette règle a en effet été précisée par le Conseil d'Etat quand il décidait : « *En vertu des dispositions de l'art. 1952 CGI (LPF, art. L. 277), le tribunal administratif ne peut connaître des demandes de sursis de paiement formulées par les contribuables à l'occasion de leurs réclamations que par la voie d'un appel interjeté contre la décision du juge du référé administratif, lui-même saisi de la décision prise par le comptable chargé du recouvrement de l'impôt »*[499]. C'est aussi en substance ce qu'a démontré le commissaire du Gouvernement Gilles Bachelier dans l'affaire « SARL Janfin »[500].

---

[498] Pour ce qui concerne le droit O.H.A.D.A., il faut se référer au droit interne de chaque pays membres pour connaître les règles en la matière. Toutefois, il convient de préciser que celles-ci ne sont guère différentes de celles prévues par le droit français.

[499] CE 18 oct. 1978, req. nº 96122: *RJF 1978. 381 ;* 7 janv. 1985, req. nº 31194: *RJF 1985. 243*

[500] V. dans ce sens M.-Ch. BERGERES, « L'utilisation du référé-suspension en matière fiscale », *Rev. Dr. fisc.*, n° 20, 14 mai 2003, p. 684 et s., n° 20

Le contribuable devra se garder de formuler juste une demande de sursis au paiement et veiller à formuler expressément une demande de décharge, de la réduction des droits supplémentaires ainsi que des pénalités qui lui ont été réclamées.

Il a été ainsi jugé que « *Le bénéfice du sursis de paiement n'est ouvert, dans certaines conditions, qu'au contribuable qui conteste les impositions au paiement desquelles il demande à surseoir (…) »*. Et « *Lorsque, dans la lettre qu'il a adressée au directeur des services fiscaux, le contribuable ne demande ni la décharge ni la réduction des droits supplémentaires et des pénalités qui lui ont été réclamés, mais se borne à demander à surseoir à leur paiement, est légale la décision de l'administration refusant de l'admettre au bénéfice du sursis de paiement* »[501].

Aussi, la validité de la demande de sursis est subordonnée à sa régularité. C'est en abondant dans ce sens qu'il a été décidé que : « *Une demande de sursis de paiement qui a été présentée dans une réclamation irrégulière au regard des dispositions des art. L. 277 et R. 197-3, n'a pas pour effet de suspendre l'exigibilité de l'impôt* »[502], « *Tel est le cas de la demande de sursis de paiement qui est expressément formulée mais dans une réclamation qui ne précise ni la nature de l'impôt contesté, ni l'année au titre de laquelle il se rattache, ni son montant* »[503].

Cette demande se fait en pratique par lettre entre les mains de l'administration de laquelle émane l'acte administratif exécutoire.

219. Effet d'une demande régulière de sursis-. La demande du contribuable qui remplit ces deux conditions emporte « suspension de l'exigibilité » de l'acte administratif exécutoire au moins jusqu'à la notification par le comptable du refus des garanties proposées et ce dernier ne peut valablement recourir à une mesure exécutoire avant qu'une décision définitive ait été prise sur le bien-fondé de l'imposition litigieuse soit par l'administration soit par la juridiction compétente[504] : c'est le **«** droit au sursis de paiement ».

---

[501] CE 17 nov. 1986, req. n° 73702: *RJF 1987. 71; Dr. fisc. 1987, comm. 1973.*
[502] TA Lille, 17 mars 2000, req. n° 98-227, *Lefebvre: RJF 2000, n° 1172.*
[503] *Id.*
[504] CE , sect., 25 avr. 2001, req. n° 213460, *Sté Parfival Dr. fisc. 2001, comm. 711, concl. Courtial; RJF 2001 ;* CE , ord., 13 juin 2007, req. n° 306252, *Soppelsa: Dr. fisc. 2007, n° 40, comm. 897, note O. Fouquet; RJF 2007, n° 1152, chron. D. Burguburu ;* CE 1er juill. 2009, req. n° 298913, *Kerroux, Dr. fisc. 2009, n° 43, comm. 514, concl. Collin, note Guichard et Goupille; RJF 2009, n° 881; BDCF 2009, n° 120, concl. Collin.*

Ainsi, le Conseil d'Etat a constamment rappelé qu' : « *Il résulte des dispositions des art. L. 277 et R. 277-1 que le contribuable qui en fait expressément la demande dans sa réclamation a droit au sursis de paiement sur la totalité des impôts qu'il conteste, à la seule condition qu'il réunisse les garanties appropriées; ce droit ne peut être restreint par les mesures de recouvrement prises par le comptable avant la demande de sursis* »[505]. De sorte que les mesures d'exécution prises par le comptable avant la demande de sursis deviennent caduques à compter de la date de la demande[506]. Cette caducité ne joue que pour l'avenir. Il s'en suit que les frais de commandement restent à la charge du contribuable nonobstant le sursis[507]. Toutefois, il appartient au comptable, lorsque l'impôt redevient exigible de renouveler les actes de poursuites[508]. Cette règle joue nonobstant le caractère attributif immédiat des ATD notifiés par l'administration fiscale.

En appliquant cette règle de caducité aux ATD pratiqués antérieurement à la « suspension de l'exigibilité », le Conseil d'Etat décide : « *Lorsque l'administration a diligenté des mesures d'exécution avant que le contribuable ait demandé le sursis de paiement, les sommes et les biens ainsi entrés dans le patrimoine de l'État doivent, nonobstant l'effet attributif des mesures d'exécution pratiquées, être regardées, à hauteur des montants saisis, comme valant consignation au sens de l'art. L. 279 LPF, à charge pour le juge du référé fiscal de statuer sur la valeur des garanties proposées en complément ou en substitution des sommes ou des biens saisis et, pour l'administration, d'en restituer la propriété au contribuable au cas où les garanties proposées seraient jugées suffisantes* »[509].

Ainsi, malgré l'effet attributif immédiat de l'ATD, les sommes objets de la saisie sont considérées comme faisant partie du patrimoine du saisi puisqu'elles peuvent être utilisées par compensation pour les besoins de la consignation.

La seule limite qu'admet le « droit au sursis » du contribuable est l'obligation qui lui incombe de constituer une garantie appropriée. Le contribuable devra à l'appui de sa demande de sursis

---

[505] Idem.
[506] CE 16 févr. 2001, req. nº 217890, *Carrasco: RJF 2001, nº 705; BDCF 2001, nº 71, concl. Mignon.*
[507] CE , plén., 8 janv. 1982, req. nº 12543: *Dr. fisc. 1982, comm. 1400, concl. Schricke; RJF 1982. 151.*
[508] CE 27 juill. 1984, req. nº 42701, *Dr. fisc. 1986, comm. 745, concl. Latournerie*
[509] CE , sect., 25 avr. 2001, *Sté Parfival* ; 14 nov. 2001, *Sté Orkos Diffusion,* et 22 mai 2002, *Benamou: Dr. fisc. 2002, comm. 917; RJF 2002, nº 1021 ;* CE 1er juill. 2009 req. nº 298913, *Kerroux: Dr. fisc. 2009, nº 43, comm. 514, concl. Collin, note Guichard et Goupille; RJF 2009, nº 881; BDCF 2009, nº 120, concl. Collin ;* CE 24 juill. 2009, req. nº 304672, *Sté Leuchtturm: RJF 2009, nº 930; BDCF 2009, nº 126, concl. Escaut; Dr. fisc. 2009, nº 49, comm. 568, note Bonnet.*

offrir au comptable public une garantie. Cette obligation lui est faite dès lors que sa réclamation porte sur une assiette d'imposition et portant sur un montant de droit supérieur à 4500 euros[510]. S'agissant des garanties admissibles, il peut s'agir d'affectation hypothécaire, des sommes d'argent déposées sur des comptes ouverts en son nom [511], de nantissement de fonds de commerce[512], etc.

Toutefois, à défaut de constitution de garantie à l'appui de sa demande de sursis ou lorsque la garantie proposée vient à être refusée par l'administration fiscale, cette dernière, pour autant, ne dispose pas du droit de pratiquer des mesures exécutoires. Tout au plus, dispose-t-elle du droit de prendre des mesures conservatoires.

La cour de cassation a rappelé cette interprétation stricte de la lettre du quatrième alinéa de l'article L. 277 du code des procédures fiscale dans une décision récente. Elle précisait : « *A défaut de constitution de garanties ou si les garanties offertes sont estimées insuffisantes, le comptable ne peut prendre que des mesures conservatoires pour les impôts contestés. Cette règle résulte de la lettre même du quatrième alinéa de l'art. L. 277. En l'absence de constitution de garanties, le sursis de paiement sollicité dans l'attente d'une décision définitive fait obstacle aux actes de poursuites ayant pour effet immédiat de déposséder le contribuable* »[513].

Le droit au sursis du contribuable est bien protégé par le législateur qui ménage en sa faveur un recours judiciaire en cas d'abus par l'administration.

220. Le référé fiscal-. Le contribuable qui voit sa demande de sursis refusée en dépit de la régularité de sa contestation et de sa proposition de garantie, peut, s'il conteste ce refus, en référer au juge des référés fiscal pour obtenir le sursis de paiement. Ce recours est ouvert dans les quinze jours suivants la réception de la lettre recommandée adressée par le comptable. Cette règle est prévue par l'article L. 279 alinéa 1re du code des procédures fiscales. Le juge des référés matériellement compétent peut être soit le juge des référés administratif, soit le juge des référés judiciaire. Cette compétence est fonction de celle déterminée en fonction du type d'impôt réclamé.

[510] Art. R. 277-7 du code des procédures fiscales
[511] CE 21 déc. 1977, req. no 6.324: *RJF 1978. 103.*
[512] TA Rouen, 18 juill. 1980: *Dr. fisc. 1980, comm. 2387.*
[513] Com. 2 mai 2007, *Tournois: Dr. fisc. 2007, no 27, comm. 713; RJF 2007, no 975.*

Ainsi en matière d'impôts directs et de taxes sur le chiffre d'affaires, c'est le juge des référés administratif qui est apte[514] à connaître de ce contentieux. En revanche, en matière de droit d'enregistrement, de taxe de publicité foncière et de droits et taxes assimilés ainsi qu'en matière de contributions indirectes, de timbres et de législations assimilées, l'aptitude à connaître de ce contentieux revient en vertu de l'article 279 A du code des procédures fiscales au juge des référés civil statuant en matière fiscale. Le rôle de ce dernier est d'éviter qu'un éventuel excès de pouvoir de l'administration dans l'appréciation des garanties offertes et partant un refus d'admission de celles-ci entrave l'exercice normal du droit au sursis de paiement du contribuable. D'ailleurs, il a été jugé que l'existence du recours devant le juge des référés fiscal rend irrecevable le recours pour excès de pouvoir qu'aurait éventuellement commis le comptable public dans l'appréciation des garanties proposées par le contribuable[515]. Toutefois, la recevabilité du recours adressé au juge des référés fiscal est subordonnée à certaines exigences.

221. La recevabilité du recours au juge des référés fiscal-. Le recours devant le juge des référés fiscal peut s'introduire par « *simple demande écrite* »[516]. Ce peut être une lettre simple ou une lettre recommandée avec demande d'avis de réception. Mais pour des raisons probatoires, une lettre recommandée avec demande d'avis de réception sera vivement conseillée. Ensuite la recevabilité de la demande est subordonnée au dépôt d'une consignation auprès du comptable à un compte d'attente. Cette consignation doit équivaloir au dixième des impôts contestés. La loi précise qu'une « *caution bancaire ou la remise de valeurs mobilières cotées en bourse peut tenir lieu de consignation* »[517]. Dès lors que ces conditions sont réunies, le juge des référés fiscal apprécie les garanties proposées et peut soit rejeter soit accorder la demande de sursis de paiement en fonction de la conformité ou non de ces dernières à la loi.

222. Décision du juge des référés fiscal-. Le juge des référés peut rendre trois types de décisions : soit il rend une ordonnance de rejet de la demande de sursis de paiement, soit une ordonnance accordant le sursis de paiement soit enfin une ordonnance de sursis de paiement assortie d'une dispense au profit du contribuable de produire d'autres garanties autres que celles déjà constituées. Sa décision doit être rendue dans un délai maximum d'un mois à compter du

[514] Art. 279 alinéa 1re du code des procédures fiscales
[515] CA Paris, 28 mai 2002, req. no 0275, *Tarallo: Dr. fisc. 2003, no 13, comm. 265.*
[516] Art. 279 du code de procédures fiscales al. 1re
[517] Art. 279 du code de procédures fiscales al. 2

dépôt du recours effectué par le contribuable. La décision du juge des référés peut à son tour être attaquée dans les huit jours de son ordonnance ou à l'expiration du délai qui lui est laissé pour rendre sa décision[518]devant le juge des référés de la cour d'appel[519].

Outre ces recours dont dispose le contribuable pour critiquer la force exécutoire de l'acte administratif exécutoire avant sa mise en exécution par l'administration, le Conseil d'Etat a rappelé son droit de recourir au recours de droit commun du référé-suspension.

223. La possibilité pour le contribuable de saisir le juge des référés-suspension-. L'alinéa 4 de l'article L. 277 du code de procédure fiscale permet au comptable de recourir à une mesure conservatoire en cas de d'absence ou d'insuffisance de garantie. La question s'était alors posée de savoir si, même devant un tel droit de l'administration dictée par la carence du contribuable, ce dernier peut recourir au référé-suspension, pour éviter la mise en œuvre, même à titre conservatoire, du titre administratif exécutoire contre lequel il a des griefs à faire valoir ?

A cette question, le conseil d'Etat a apporté dans le célèbre arrêt *Janfin*, une réponse positive. Les hauts magistrats du conseil précisent : « Considérant que, dans le cas dans lequel le contribuable auquel le sursis de paiement a été refusé en raison de l'insuffisance des garanties offertes, mais qui bénéficie, en conséquence des dispositions précitées du troisième alinéa de l'article L. 277 du LPF, lesquelles n'autorisent le comptable qu'à prendre des mesures conservatoires, la condition d'urgence peut être remplie si ce contribuable justifie devant le juge des référés qu'une mesure de cette nature risque d'entraîner pour lui, à brève échéance, des conséquences graves ».

Ainsi, même en cas de carence totale du contribuable caractérisée par son incapacité à produire la garantie exigée pour obtenir un sursis à exécution d'un acte administratif exécutoire -qu'il critique- le temps que la justice statue sur le bien-fondé de ses griefs, ce droit est quand même sauvegardé par l'ouverture du référé-suspension. En réalité, il s'agit de l'application par le

[518] Art. 279 al. 4 du code des procédures fiscales
[519] Ce juge sera selon le cas le président de la cour d'appel ou celui de la cour d'appel administratif ou le magistrat que ce dernier désigne.

conseil d'Etat de la jurisprudence du conseil constitutionnel[520] qui a érigé le droit au sursis d'exécution d'un acte administratif au rang de « garantie essentielle des droits de la défenses ». Toutefois, il convient de souligner que la recevabilité de ce recours est soumise à certaines conditions.

224. Conditions de recevabilité du référé-suspension-. La recevabilité du référé-suspension est subordonnée à certaines conditions relatives à la décision contestée, au recours principal et à certaines conditions de fond.

S'agissant des conditions relatives à la décision contestée, il s'agit de toute décision administrative et non de simple avis, d'un vœu ou d'un acte déclaratif[521] qui territorialement relève du juge français et matériellement du juge administratif. La décision contestée ne doit pas être sans objet[522]. Tel est le cas d'une décision déjà exécutée. Ainsi le contribuable qui a déjà effectué un paiement suite à la délivrance d'une contrainte par l'administration verra sa demande en référé-suspension déclarée irrecevable.

Autrefois, la décision contestée ne devait être, ni seulement déclarative n'appelant pas d'exécution matérielle par l'administration, ni de rejet « sauf dans le cas exclusif où leur maintien entraînerait une modification dans une situation de droit ou de fait telle qu'elle existait antérieurement »[523]. Mais depuis l'entrée en vigueur de la loi n° 2000-597 du 30 juin 2000 relative au référé devant les juridictions administratives ayant modifié l'article L. 521-1 du code de la justice administrative, une décision même de rejet peut faire l'objet d'une suspension avec possibilité le cas échéant d'assortir la suspension d'une demande d'injonction fondée sur la loi du 8 février 1995[524]. Appliquée aux décisions de rejet du comptable des garanties proposées par le contribuable, il est aisé de dire que cette décision satisfait bien aux conditions ci-dessus exposées.

---

520 Décision n° 86-224 DC du 23 janvier 1987 in http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais

521 CE, ord., 22 mars 2001, Meyet, *Rec*. p. 1130, pour le souhait de Matignon que les ministres n'exercent pas en même temps les fonctions de maire

522 CE, 19 juin 2001, Mme Barège, *Rec*. p. 273 ; 13 mars 2006, F. Bayrou et association de défense des usagers des autoroutes publiques de France. V. pour les autres types de décision, TURPIN D., *Contentieux administratif*, Hachette Supérieure, 4ème éd. 2007, p. 126 et s.

523 CE, Ass. 23 janv. 1970, Amoros*, Rec*. p. 51 ; Ass., 20 juin 1975, *Nataf et Ferrari*, Rec. p. 381

524 V. sur l'existence de cette possibilité avant l'entrée en vigueur de la loi , CE, 20 déc. 2000, *Ouatah*, *Rec*. p. 643,

Pour ce qui concerne, la condition du recours principal, elle consiste dans l'obligation pour le contribuable à accompagner ou suivre[525] sa demande de référé-suspension d'un recours en annulation[526] qui devra lui-même être recevable.

Enfin quant aux conditions de fond, la demande de suspension devant le juge des référés administratif doit justifier de deux conditions à savoir : l'urgence et l'existence de moyen propre à créer un doute sérieux quant à la légalité de la décision[527]. Ainsi, par souci du respect du respect des droits de la défense du contribuable, la loi a ménagé à son profit, plusieurs recours pour lui permettre d'exposer les éventuels griefs que ce dernier a à faire valoir contre un acte administratif exécutoire avant sa mise en œuvre.
La même remarque s'impose s'agissant des actes judiciaires exécutoires.

B- L'existence de recours empêchant l'exécution des décisions de justices exécutoires

225. Le caractère exécutoire de toute décision de justice-. Toutes décisions de justice est par nature exécutoire en vertu de l'impérium du juge[528]. C'est en abondant dans ce sens que les professeurs PERROT et Philippe THERY précisent que : « *par sa nature même, la décision de justice est un titre exécutoire* »[529]. C'est cette même réalité qu'exprime le législateur quand il précise : « *la preuve du caractère exécutoire ressort du jugement lorsque celui-ci n'est susceptible d'aucun recours suspensif ou qu'il bénéficie de l'exécution provisoire* »[530].

[525] Cette demande peut se faire à toute hauteur de procédure et même la première fois en appel. V. dans ce sens : CE, 12 févr. 1986, Rousseau, Rec. p. 40
[526] Il peut aussi s'agir aussi d'un recours en réformation relevant du plein contentieux. V. sur ce point, TURPIN D., op. cit., p. 127 et s.
[527] V. sur ces conditions, Idem, p. 129 et s. et notamment le remplacement par la loi **no 2000-597 du 30 juin 2000 relative au référé devant les juridictions administratives,** de la condition relative au préjudice par celle de l'urgence et de la condition relative à l'exigence d'un moyen sérieux par celle d'un « *moyen propre à créer un doute sérieux quant à la légalité de la décision* ».
[528] V. dans ce sens STRICKLER Y., *Procédure civile*, éd. PARADIGME 2013, n° 468, p. 268 qui précise que : « l'impérium confère au juge un pouvoir de commandement qu'il détient par délégation du pouvoir exécutif » ou CORNU G. Association Henri Capitant, *Vocabulaire juridique*, éd. PUF, p.20, définissant l'*imperium* comme un terme latin signifiant le « pouvoir de donner des ordres »
[529] PERROT R. et Ph. THERY, *op. cit*. n° 300, p. 316
[530] Article 504 du code de procédure civile

Ainsi, une décision de justice a en principe un caractère exécutoire dès son prononcé[531]. Et c'est dans un souci de faire respecter les droits de la défense du plaideur qui a été condamné, que la loi a ménagé en sa faveur des voies de recours pour lui permettre de la critiquer. D'ailleurs, il convient de signaler que le projet de décret relatif à l'exécution immédiate des jugements du 4 avril 2002 qui n'était qu'une reprise des propositions du rapport dit Coulon, n'a finalement pas été adopté sans doute par souci de la nécessité de faire respecter le droit au recours du justiciable, élément incontournable des droits de la défense en ce sens qu'il suggérait l'instauration d'un principe d'exécution immédiat des jugements de première instance[532].

Au total, l'existence de recours permettant de critiquer une décision de justice exécutoire se traduit d'une part par la suspension par les voies de recours ordinaires (1) et la suspension de l'exécution provisoire par des voies de recours spécifiques (2) d'autre part.

Toutefois, certaines décisions bénéficient de l'exécution, mais à titre provisoire nonobstant appel ou opposition. Il s'agit de celles rendues exécutoires par le juge ou celles auxquelles la loi attache de plein droit cet effet. Même dans ces derniers cas, force est de constater que le souci de faire respecter les droits de la défense du plaideur condamné a conduit le législateur à ménager en sa faveur des recours pour suspendre cette exécution provisoire.

1- La suspension par les voies de recours ordinaires

226. Les voies de recours suspensives d'exécution-. Les voies de recours qui permettent au plaideur qui a des griefs à faire valoir contre une décision, d'en obtenir la suspension de son exécution malgré le caractère exécutoire de celle-ci, sont l'appel et l'opposition. La loi précise qu'aussi bien l'exercice de ces deux voies de recours que leur délai d'exercice sont suspensifs d'exécution[533]. De sorte que, tant que le délai pour exercer ces voies de recours –un mois pour l'appel et quinze jours pour l'opposition- continueront à courir ou

[531] V. en ce sens R. Perrot et Ph. Thery, *op. cit*., n° 135, p. 149, précisant : « Par sa nature, toute décision de justice, aussi bien celle qui émane d'une juridiction de l'ordre judiciaire que celle rendue par une juridiction administrative, constitue un titre exécutoire ».

[532] *Réflexions et propositions sur la procédure civile*, Rapport au garde des sceaux. La documentation française, 1997, p. 108. V. aussi en ce sens JEULAND E, *Droit processuel général*, éd. Montchrestien 2012, n° 551 ; Sur les critiques de cette solutions V. P. Hoonakker, « L'exécution immédiate ou de l'incohérence à la cohérence du droit à l'exécution », Mélanges P. Julien, 2003, Edilaix, p. 209 ; J.-M. Coulon, « Quelques remarques sur un projet de décret de procédure civile », *LPA* 24 juin 2002. 4 ; J.-C. Magendie, « L'exécution immédiate des décisions de justice : l'injuste critique d'une réforme nécessaire », *D*. 2002. 2411 ; L. Cadiet, « Feu l'exécution immédiate des jugements ? Regrets de la France du milieu », *JCP G* 2002. I. 1489 ; contra : S. Guinchard, Un bon exemple de la France d'en haut contre la France d'en bas. Le projet de suppression de l'effet suspensif de l'appel, *LPA* 5 juin 2002. 4 ; Pour une exécution provisoire à visage humain et le droit de libre critique des choses de la justice, *LPA* 28 oct. 2002. 7 ; T. Le Bars et J. Villacèque, « La charrue avant les boeufs : le projet de suppression de l'effet suspensif de l'appel en matière civile », *D*. 2002. 1987 et 1989

[533] Article 539 du code de procédure civile

qu'une décision n'aura été rendue suite à l'exercice effectif de ces dernières, la décision de justice verra son caractère exécutoire suspendu.

227. Le justificatif du principe de double degré de juridiction-. En réalité, l'effet suspensif est dû pour ce qui concerne l'appel au principe du double degré de juridiction[534], principe qui bénéficie d'une protection constitutionnelle à défaut d'être clairement consacré comme faisant partie du bloc de constitutionnalité car « *s'il n'existe pas une garantie pour tout justiciable de pouvoir toujours exiger que sa cause soit entendue en appel, le Conseil veille à imposer un certain nombre d'exigences constitutionnelles intéressant le droit d'appel* »[535]. Ainsi, la protection constitutionnelle du principe de double degré de juridiction s'est organisée autour d'autres principes juridiques ayant valeur constitutionnelle. C'est le cas notamment des droits de la défense.

Le Conseil constitutionnel a dans une décision du 18 janvier 1985[536], décidé que l'appel ouvert contre les décisions d'une commission chargée de l'exercice d'un pouvoir disciplinaire n'était pas contraire aux droits de la défense. Aussi, dans l'affaire concernant la loi transférant à la juridiction judiciaire le contentieux des décisions du Conseil de la concurrence, le Conseil constitutionnel a décidé le 23 janvier 1987 que : « *compte tenu de la nature non juridictionnelle du Conseil de la concurrence, de l'étendue des injonctions et de la gravité des sanctions pécuniaires qu'il peut prononcer, le droit pour le justiciable formant un recours contre une décision de cet organisme, de demander et d'obtenir le cas échéant, un sursis à exécution de la décision attaquée, constitue une garantie essentielle des* ***droits de la défense*** »[537].

En tout état de cause, il est indubitable que la possibilité pour les plaideurs de soumettre à une juridiction autre que celle qui a rendu une décision -acte judiciaire exécutoire- contre lequel ils

[534] STRICKLER Y. « l'Exécution des jugements et le double degré en matière civile » in *Justices Revue Générale de Droit Processuel*, *Justices et double degré de juridiction*, n° 4 juillet-décembre 1996, p. 127 expliquant que *« l'effet suspensif attaché à la voie d'appel résulte du principe même du double degré de juridiction* ».

[535] V. en ce sens MOLFESSIS N. « La protection constitutionnelle » in *Justices Revue Générale de Droit Processuel*, *Justices et double degré de juridiction*, n° 4 juillet-décembre 1996, p. 17 et s. expliquant que l'analyse des décisions du Conseil constitutionnel français révèle que cet organe malgré le fait qu'il ait été clairement invité à plusieurs reprises à se prononcer sur le caractère constitutionnel de ce principe ne s'est jamais clairement prononcé dans ce sens. Il en déduit une « *absence de valeur constitutionnelle du principe de double degré de juridiction* ». L'auteur précise que néanmoins, l'analyse des décisions du Conseil constitutionnel révèle « *l'existence d'une protection constitutionnelle du double degré de juridiction* ». L'auteur précise à juste titre que cette protection constitutionnelle du principe du double degré de juridiction est en réalité médiate et s'est organisée autour d'autres principes tel que le principe d'égalité et celui des droits de la défense qui eux, ont valeur constitutionnelle.

[536] Déc. n° 84-182 DC du 18 janv. 1985, *Rec*. p. 27

[537] Déc. n° 86-224 DC du 23 janv. 1987, *Rec.* p. 8

justifient des griefs l'examen de ceux-ci préalablement à leur mise en exécution est érigé en un droit inviolable[538].

D'ailleurs poussant loin sa logique de protection des droits de la défense du justiciable, le législateur a prévu dans certaines hypothèses, des règles qui s'apparentent à une sorte de sursis à exécution même d'une décision ayant acquis force exécutoire.

Ainsi, lorsqu'une décision de justice est insusceptible de ces voies de recours ordinaires – décision rendue en premier et dernier ressort, arrêt d'appel-, celle-ci acquiert la force de chose jugée. Dès lors elle acquiert « la force exécutoire » à condition d'être préalablement notifiée à la partie contre laquelle elle doit être exécutée à moins que l'exécution ne soit volontaire ou ordonnée au seul vue de la minute[539].

S'agissant d'une décision de justice qui acquiert la « force exécutoire », hormis les matières dans lesquelles un pourvoi en cassation est suspensif d'exécution, le débiteur ne dispose plus en principe d'aucun moyen pour en suspendre l'exécution le temps qu'il n'y soit à nouveau statuer *via* le pourvoi. Mais force est de constater que, même dans ces cas, certaines règles prévues par le législateur apparaissent comme de véritables possibilités de sursis à exécution contre des décisions passées en force de chose jugée.

228. L'existence de règles emportant un effet suspensif du pourvoi en cassation-. Il est de principe que l'examen d'un pourvoi en cassation contre une décision passée en force de chose jugée est subordonné à l'exécution préalable de la décision par la partie condamnée. Ainsi, le Décret n° 89-511 du 20 juillet 1989 **modifiant certaines dispositions de procédure civile,** modifié par le Décret n° 99-131 du 26 février 1999 a inséré dans le code de procédure civile l'article 1009-1 qui dispose : « *hors les matières où le pourvoi empêche l'exécution de la décision attaquée, le premier président ou son délégué décide, à la demande du défendeur et après avoir recueilli l'avis du procureur général et les observations des parties, (...) la « radiation » d'une affaire lorsque le demandeur ne justifie pas avoir exécuté la décision frappée de pourvoi* ».

Le défendeur au pourvoi a donc la latitude de faire échec au jeu du pourvoi s'il n'a pas enregistré une exécution de la décision dont il est bénéficiaire. Pour ce faire, il adresse conformément à

[538] Il convient toutefois de réserver le cas des décisions insusceptibles d'appel, c'est-à-dire celles rendues en premier et dernier ressort. Ceci répond notamment à une logique –injustifiable- de déjudiciariser les litiges à faible taux.
[539] Article 503 du code de procédure civile français ; v. aussi en ce sens les développements de PERROT R. et Ph. THERY, op. cit. n°302 et s.

l'article 1009-1 du code de procédure civile au premier président une requête aux fins de radiation. Cette demande peut lui être adressée dès le dépôt de la déclaration de pourvoi au greffe[540] sans être recevable après le délai d'expiration du mémoire en défense[541]

Cette règle a pour but entre autre, d'éviter les pouvoirs dilatoires et renforcer les pouvoirs des juges du fond. Elle a d'ailleurs été approuvée par la Cour Européenne des Droits de l'Homme[542]qui a néanmoins rappelé la nécessité de la concilier avec les règles d'un procès équitable[543].

229. La censure de la CEDH et l'infléchissement de la règle de l'exécution préalable-. Dans sa décision du 14 novembre 2006[544], la CEDH a conclu, à l'unanimité, à la violation de l'article 6 & 1re de la Convention en précisant que le jeu de l'article 1009-1 du code de procédure civile avait dans cette espèce porté atteinte au droit à un recours effectif du requérant en lui empêchant un accès à la Cour de cassation. Dans cette espèce, le montant élevé de la condamnation interdisait toute exécution au requérant dont le revenu mensuel était bien plus modeste et dont les biens immobiliers étaient à ce moment indisponibles. La Cour avait donc estimé que la radiation du rôle était « *disproportionnée au regard du but visé* »[545]. Cette position de la CEDH a amené le législateur français à infléchir la sienne.

230. L'absence de radiation malgré l'inexécution de la décision frappée de pourvoi-. Dans un souci d'aligner la « règle de l'exécution préalable » sur la jurisprudence européenne, le législateur français a par le Décret no 2005-1678 du 28 déc. 2005, entré en vigueur le 1er mars 2006, procédé à son adoucissement. Ainsi, la radiation est écartée dans deux cas : lorsque l'exécution est de nature à entrainer des conséquences manifestement excessives ou si le demandeur est dans l'impossibilité d'exécuter la décision. En sus de ces deux conditions, la cour de cassation semble admettre qu'une consignation puisse constituer un motif valable de rejet de la demande de radiation[546].

---

[540] Cass. , ord., 24 janv. 1990: *D. 1990. 322, note Plouvin ;* 9 févr. 1990: *D. 1990. Somm. 341, obs. Julien; RTD civ. 1990. 563, obs. Perrot*
[541] Cass. , ord., 13 nov. 2008: *Bull. civ. ord., no 6.*
[542] CEDH, Aff. Annoni di Gussola et autres c/France (Req. n°31819/96 et 33293/96), 14 novembre 2000, spéc. paragraphe 50 et s. ; V. sur la pertinence de cette décision COSTA, « Quelques réflexions sur la jurisprudence de la CEDH relative au retrait d'un pourvoi du rôle de la Cour de cassation » in *Mélanges S. Guinchard, Dalloz 2010, p. 671*
[543] CEDH, Aff. ONG/France du 14 novembre 2006 (Req. n° 348/03)
[544] *Id.*
[545] Id. & 43 ; V. sur les motivations de la décision de la CEDH, HUGON Ch., « Le contrôle par la Cour européenne des droits de l'homme du retrait des pourvois du rôle de la Cour de cassation », Dalloz 2001 p. 3369
[546] Cass. , ord., 26 juill. 1994: *Bull. civ. ord., no 22*

Dans tous ces cas, force est de constater que le pourvoi en cassation apparaît comme un véritable recours suspensif d'exécution de la décision passée en force de chose jugée. En effet, malgré l'objectif légitime du législateur l'ayant conduit à déclarer non-suspensif le pourvoi en cassation sauf dans certains cas spécifiques, il lui est néanmoins apparu nécessaire de permettre au plaideur n'ayant pas exécuté la décision querellée, que ses griefs contre celle-ci soit examinés. De *facto*, le législateur accepte dans ces cas-là, une sorte de pourvoi suspensif d'exécution.

C'est donc dire l'importance que le législateur accorde au droit pour un justiciable, de disposer de recours pour critiquer une décision exécutoire avant la mise en œuvre de celle-ci. Cet attachement du législateur du droit au recours préalablement à la mise en œuvre des décisions exécutoires s'observe du reste avec plus d'acuité en ce qui concerne les décisions exécutoires provisoires.

2- Le sursis à exécution des décisions exécutoires provisoires par des recours spécifiques

231. L'exécution provisoire : une dérogation à la règle de l'effet suspensif d'exécution des recours ordinaires-. La règle selon laquelle l'exécution d'une décision de justice à laquelle s'attache par nature un caractère exécutoire est suspendue par l'exercice ou le délai d'exercice des voies de recours admet une exception importante. Il s'agit de l'exécution provisoire.

Ainsi, la loi attache à certaines décisions la « force exécutoire » nonobstant appel ou opposition en les rendant exécutoire *de plano*. Tel est le cas des ordonnances sur requête qui sont exécutoires au vu de la seule minute[547]. Par ailleurs d'autres décisions sont déclarées exécutoires par provision par la loi. Il s'agit des ordonnances de référés, des décisions qui prescrivent des mesures provisoires pour le cours de l'instance, de celles qui ordonnent des mesures conservatoires et des décisions du juge de la mise en l'état qui accordent une provision au créancier[548]. A cette liste s'ajoutent entre autre certaines décisions en matière prud'homale[549], en matière de procédure collective[550].

[547] Article 495 du code de procédure civile français
[548] Article 514 code de procédure civile français
[549] V. notamment les décisions du bureau de conciliation Article R. 1454-16
[550] V. l'article R. 661-1 du code de commerce qui régit désormais l'exécution provisoire en matière de procédure collective qui rend exécutoire de plein droit les jugements et ordonnances rendus en matière de mandat ad hoc, de sauvegarde, de conciliation, de redressement et de liquidation judicaires à l'exception de de quelques-uns. C'est le cas de ceux rendus dans le cas de la vente d'un bien grevé d'un privilège spécial, d'une hypothèque ou d'un nantissement visant à assurer le paiement provisionnel des créanciers privilégiés et globalement de ceux étrangers à la préservation de l'entreprise tels ceux concernant la réalisation de certains biens, la responsabilité des dirigeants

Aussi, le législateur reconnait-il au juge la faculté de rendre sa décision exécutoire par provision soit d'office soit sur demande de la partie intéressée, chaque fois qu'il lui apparaîtra qu'elle est nécessaire et compatible avec la nature de l'affaire, à condition qu'elle ne soit pas prohibée par la loi[551]. Mais soucieux de faire prévaloir le respect des droits de la défense, le législateur a, même dans ce cas, et nonobstant les objectifs légitimes visés par cette exception, ménagé des possibilités pour un plaideur intéressé, d'obtenir un sursis à exécution d'une décision exécutoire par provision rendue à son encontre, le temps que les griefs dont il justifie à l'encontre de celle-ci soient examinés par un juge.

232. Les mécanismes judiciaires de sursis à exécution d'une décision exécutoire par provision-

La possibilité pour un plaideur d'obtenir le sursis à exécution d'une décision exécutoire par provision qui lui fait grief était uniquement prévue dans les deux hypothèses suivantes : le cas d'une exécution provisoire ordonnée alors qu'elle est interdite par la loi, et celui d'une exécution susceptible d'entrainer des conséquences manifestement excessives. Mais par le décret n° 2004-836 du 20 août 2004 portant modification de la procédure civile**,** entré en vigueur le 1er janv. 2005, le législateur, sans doute soucieux qu'il est de garantir la protection des droits de la défense notamment du droit à un recours effectif, a introduit dans l'article 524 du code de procédure civile un dernier alinéa prévoyant la possibilité de surseoir à l'exécution d'une décision exécutoire par provision de droit. Désormais, l'exécution provisoire, qu'elle soit ordonnée ou de droit peut être arrêtée, le temps de l'examen de la décision du premier juge.

Malheureusement, cette belle avancée en termes de protection des droits de la défense, a été aussitôt ternie par un autre décret qui limite fortement le droit d'appel du plaideur insatisfait de la décision du premier juge. En effet, le décret n° 2005-1678 du 28 décembre 2005 relatif à la procédure civile, à certaines procédures d'exécution et à la procédure de changement de nom, est venu transposer à la procédure d'appel, la règle de l'obligation d'exécuter sous peine de radiation qui a cours devant la cour de cassation. Dès lors, l'appelant qui ne justifie pas avoir exécuté la décision exécutoire par provision de droit ou ordonné ou avoir procédé à la consignation ordonnée, peut voir la procédure d'appel radiée à moins qu'il n'apparaisse au juge de la radiation, que l'exécution serait de nature à entrainer des conséquences manifestement excessives ou que l'appelant est dans l'impossibilité d'exécuter la décision.

---

et de ceux concernant les frais de procédure. V. sur ce point HOONAKKER P. *Contribution à l'étude de l'exécution provisoire*, thèse, Strasbourg, 1988

[551] Article 515 al. 1re du code de procédure civile français

Le législateur n'a pas précisé si cette nouvelle disposition trouve ou non application en cas de demande d'arrêt de l'exécution provisoire. En réalité, si cette nouvelle disposition constitue un recul significatif des droits de la défense en termes de droit d'appel[552], la simple logique permet de dire qu'elle ne s'applique pas dans l'hypothèse d'une demande d'arrêt de l'exécution provisoire. Car comment comprendre qu'il soit permis au débiteur de demander l'arrêt de l'exécution provisoire et dans le même exiger de lui l'exécution ?

Par ailleurs, une analyse fine de cette nouvelle règle en confrontation avec l'article 524 du code de procédure civile achève de convaincre que celle-ci ne semble pas trouver application dans l'hypothèse d'une demande d'arrêt de l'exécution provisoire accompagnant la déclaration d'appel à moins de relever qu'elle porte en elle-même les germes de sa propre contradiction. De sorte qu'il est permis d'affirmer que le droit du plaideur condamné à une exécution provisoire d'en obtenir l'arrêt reste intact nonobstant cette nouvelle disposition.

233. L'impossible application de l'article 526 en cas de demande d'arrêt de l'exécution -.

Le cas de l'exécution provisoire ordonnée. L'exécution provisoire ordonnée ne peut être arrêtée que dans deux cas : lorsqu'elle a été ordonnée alors qu'elle est interdite par la loi ou qu'elle risque d'entrainer des conséquences manifestement excessives. Cette condition est remplie si l'exécution provisoire n'est pas réparable dans l'avenir et s'il n'est pas possible d'y revenir en effaçant rétroactivement ses effets[553].

Or, il convient de faire observer que l'hypothèse de radiation prévue à l'article 526 ne peut être envisageable que dans le premier cas, car exclue par l'article 526 lui-même dans le second cas à savoir celui de risques de conséquences manifestement excessives[554]. Et s'agissant du premier cas, c'est-à-dire l'arrêt de l'exécution provisoire interdite, il est difficilement concevable d'exiger d'un plaideur d'exécuter une décision illégale et de conditionner dès lors l'examen de son recours - nécessairement justifié et fondé- à ladite exécution.

---

[552] MARTIN R., « Les détournements de la procédure judiciaire », *RTD civ*. 2007, 723 qui à propos de cette nouvelle règle analyse : « *C'est une restriction à l'accès du citoyen à la justice, et comme telle une restriction à une liberté fondamentale. L'Etat de droit recule* ».

[553] STRICKLER Y., *op. cit.*

[554] L'article 526 permet au juge d'écarter la radiation pour absence d'exécution de la décision frappée d'appel, s'il lui apparaît que « l'exécution serait de nature à entraîner des conséquences manifestement excessives ou que l'appelant est dans l'impossibilité d'exécuter la décision ».

Ainsi, est-il quasiment impensable que le premier président ou le conseiller de la mise en l'état, chargé de prononcer la radiation[555], puisse accéder à la demande de radiation dès lors que, qu'il résultera des moyens de l'appelant que l'inexécution est motivée par le fait que l'exécution provisoire ordonnée est illégale parce qu'interdite par la loi.

Par suite la procédure de radiation prévue à l'article 526 du code de procédure civile ne peut s'appliquer en cas de demande d'arrêt de l'exécution provisoire ordonnée.

Le même constat se fait en ce qui concerne la demande d'arrêt de l'exécution provisoire de droit.

Le cas de l'exécution provisoire de droit. Le débiteur peut demander l'arrêt de l'exécution provisoire dans les trois cas suivants : en cas de violation manifeste du principe du contradictoire, de l'article 12 du code de procédure civile et enfin de risques de conséquences manifestement excessives.

Cette attitude du législateur qui a consisté à revenir sur la règle de « non-ingérence »[556] du premier président est salutaire et pour cause, on comprend difficilement comment une décision qui viole le principe du contradictoire ou l'article 12 du code de procédure civile c'est-à-dire une décision caractérisée par une méconnaissance par le juge de son office ou de ses pouvoirs, puisse acquérir la force exécutoire[557]. Cette situation était d'autant injustifiable que le principe du contradictoire, élément le plus prépondérant des droits de la défense et l'office du juge sont deux des piliers incontournables du procès civil. Cette disposition constitue une belle avancée des droits de la défense en matière de droit au recours.

C'est aussi pourquoi il est impensable que dans ces deux cas[558], le législateur ait voulu imposer au débiteur l'exécution de la décision sous peine de radiation de la procédure d'appel.

Par suite, il est aisé d'affirmer que l'article 526 du code de procédure civile ne devrait normalement pas trouver application dans le cas de demande par le débiteur de l'arrêt de l'exécution provisoire. Dès lors, le droit pour ce dernier d'obtenir un arrêt de l'exécution

---

[555] L'alinéa 1re de l'article 526 fait obligation au juge de la radiation, de requérir préalablement à sa décision les observations de l'appelant.
[556] V. pour cette expression, STRICKLER Y., *op. cit*.
[557] Comme l'écrit à juste titre le professeur CROZE à propos de l'article 12 du code de procédure civile, ce texte vise : « une faute de comportement du juge, une méconnaissance de son office ou de ses pouvoirs » CROZE cit. par STRYCKLER Y. *op. cit.*
[558] L'hypothèse de l'arrêt de l'exécution provisoire susceptible d'entraîner des conséquences manifestement excessives ayant été examinée

provisoire le temps que ses griefs contre la décision exécutoire ne soient examinés par un juge est intact.

Conclusion chapitre I :

Ces anomalies des actes juridiques privés exécutoires en comparaison aux attributs du modèle parfait du titre exécutoires ne sont pas les seules particularités critiquables de cette catégorie de titre exécutoire en comparaison aux autres titres exécutoires. Ces titres présentent en effet d'autres particularités critiquables. Celles-ci sont cette fois-ci liées aux fondements de cette catégorie de titres exécutoire.

CHAPITRE II :

La critique des fondements des actes juridiques prives exécutoires

234. Notion de fondement juridique-. Le fondement d'un mécanisme ou d'une règle juridique est l'élément essentiel qui lui accorde sa légitimité en tant qu'élément appartenant à un ordre juridique donné. Il s'agit d'une règle elle-même juridique qui se retrouve sur un pallier plus haut sur la pyramide des normes que celle qui en tire sa légitimité. Il en est ainsi parce que ledit fondement aura été auparavant déclaré conforme à d'autres normes supérieures. Par conséquent, les fondements d'un mécanisme ou règle juridique qui ne respectent pas ce principe prêtent flanc aux critiques. C'est le cas des fondements de l'acte juridique privé exécutoire.

235. Caractères critiquables-. Les auteurs qui défendent la thèse de l'attribution de la force exécutoire à un acte juridique privé lient certains des fondements de ce mécanisme à l'acte lui-même (Section I). Or ceux-ci sont clairement impropres à fonder ce mécanisme. D'autres se trouvent en dehors de la sphère juridique et sont liés à l'économie (Section II). Le caractère critiquable de ces derniers est donc incontestable.

SECTION I : Les fondements liés à l'acte

236. Division.- Ces fondements sont ceux liés à l'acte en tant qu'*instrumentum* d'une part et en tant que *negocium* d'autre part. Les fondements tirés de l'*instrumentum* sont essentiellement organisés autour des qualités parfois supposées de l'officier instrumentaire (Sous-section I).

Quant aux fondements liés au négocium, ils partent du postulat erroné selon lequel l'accord librement négocié des parties doit trouver exécution. Les tenants de la thèse de l'attribution de la force exécutoire à l'acte juridique privé soutiennent ainsi l'idée d'un consensus exécutoire (Sous-section II).

Sous-section I : Les qualités de l'officier instrumentaire

237. Division.- Deux attributs de l'officier instrumentaire sont ici mis en avant : il s'agit du pouvoir d'authentification de l'officier –notaire, huissier, greffier ou juge- qui établit le titre (A), mais aussi des qualités intrinsèques de ce dernier (B).

A- La qualité d'authentificateur

Ce qui est mis en avant ici, c'est d'une part la conséquence attachée à l'authentification à savoir la force exécutoire et d'autre part la qualification de service public.

Or force est de constater que ce rattachement de la force exécutoire à l'authentification n'a aucune justification juridique (1). Par ailleurs s'agissant de la qualification de service public, il sied de faire remarquer que cet argument a été avancé uniquement au sujet de l'office notarial, alors même que la qualification de service public à l'égard de l'activité notariale est de plus en plus contestable (2).

1- Le rattachement injustifié de la force exécutoire à l'office d'authentification

Le rattachement de la force exécutoire à l'office d'authentification a été opéré aussi bien pour l'authentification extrajudiciaire (a) que pour l'authentification judiciaire (b).

a- L'authentification extrajudiciaire

L'authentification extrajudiciaire est celle qui n'est pas faite par un juge. Sont ici concernés l'acte notarié (a-1), l'acte dressé par l'huissier de justice ou le greffier en cas de chèque impayé (a-2).

a-1) Les actes notariés

238. La thèse de justification de la force exécutoire de l'acte notarié par son caractère d'authenticité-. Plusieurs auteurs justifient la force exécutoire de l'acte notarié par la qualité d' « officier public »[559] attribuée au notaire. Ce qui se traduit par plusieurs affirmations qui brillent par leur ressemblance mais surtout par leur caractère péremptoire. Ainsi, le Professeur Laurent AYNES lors de son entretien accordé à la Semaine juridique en qualité de Président des travaux de la commission sur l'authenticité dont le rapport a été rendu le 25 septembre 2013 déclarait : « parce qu'il émane d'une autorité publique, l'acte authentique peut comporter la force exécutoire »[560].

La force exécutoire de l'acte notarié authentique serait donc le corollaire de l'authenticité. Un auteur affirmait que : « la force exécutoire qui est indissociable ou inséparable de la force probante, trouve son fondement dans l'authenticité de l'acte »[561]. Cette affirmation s'inscrit dans un courant de pensée qui plonge ses racines dans les travaux ayant présidé à l'élaboration de la loi du 25 ventôse.

194. Les origines de cette thèse-. Dans sa présentation conjointe avec JAUBERT et REAL aux corps constitués – Conseil d'ETAT, Tribunat, et Corps législatif- de la loi du 25 ventôse, M.

[559] V. sur la substitution de l'expression d' « officier public » à celle de « fonctionnaire public » anciennement utilisée, A. MOREAU, *Le notaire dans la société française d'hier à demain*, éd ECONOMICA 1999, p. 54

[560]« On aura toujours besoin d'une autorité de vérification sur laquelle les parties, les tribunaux et les tiers puissent s'appuyer » Entretien par Laurent AYNES, *JCP G,* n° 42, 14 Octobre 2013, 1066

[561] J. BEAULNE, « Problématiques spécifiques afférentes à la force exécutoire de l'acte notarié, in N. KASIRER et P. NOREAU (dir.), Sources et instruments de justice en droit privé, Éditions Thémis, Montréal, 2002, qui s'interrogeait : , p. 459 ou encore J.-L. LEDOUX et K. BROECKX, « La force exécutoire de l'acte notarié » in *Le notaire, votre partenaire, aujourd'hui et demain*, Journées notariales 1992, Louvain-la-Neuve, Académia-Bruylant, 1992, p. 167 et s. qui estime que : « *l'engagement pris devant le notaire présente un tel caractère de certitude qu'il est inutile d'obliger le créancier à former une demande en justice en vue d'obtenir un titre exécutoire* »

FAVART déclarait : « le notaire exerce une partie de l'autorité de la justice et ce qu'il a écrit fait la loi des parties »[562]. A la suite de cette déclaration, l'article premier de la loi ventôse définissait ainsi qu'il suit les pouvoirs du notaire : « *les notaires sont des fonctionnaires publics établis pour recevoir les actes et contrats auxquels les parties veulent donner le caractère d'authenticité attaché aux actes de l'autorité publique et pour en assurer la date, en conserver dépôt, en délivrer grosse et expédition* »[563].

239. La conclusion infondée des auteurs de cette thèse-. Force est de constater que si cette disposition précise à juste titre que « *l'authenticité est attachée aux actes de l'autorité publique* », elle n'en a ni clairement déduit le pouvoir pour le notaire de délivrer la « grosse » des actes et contrats ainsi reçus, ni expliqué le fondement de ce pouvoir. Mais qu'importe, la plupart des auteurs[564] ont préféré reprendre en boucle l'affirmation selon laquelle la force exécutoire est un corollaire de l'authenticité plutôt que de se poser la question fondamentale de savoir s'il existe un lien juridique entre l'authenticité et la force exécutoire.

240. L'absence de lien juridique entre l'authenticité et la force exécutoire-. En précisant que l'authenticité est attachée aux actes de l'autorité publique, le législateur a été on ne peut plus convaincant. En effet, l'authenticité est ce mécanisme juridique imaginé par la puissance publique pour sécuriser les relations privées. Il consiste pour la puissance publique, à désigner des « témoins publics » chargés en son nom, d'assister ès qualité, aux actes et contrats signés entre les personnes privées, pour ensuite en attester de la véracité devant elle. Il s'agit de délégataires de puissance publique dont la présence à un acte ou à un contrat, confère à celui-ci une force de vérité d'avoir été fait et dit comme il y a été mentionné.

Ceci évite une remise en cause trop facile devant l'autorité publique des actes et contrats passés entre les personnes privées, puisque ceux-ci ont été passés devant son délégataire qui en atteste comme tel. Sur ce dernier point, c'est-à-dire ce qu'il convient d'appeler « fonction sécuritaire de l'authenticité » que certains auteurs qualifient de « rôle social de la force exécutoire », l'utilité du mécanisme d'authenticité ne laisse subsister aucun doute. Dès lors, il convient

---

[562] A. MOREAU, *Le notaire dans la société française d'hier à demain*, éd ECONOMICA 1999, p. 61

[563] V. pour une reprise de la même règle par l'Ordonnance n° 45-2590 du 2 novembre 1945 relative au statut du notariat avec toutefois le remplacement du thème « fonctionnaires publics par officier publics ».

[564] V. notamment G. KAEUFLING, fonctions publiques et sociales du notariat, Rapport, Thème I, Congrès de Berlin 1995, in Rapports officiels du notariat français, p. 13 et s.; G. ROUZET, *Précis de déontologie notariale*, Presses universitaires de Bordeaux, 1991, selon lequel, p. 13 ; L. RAUCENT, *Fonction et statuts des notaires*, 3e éd., T 1, Louvain-la-Neuve, Académia-Bruylant, 1988, spéc. p. 41 et 42 où l'auteur se contente de rappeler que la loi ventôse reconnais à l'acte notarié la force exécutoire ; P. PERRET, *La force exécutoire de l'acte notarié*, mémoire de fin de stage, Diplôme supérieur du notariat, Centre de formation professionnel notariale de Lyon/Clermont-Ferrand, 22 sept. 1992, p. 153

d'approuver l'affirmation selon laquelle « la notion d'authenticité repose sur une sécurité sociale, celle pour les parties d'avoir un moyen de constater une fois pour toute leurs droits sans être obligées de faire plus tard la preuve de leur preuve »[565]. Au demeurant, il importe de souligner que c'est à ce seul et unique rôle qu'est cantonné l'office du public notary anglo saxon[566].

Mais tirer de cette utilité la justification du caractère exécutoire de l'acte ainsi reçu, comme le font beaucoup d'auteurs, ne paraît pas logique. Il a pu être ainsi écrit : « exorbitante, la force exécutoire de l'acte authentique trouve pourtant sa justification dans son utilité pour la société »[567]. En clair, le fait que la force exécutoire de l'acte authentique permet de dissuader le débiteur de remettre en cause ses constatations, serait le fondement juridique de son caractère exécutoire !

Est-il normal d'expliquer la cause par l'effet ? Qui plus est, dans une discipline comme le droit où toutes les règles ont vocation à être conformes à une norme supérieure selon la doctrine du positivisme brillamment défendue par Hans KELSEN[568] et devenu depuis, l'un des piliers incontournables du système de droit romano-germanique, système duquel se réclame aussi bien le droit français que le droit OHADA. Dit autrement, une règle juridique doit tirer son fondement de principes juridiques clairement établis, eux-mêmes tenus pour conformes aux normes supérieures constituant les piliers d'un système de droit. Et la règle de la force exécutoire de l'acte authentique ne doit pas être tenue à l'écart de ce principe.

En vérité, les tenants de la thèse de la force exécutoire de l'acte authentique essaient de prouver la cause par l'effet, simplement parce qu'aucun principe juridique ne saurait fonder ce mécanisme. Le caractère authentique d'un acte ne peut entrainer de *facto* son caractère exécutoire. Tout au plus, est-il permis de soutenir que les constatations de l'acte authentique méritent d'être exécutées pour autant que le débiteur, postérieurement à sa signature n'ait eu contre celui-ci un grief. Dans cette hypothèse, le pouvoir de conférer force exécutoire à l'acte reçu pourrait se justifier. Toutefois, il convient ici de distinguer deux cas : celui dans lequel le débiteur s'exécute volontairement et celui dans lequel l'exécution n'est pas volontaire. Seule le

---

[565] J.-L. MAGNAN, *Le notariat et le monde moderne*, Paris, L.G.D.J. 1979, p. 149

[566] En ce sens, v. MOREAU A. *La magistrature de prévention ou le notaire agent de protection des droits de l'homme*, France édition 2004, p. 87

[567] Alain BENARD, « La force exécutoire : l'acte authentique comme instrument de déjudiciarisation » in N. KASIRER et P. NOREAU (dir.), Sources et instruments de justice en droit privé, Éditions Thémis, Montréal, 2002, p. 523

[568] KELSEN H., *Théorie pure du droit*, LGDJ, coll. *La pensée juridique*, 1999

second cas pourrait justifier l'attribution de la force exécutoire à l'acte authentique, puisque dans le premier cas, cette attribution n'a aucune importance du fait de l'exécution volontaire.

En revanche, dans l'hypothèse où le débiteur disposerait postérieurement à l'établissement de l'acte, de griefs motivés par de moyens sérieux, il est juridiquement inexplicable que ce dernier puisse bénéficier dès sa création de la force exécutoire. C'est en cela qu'il n'est pas juste d'affirmer : « *pourquoi le créancier serait-il contraint, malgré le fait qu'il ait en main un document authentique faisant foi des obligations de son débiteur, de s'adresser à un tribunal pour faire reconnaître son droit à l'exécution ? Il ne faut pas oublier le sens étymologique du mot « authenticité » c'est-à-dire « qui agit par lui-même ». C'est donc dans ce contexte très particulier que vient s'insérer la question de la force exécutoire de la convention notarié* »[569].

Par suite, l'attribution de la force exécutoire à l'acte authentique dès sa création ferme au débiteur désigné dans l'acte toutes possibilités de recours pouvant permettre à ce dernier de soumettre lesdits griefs à l'examen d'un juge, toutes choses contraires à certains principes fondateurs du système de droit romano-germanique dont se réclame aussi bien le droit français que le droit OHADA.

Au résultat, le lien de droit entre authenticité et la force exécutoire n'est pas établi, pas plus donc que celui entre la qualité d'officier public et la force exécutoire de l'acte qu'il établit.

a-2) L'acte dressé par un huissier ou par un greffier en cas de chèque impayé

241. Le pouvoir de dressé des titres exécutoires fondé sur la qualité d'officier public de l'huissier de justice ou du greffier en droit OHAADA.- Le caractère authentique du constat de non-paiement-. Le pouvoir pour ces officiers publics d'établir un titre exécutoire dans les conditions ci-dessus exposées est en réalité intimement lié à la qualité d'officier public de ceux-ci.

[569] J. BEAULNE, *op. cit*. p. 455

S'agissant de l'acte établi par un huissier de justice, une jurisprudence constante depuis 1932 pose d'une part le principe selon lequel : « *un huissier, agissant en vertu d'une délégation de la loi pour l'exécution d'un acte entrant dans ses attributions, imprime à son acte le caractère authentique* »[570]. Et puisque le pouvoir de dresser le constat de non-paiement lui est délégué par la loi[571], l'acte ainsi dressé peut être qualifié d'acte authentique.

D'autre part, il est allégué, que le pouvoir reconnu au notaire par l'Ordonnance n° 45-2590 du 2 novembre 1945 relative au statut du notariat en son article premier de délivrer une copie exécutoire des actes qu'il a reçu et auxquels les parties veulent donner le caractère d'authenticité, est aussi reconnu à l'huissier de justice. Il a notamment été expliqué que : « *Les notaires, en effet (tout comme les huissiers de justice), sont des «officiers publics établis pour recevoir tous les actes et contrats auxquels les parties doivent ou veulent faire donner le caractère d'authenticité attaché aux actes de l'autorité publique et pour (...) en délivrer des grosses et expéditions» (Ord. n° 45-2590 du 2 nov. 1945, art. 1er)* »[572].

La même argumentation peut être faite au sujet du pouvoir reconnu au greffier en droit U.E.M.O.A pour délivrer un titre exécutoire en matière de chèque impayé.

242. L'absence de lien juridique entre l'authenticité du constat de non-paiement et son caractère exécutoire-. Comme exposé ci-dessus dans l'hypothèse de l'acte notarié, que l'huissier de justice ou le greffier en droit U.E.M.O.A reçoive une délégation de la loi pour authentifier le non-paiement ne pose aucun problème. En revanche, ce qui est injustifiable est la conséquence qu'attache la loi à cette authentification à savoir, le caractère exécutoire de l'acte ainsi créé. En effet, aucun lien juridique ne peut être établi entre l'authentification par un officier sur délégation de la loi et le caractère exécutoire à l'acte ainsi établi.

Par suite, la démarche du législateur aussi bien français qu'U.E.M.O.A ayant consisté à reconnaître, pour le premier le pouvoir à un huissier de justice et pour le second, en plus de l'huissier de justice à un notaire ou à un greffier, d'établir un titre exécutoire dans les conditions ci-dessus exposées est parfaitement inconséquente. Cette inconséquence est d'autant plus inexplicable que la loi n'impose pas que l'établissement dudit titre se fasse contradictoirement !

Les mêmes problèmes se posent s'agissant de l'authentification judiciaire.

[570] Civ. 25 juill. 1932 : S. 1933. 1. 8
[571] Article L. 111-3 n° 5 du code de procédure civile d'exécution
[572] Commentaire sous l'article L. 111-3 du code de procédure civile d'exécution

b- L'authentification judicaire

243. Les accords concernés-. L'authentification judiciaire concerne tous les titres où le juge constate ou homologue l'accord des parties sans faire œuvre juridictionnelle. C'est le cas du procès-verbal de conciliation signé des parties et du juge, de l'accord des parties intervenu en cours d'instance ou en dehors de toute instance, à la suite d'une conciliation, d'une médiation et d'une procédure participative.

244. La force probante d'un jugement-. L'article 457 du code de procédure civile français dispose que : « *le jugement a la force probante d'un acte authentique, (...)*». Et les faits bénéficiant de l'authenticité sont ceux que : « *le juge y a énoncés comme les ayant accomplis lui-même ou comme ayant eu lieu en sa présence* »[573]. C'est sans doute à ce titre qu'aussi bien le procès-verbal de conciliation signé du juge et des parties en tant que jugement – jugement de donné acte- ainsi que les autres accords homologués bénéficient de l'authenticité. De sorte que les mentions qui en bénéficient valent jusqu'à inscription de faux. D'ailleurs à cet égard, un auteur affirmait : « *sont également authentiques : les procès-verbaux dressés par les juges dans l'exercice de leurs fonctions, particulièrement les procès-verbaux de conciliation* »[574].

Toutefois, il convient de relever que cette règle ne se justifie que pour des besoins probatoires. Et le mécanisme qui a consisté à en déduire le caractère exécutoire desdits actes est juridiquement illogique pour les mêmes raisons que celles évoquées pour l'acte notarié exécutoire.

245. L'office du juge identique à celui d'un notaire authentificateur-. En vérité, le législateur a entendu appliquer à ces actes le même régime que celui appliqué aux actes authentiques notariés. Cette démarche peut se justifier d'un point de vue purement formel, car le juge joue ici le même rôle que le notaire.

246. L'absence de lien entre l'authentification judiciaire des actes et leur force exécutoire-. Le mécanisme d'attribution de la force exécutoire aux actes juridiques privés authentifiés par le juge reste parfaitement impertinent d'un point de vue purement juridique pour les mêmes raisons que celles invoquées en matière d'acte notarié.

---

[573] Com. 16 juill. 1980: *Bull. civ. IV, n° 298*

[574] J-L.MOURALIS, « Preuve (1° modes de preuve) », *Rép. Dr. civ*. janvier 2011 (dernière mise à jour : mars 2013), n° 27

Cette impertinence est d'autant plus incompréhensible qu'il est constant en jurisprudence que : « *l'authenticité conférée aux déclarations des parties ne s'attache qu'à une narration littérale ou brute que fait le juge et ne s'étend pas à leur interprétation, à leur reformulation ou à leur portée, éléments qui ressortent du pouvoir d'appréciation du juge* »[575]. Ce qui emporte comme conséquence que le fait pour le juge d'avoir reçu ces actes, n'atteste pas de la vérité légale de certaines de ces mentions, comme c'est le cas par exemple du consentement. Par suite, il n'est pas compréhensible que ces derniers puissent acquérir la force exécutoire.

En résumé, la justification de la force exécutoire de certains actes juridiques privés par la qualité d'authentificateur des officiers qui les reçoivent n'emporte pas approbation, pas plus que celle de la qualification de service public attribuée en particulier à l'activité notariale.

2- La qualification de service public de l'activité notariale sujette à caution

247. L'activité notariale fondée sur une délégation service public[576].- Il s'agit en réalité de l'application du critère matériel de qualification de service public[577]. Selon ce critère, une activité, même exercée par une personne ou un établissement privé, est qualifiée de service public, dès lors que la personne ou l'établissement justifie d'une délégation de service public[578].

248. L'activité notariale incompatible avec le principe de l'égalité devant le service public.- Toutefois, tout service public, quel qu'il soit, est soumis à certains principes fondamentaux de fonctionnement que ce sont : la continuité, l'adaptation, l'égalité et la neutralité du service public. Parmi ces principes, l'application du principe d'égalité devant le service public semble pose problème dans le cadre de l'activité notariale.

En effet, le principe de l'égalité devant le service public veut que les usagers du service public placés dans des situations identiques bénéficient de prestations identiques[579]. Or il a été démontré qu'un risque de partialité est consubstantiellement lié à l'activité notariale. Ce risque induit indubitablement à son tour un risque de violation de l'égalité des usagers - les clients du notaire- devant service public notarial. Car, un traitement impartial de deux clients du notaire

[575] Versailles, 9 juill. 1992: *D. 1992. IR 22*
[576] J. Tarrade, « Entretien : acte authentique », *JCP N*, n° 41, octobre 2013 affirmant que : « le fondement de l'authenticité est dans le droit public, il s'agit d'une délégation de service public (…) »
[577] V. G. CORNU Association Henri Capitant, *Vocabulaire juridique*, *op. cit*., p. 958-959
[578] V. sur les modalités de création et de suppression des services publics, Ph. FOILLARD, *Droit administratif*, éd. LARCIER, 3e éd. 2014, p. 260 et s.
[579] CE Sect., 9 mars 1951, Société des concerts du Conservatoire, n° 92004, *Recueil Lebon*. p. 151, *GAJA* (Grands arrêts de la jurisprudence administrative), n° 67

dans le cadre de la réception de leur accord conduirait sans conteste à une rupture de l'égalité de ces derniers devant le service public notarial.

En principe, la violation d'un des principes de fonctionnement du service public affecte l'acte entaché d'une illégalité justifiant son annulation dans le cadre d'un recours pour excès de pouvoir devant le juge administratif. L'existence de ce recours en illégalité aurait suffi pour corriger les éventuelles ruptures d'égalité devant le service public notarial s'il ne s'était agi d'un risque consubstantiel à l'activité notariale.

249. La conventionalité et la constitutionnalité de l'activité notariale sujette à caution.- Ce risque consubstantiel de violation du principe d'égalité des clients du notaire devant le service public notariale pose la question de la constitutionnalité et de la conventionalité de la délégation du service public au notaire, le principe d'égalité étant un droit fondamental reconnu et protégé aussi bien par la constitution française, la Convention européenne des droits de l'homme et la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples. Dès lors la qualification de service public de l'activité notariale reste sujette à caution.

B- Les qualités intrinsèques

250. Des qualités attribuées aux seuls notaires-. Ce fondement a été avancé à l'égard des seuls notaires. En effet, c'est sans doute dans une tentative de justification de l'absence criante de garanties qui caractérise la procédure d'authentification que conduit cet officier public et ministériel, que certaines qualités intellectuelles lui ont été prêtées. Mais celles-ci ne sauraient guère constituer des justifications recevables de son pouvoir de création de titres exécutoires (1), pas plus que ne le sont d'ailleurs les qualités morales qui lui ont été reconnues dans le même dessein (2). Tel ne sont pas les cas du juge ou de l'huissier –le greffier en droit U.E.M.O.A.-.

251. Exclusion des cas du juge, de l'huissier ou du greffier en droit OHADA-. L'office du juge est entouré d'un ensemble de garanties de sorte que les questions de ses qualités intellectuelles ou morales ne se posent nullement. S'agissant de l'huissier de justice ou du greffier, la nature même de leur office ne nécessite pas de garanties particulières. Les seules garanties nécessaires –déjà évoquées-, sont celles liées à la nécessité de permettre au débiteur de contester l'acte fondamental à l'origine de la délivrance du chèque avant l'établissement du constat exécutoire. Pour ce qui est de son office même, à savoir le constat de non-paiement, il lui est juste demandé de dresser procès-verbal de ce qu'un témoin privilégié –la banque- atteste

déjà. Par conséquent, l'exigence de qualités intrinsèques particulières autres que celles auxquelles il doit sa charge n'aurait aucune pertinence.

1- La déduction injustifiée de garanties des qualités intellectuelles de l'officier

252. Division.- Les tenants de la thèse de l'attribution de la force exécutoire à un acte juridique privé déduisent du devoir d'information et de conseil du notaire un certain nombre de garanties (a) qui à l'analyse se révèlent insuffisantes (b).

a- Les garanties déduites du devoir d'information et de conseil

253. Exposé des arguments des tenants de la thèse de la force exécutoire tirés du devoir de conseil-. D'après les tenants de la thèse de la force exécutoire de l'acte notarié, le devoir de conseil du notaire instrumentaire assurent l'efficacité de l'acte qu'il instrumente et donc sa validité[580]. Et si la validité de l'acte reçu par le notaire n'est pas susceptible d'être remise en cause, celui-ci peut en conséquence acquérir de la force exécutoire[581].

D'ailleurs, à ce propos, le rapport récemment publié sur l'authenticité réalisé sous la direction du Professeur AYNES précisait que le contrôle lourd réalisé par le notaire garantit la validité de l'acte instrumenté[582]. Cette position est relayée et partagée par un autre auteur qui affirme : « *le devoir pour le notaire de garantir l'efficacité juridique de l'acte (…) suppose la validité de l'acte instrumenté et la satisfaction du but poursuivi par les parties* »[583]. Mais une relation d'équivalence logique peut-elle être établie entre le devoir de conseil et la validité de l'acte notarié ? Pour répondre à cette question, il sied de procéder à un exposé-analyse de cette obligation.

254. Le devoir de conseil du notaire-. Le devoir de conseil du notaire trouve sa source doctrinale dans le projet présenté par le conseiller Réal ayant abouti à la loi ventôse. Ce dernier déclarait notamment : « *les notaires ont également pour mission de renseigner leurs clients sur les conséquences des engagements qu'ils contractent* »[584]. Cette obligation fût confirmée par la jurisprudence dès la fin du XIXe siècle[585], et a traversé le temps jusqu'à nos jours. De sorte

[580] V. sur cette déduction, J.-F. PILLEBOUT et J. YAIGRE, Droit professionnel notarial, éd. LexisNexis, 9e éd. 2012, n° 543, p. 115
[581] V. sur le lien entre le devoir de conseil et la force exécutoire J.-L. Aubert, *La responsabilité civile des notaires* : Defrénois, 5e éd., 2008, p. 18, p. 23
[582] Commission de réflexion présidée par le Professeur L. AYNES, *L'authenticité*, La documentation française, septembre 2013, n° 60, p. 90 et s.
[583] M. MEKKI, « Retour vers le futur de l'acte authentique ! » : *JCP G* 2013, act. 1064, p. 1877
[584] Id., n° 539, p. 114 citant le Conseiler Réal.
[585] Cass. req., 22 janv. 1890 et 6 Août 1890 : DP 1891, 1, p. 195

qu'aujourd'hui, le règlement national du notariat définit le notaire comme : « *le conseil des personnes physiques ou morales de droit privé et de droit public* »[586].

S'agissant de l'obligation d'information, la jurisprudence insiste sur le fait que le notaire est « *professionnellement* tenu d'informer et d'éclairer les parties »[587]. Cette obligation impose donc au notaire d'informer les parties et de les éclairer sur les risques afférents aux opérations qu'elles projettent y compris leur déconseiller les opérations qui lui paraissent comporter des risques trop importants[588]. Mais le rôle du notaire ne s'arrête pas à la simple mise en garde. Ce dernier doit prodiguer aux parties des conseils.

Le devoir de conseil s'entendrait de l'obligation du notaire de fournir aux parties des « solutions juridiques qui sont susceptibles d'anéantir ou d'amoindrir le risque encouru »[589]. Aussi, a-t-on pu affirmer que le notaire instrumentaire est tenu à une obligation d'efficacité de l'acte établi[590]. Ces analyses s'appuient sur la jurisprudence qui considère que le notaire a l'obligation d'avertir une banque des risques d'annulation d'un cautionnement[591], l'acquéreur d'immeuble du défaut d'achèvement des travaux[592], vérifier l'adéquation de la règlementation sur l'urbanisme avec le projet de l'acquéreur[593]. Par ailleurs, la responsabilité d'un notaire a été retenue pour n'avoir pas attiré l'attention de l'acquéreur sur la caducité du permis de construire ayant rendu le terrain acquis inconstructible[594].

Par ailleurs pour mettre en exergue la garantie qu'emporte le devoir de conseil quant à l'efficacité de l'acte instrumenté, les auteurs insistent sur le domaine du devoir de conseil du notaire.

255. Le devoir de compétence du notaire-. Il consisterait dans le fait que le notaire a l'obligation de connaître l'état du droit positif au moment où il instrumente et que ses conseils

[586] REGLEMENT NATIONAL/REGLEMENT INTER-COURS Approuvé par arrêté de M. le Garde des Sceaux, Ministre de la justice et des libertés en date du 22 juillet 2014 (J.O. du 1re août 2014), I- « Principes de déontologie, le notaire », alinéa 2.
[587] Cass. 1re civ., 3 avr. 2007, n° 06-12.831, FS-P+B : Jurisdata n° 2007-038320 : JCP N 2007, n° 17, act. 335.
[588] V. en ce sens M. LATINA, « Le notaire et la sécurité juridique », *JCP N* 2010, n° 22 et s.
[589] Idem, n° 24
[590] J.-L. Aubert, op. cit. , p. 111, spéc. n° 88 où l'auteur précise : « Tenu d'assurer une intervention efficace, le notaire ne doit pas seulement garantir que l'acte instrumenté par ses soins atteindra l'objectif poursuivi ; il doit aussi veiller à ce que cet objectif soit bien adéquat à la satisfaction des besoins des parties » ; V. aussi, J.-F. PILLEBOUT et J. YAIGRE, op. cit., n° 540
[591] Cass. civ., 29 févr. 2000 : *JurisData* n° 1987-002083
[592] Cass. civ., 18 mars 2003 : *JurisData* n° 2003-018508
[593] CA Paris, 1re ch. A, 31 janv. 2000 : *JurisData* n° 2003-018141
[594] Cass. 1re civ., 12 nov. 1987 : JurisData

doivent tenir compte des évolutions dont les prémisses sont d'ores et déjà esquissées en jurisprudence[595].

Aussi, les tenants de la thèse de l'attribution de la force exécutoire à l'acte notarié dès sa création font valoir le caractère absolu[596] du devoir de conseil.

256. Le caractère « absolu » du devoir de conseil-. Le caractère absolu du devoir de conseil du notaire résulterait du fait que le notaire soit tenu au devoir de conseil, quel que soit ses rapports avec les parties –client ou non de son office-, et les compétences de celles-ci – professionnels ou non, assisté ou non par un autre professionnel-. Cette règle vient d'être confirmée dans un récent arrêt de la Cour de cassation qui a censuré une cour d'appel qui avait refusé d'engager la responsabilité d'un notaire pour n'avoir pas délivré des conseils à une SNC, partie à l'acte dressé aux motifs que le notaire : « était le conseil de [son cocontractant] et non celui de la SNC »[597].

Au résultat, les tenants de la thèse de l'attribution de la force exécutoire à l'acte notarié dès sa création tiennent argument du devoir de compétence du notaire ainsi que d'un hypothétique « caractère absolu » de son devoir de conseil pour gager de la validité de l'acte qu'il instrumente, et partant de la pertinence du mécanisme de l'attribution a *priori*[598] de la force exécutoire à l'acte instrumenté. Or force est de constater que cet argument souffre d'insuffisances.

257. Les insuffisances de l'argument de validité de l'acte notarié tiré du devoir de conseil-. Deux types d'insuffisance peuvent être opposés à cet argument. D'abord il convient de souligner que l'existence d'une obligation légale n'entraine pas de *facto* une bonne exécution

---

[595] M. LATINA, « Le notaire et la sécurité juridique » (2nde partie), *JCP N* 2010, n° 3 et s. ; V. en jurisprudence : Cass. 1re civ., 25 nov. 1997 : *D*. 1998, *IR*. p. 7 ; *RTD* civ. 1998, p. 367, obs. J. Mestre ; *AJDI* 1999, p. 44, obs. G. Teilla ; Bull. civ. 1997, I, n° 328 ; RTD civ. 1998, p. 210, obs. N. Molfessis pour ce qui concerne la connaissance de l'état du droit positif et Cass. 1re civ., 7 mars 2006 : JurisData n° 2006-032548 ; *RTD civ*. 2006, p. 521, obs. P. Deumier ; *RTD civ*. 2006, p. 580, obs. P.-Y. Gautier ; *RTD civ*. 2007, p. 103, obs. J. Mestre et B. Fages ; *D*. 2006, p. 2894, note F. Marmoz ; *Defrénois* 2006, art. 38397, n° 14, obs. B. Gelot ; *JCP N* 2006, n° 24, 1217, obs. F. Buy ; *Bull. civ*. 2006, I, n° 328 pour ce qui concerne l'exigence de prise en compte des évolutions jurisprudentielles déjà en germe lors de l'établissement de l'acte.

[596] V. sur l'usage de cette expression, J.-F. PILLEBOUT et J. YAIGRE, op. cit., n° 541

[597] Cass. 1re civ., 15 mai 2007, n° 06-15.318, F-P+B : *JurisData* n° 2007-038870 ; *Bull. civ*. 2007, I, n° 189 ; *JCP N* 2007, n° 24, 450 et déjà Cass. 1re civ. 28 nov. 1995 : *JurisData* n° 1995-003593 ; Cass. 1re civ., 19 mai 1999 : *JurisData* n° 1999-001935 ; *Defrénois* 1999, n° 23, p. 1339, obs. J.-L. AUBERT ; Cass. 1re civ., 12 juill. 2005 : *JurisData* n° 2005-029595 ; Cass 1re civ., 13 déc. 2005 : *JurisData* n° 2005-031270. V. aussi sur l'évolution ayant conduit à ce principe C. BIGUENET-MAUREL, *Le devoir de conseil des notaires*, thèse Toulouse, éd. DEFRENOIS 2006, n° 103 et s.

[598] C'est-à-dire dès l'établissement de l'acte sans attendre que celui-ci ne révèle ses éventuels vices avec le temps.

de celle-ci. D'autant qu'en l'occurrence, la bonne exécution desdites obligations est elle-même tributaire des qualités intrinsèques de chaque débiteur de celle-ci. De sorte que, gager de l'exécution irréprochable et donc de la validité de tous les actes instrumentés par tous les notaires, reviendrait à gager de la compétence et des qualités morales de la totalité des notaires. Or une pareille proposition ne saurait avoir valeur de vérité et pour cause, le devoir de compétence ne peut être synonyme de compétence de tous les notaires d'une aire géographique considérée.

C'est du moins ce que laisse à penser les éléments de cette obligation de compétence : une parfaite connaissance du droit positif en vigueur ainsi que des évolutions jurisprudentielles en germe ! Il s'agit là de connaissances juridiques approfondies à la limite de celle exigées des universitaires enseignants de droit, connaissances qu'il n'est pas sérieusement envisageable de prêter à la totalité des notaires.

Dans ces conditions, les erreurs dues à des méconnaissances de la règle de droit ou à l'incapacité d'anticipation des évolutions jurisprudentielles ne sont pas à exclure. D'ailleurs, à ce propos, un auteur écrivait en 1999 que les fautes ou erreurs techniques ne concernaient annuellement qu'environ 2000 actes notariés sur 4 millions[599]. Mais est-il convenable de se satisfaire d'une prétendue « faible » proportion du nombre d'actes notariés erronés ? Ne faut-il pas au contraire s'inquiéter de l'injustice dont sont victimes les débiteurs déclarés dans lesdits actes consistant dans le fait que ces derniers bien qu'injustement déclarés débiteurs n'ont d'autres choix que de subir la violence d'une mesure d'exécution tout au moins dans ses premiers effets[600] ?

La formule de GOETHE éclaire fort bien sur cette interrogation. Celui-ci indiquait préférer l'injustice d'un crime impuni au désordre d'un innocent condamné[601]. Il vaut mieux donc s'assurer qu'aucun justiciable ne se verra condamner à subir une indisponibilité de ses biens suite à une saisie pour obtenir exécution d'une obligation qu'elle ne doit pas en vérité, que d'éviter de laisser un débiteur de mauvaise foi faire du dilatoire. C'est, sans doute, animé du même souci que le Professeur CROZE précisait que : *« nul doute que l'efficacité économique*

[599] Alain MOREAU, *Le notaire dans la société française d'hier à demain*, édition Economica 1999, p. 132
[600] Il s'agit de l'indisponibilité attachée de plano à un acte de saisie et susceptible d'emporter des conséquences financières graves pour le saisi.
[601] GOETHE cit. JESTAZ Ph. *Le droit*. éd. DALLOZ, 3e éd. 1996, p. 26

trouve son compte dans le caractère exécutoire du contrat authentique, mais c'est au prix des droits de la défense et du droit à un procès équitable »[602].

Cette interrogation est d'autant plus pertinente que le caractère soi-disant absolu du devoir de conseil du notaire ne gage en rien de l'impartialité de ce dernier quant à la dispensation des conseils.

La seconde faiblesse de cet argument tient dans le fait qu'il n'existe aucun contrôle a *priori* de permettant de s'assurer de l'accomplissement irréprochable par le notaire de ses obligations de conseil avant l'attribution de la force exécutoire à l'acte qu'il établit. Or si le contrôle a *posteriori* a la vertu de permettre le dédommagement de la partie victime d'une exécution défectueuse par le notaire de son devoir de conseil, celui-ci ne saurait pour autant servir de justification au mécanisme de l'attribution de la force exécutoire a *priori*.

b- L'insuffisance des garanties déduites de la protection du devoir de conseil

258. L'engagement de la responsabilité civile du notaire pour manquement au devoir de conseil-. Les préjudices occasionnés par le manquement au devoir de conseil sont réparés a *posteriori* par l'engagement de la responsabilité civile du notaire instrumentaire[603]. Mais cette réparation a *posteriori* est-elle suffisante à garantir l'infaillibilité ou tout au moins l'efficacité du devoir de conseil ? Seule la dissuasion inhérente à la fonction prophylactique[604] de la responsabilité civile permet d'espérer que les notaires fournissent des conseils irréprochables. En revanche il n'est pas conséquent d'espérer que par sa seule existence, cette sanction empêche les insuffisances d'un notaire, de façon à garantir l'efficacité de ses conseils.

Dès lors, l'attribution de la force exécutoire à l'acte notarié dès sa création ne se justifie pas. Seul un système de contrôle a *priori* pourrait permettre de garantir l'efficacité des conseils du notaire.

Par ailleurs, il convient de faire observer que le simple fait de prévoir un mécanisme de réparation a postériori au profit de la partie à l'acte victime des mauvais conseils du notaire ne

[602] H. CROZE, « De quelques confusions entre la force exécutoire et l'autorité de la chose jugée. Petite contribution au débat sur l'acte authentique et l'acte sous signature juridique », *La Semaine Juridique Edition Générale*, n°40, oct. 2008, act.581 (Vérifier si déjà citée)

[604] V. sur cette notion M. BOURASSIN, *Droit des obligations. La responsabilité civile extracontractuelle*. éd. Archétype 82, 2e éd. 2014, n° 4, p. 3

saurait juridiquement expliquer la cause de la force exécutoire de l'acte notarié. Et même la prise en compte du principe de la réparation intégrale ne suffit pas à étayer ce mécanisme. Car il n'est pas logique de tirer argument du fait que le préjudice subi par la victime serait, quoi qu'il en soit intégralement réparé pour laisser sans solution la possibilité de voir créés des actes notariés exécutoires illégaux du fait des éventualités de mauvais conseils et donc potentiellement attentatoires aux droits fondamentaux des sujets de droit.

En effet, il est parfaitement envisageable qu'une exécution d'un acte notarié exécutoire soit à l'origine d'une cessation de paiement d'une entreprise ne serait-ce que par son effet d'indisponibilité. Il est clair que la réparation intégrale du préjudice résultant de mauvais conseils du notaire est quasiment impossible voire utopique. Il est bien évident que le « *risque de troubles manifestement excessifs* » existe ici. Dans cette hypothèse, seul l'évitement de la survenance de ce préjudice paraît plus conséquent. C'est du reste, la raison d'être en matière judiciaire de la théorie du « *risque de troubles manifestement excessives* » dont l'existence est de nature à motiver l'arrêt d'une exécution d'une décision de justice exécutoire.

D'ailleurs, la nature de la responsabilité du notaire pour manquement à son devoir de conseil fait l'objet d'une sérieuse controverse. Cette controverse est due en vérité à la nécessité d'assurer à la partie à l'acte victime des mauvais conseils, une réparation juste.

259. La controverse sur la nature de la responsabilité civile du notaire-. Deux thèses s'affrontent dans cette controverse. La thèse unitaire et la thèse dualiste. Il est à noter qu'au sein même de chaque thèse, des courants opposés s'affrontent également. A l'origine de cette controverse se trouve la diversité de l'activité notariale. Le notaire peut en effet intervenir en vertu d'un mandat, d'une gestion d'affaire. À cela il convient d'ajouter l'aspect contractuel et l'aspect statutaire[605].

La thèse unitaire. Au sein des tenants de cette thèse, il y a d'un côté ceux qui insistent sur le caractère contractuel de l'activité notariale pour faire valoir que la responsabilité du notaire doit nécessairement être contractuelle quelle que soit la tâche que ce dernier accomplit, car « *on ne saurait nier l'existence d'un contrat entre le notaire et son client, même quand l'appel au notaire est imposé par l'exigence d'un acte authentique* »[606]. Dans cette même logique, il a été mis en avant l'avantage que constitue pour la victime des mauvais conseils du notaire,

[605] V. sur ces distinctions J.-L. AUBERT, R. CRÔNE, *La responsabilité civile des notaires*, éd. DEFRENOIS, 5e éd. 2008, n° 14 et s., p. 19 et s.
[606] G. DURRY, *La distinction de la responsabilité contractuelle et de la responsabilité délictuelle*, Université McGill, 1986, n° 168

l'application des règles de la responsabilité contractuelle plutôt que celles de la responsabilité civile délictuelle qui lui seraient moins avantageuses.

Ainsi a-t-il été écrit : « *pour que soit engagée une responsabilité extracontractuelle, il faut la réunion de trois conditions : une faute, un dommage, un lien de causalité entre la faute et le dommage. En revanche, l'inexécution d'un contrat engage la responsabilité du contractant défaillant, sans que le créancier ait à faire la preuve d'un préjudice* (…) (ndlr : il s'agit d'une allusion au fait qu'il est plus facile au client du notaire de démontrer l'inexécution que de prouver aussi bien la faute que le préjudice). *D'où il suit que la responsabilité contractuelle pourra être engagée sans que le créancier ait à démontrer que son préjudice est la conséquence directe de la faute* »[607]

De l'autre, il y a ceux qui avancent que l'activité du notaire est dictée par un statut légal car selon le plus ardent défenseur de cette thèse, Mme le Professeur POULPIQUET, « *se décider en faveur d'une responsabilité de nature délictuelle (...), c'est souligner la nécessité de la dépendance légale des notaires à leur statut* »[608].

Le courant dualiste. Les tenants de cette thèse plaident pour la prise en compte du caractère protéiforme de l'activité notariale. Il se subdivise en deux. Il y a d'un côté ceux qui plaident pour une application alternative de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle. Pour ces derniers, la responsabilité du notaire doit être fixée en fonction de la tâche dans l'accomplissement de laquelle des manquements ont été relevés[609]. De l'autre côté, il y a ceux qui souhaitent une application cumulative de ces deux responsabilités. Cette théorie a été proposée par le Doyen Réné SAVATIER qui précise que lorsque « *le notaire est pris (...) en qualité d'officier public (...), il reste vrai que les parties font, avec lui, un contrat consistant précisément dans l'exercice correcte de ses fonctions. Si donc, dans ces hypothèses, une responsabilité contractuelle paraissait plus avantageuse au client qu'une responsabilité délictuelle, on ne peut lui dénier le droit de l'invoquer. Mais le contrat ne saurait pourtant*

[607] *Collectif Non/Taire (regroupant un ensemble de juristes notamment des professeurs de droit et un ancien juge), Manifeste contre les notaires, éd. Max Milo 2011, p. 163 stigmatisant un régime de responsabilité qu'il juge trop favorable aux notaires et plutôt en défaveur de la partie victime des mauvais conseils*.
[608] J. DE POULPIQUET cit. par J.-L. AUBERT, R. CRÔNE, *op. cit*., n° 19
[609] V. en ce sens M. PLANIOL et G. RIPERT, Traité de droit civil, t. 6, par ESMEIN ; RIPERT J. et BOULANGER J., *Traité de droit civil*, tome II, LGDJ., 1957, p. 352.

valoir renonciation du client à la responsabilité encourue pour méconnaissance des fonctions. Il y a donc croyons-nous, cumul des responsabilités »[610].

260. La consécration par la jurisprudence de la thèse de la théorie unitaire-. C'est la théorie unitaire tirée du statut légal qui a été consacrée par la jurisprudence[611]. Quoiqu'il en soit, cette controverse donne toute la mesure du caractère incertain de la possibilité d'une réparation intégrale pour la victime.

En résumé, les qualités intellectuelles prêtées au notaire ne suffisent pas à justifier le mécanisme de l'attribution de la force exécutoire à l'acte qu'il authentifie. Pas plus que ne le permettent d'ailleurs les qualités morales dont il est crédité.

2- La justification contestable du pouvoir du notaire par ces qualités morales

261. L'indépendance et l'impartialité supposées du notaire comme garanties d'efficacité de ses conseils-. Les tenants de la thèse de la force exécutoire de l'acte notarié mettent en avant l'indépendance et l'impartialité du notaire pour gager de l'efficacité de l'acte que ce dernier instrumente. En clair, selon ces auteurs, les conseils fournis par le notaire aux parties et donc l'acte, sont tenus pour efficaces parce ce que le notaire ferait preuve d'indépendance et d'impartialité lors de l'exécution de son devoir de conseil.

Un auteur écrivait à ce propos : « *chaque notaire est une juridiction indépendante et impartiale telle que voulue par l'article 10 de la déclaration universelle des droits de l'homme* »[612].

En vérité, ce besoin de mettre le notaire à l'abri de tout soupçon de dépendance et de partialité fait écho au devoir général d'indépendance et d'impartialité (a) qui reste applicable à l'activité notariale (b).

a- Obligation générale d'indépendance et d'impartialité

[610] SAVATIER R. - *Traité de la responsabilité civile en droit français civil, administratif, professionnel, procédural*, 2e éd., t. 2, Paris, LGDJ, 1951, n° 803, p. 409

[611] Cass. 1re civ., 23 janv. 2008, pourvoi n° 06-17489 ; *Défrénois* 2008 art. 38740, n° 8 et les approbations de MAZEAUD H., L. et J.et TUNC A., *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, 6e éd., t. 1, Paris, Montchrestien, n° 514, p. 600 ; Ph. LE TOURNEAU et L. CADIET, *Droit de la responsabilité et des contrats*, Dalloz Action, 2000-2001, n° 4047 ; J.-L. AUBERT, R. CRÔNE, *op. cit*. n° 22 et s. p. 26 et s.

[612] A. MOREAU, op. cit., p. 86

262. Distinction des deux notions-. Ces deux notions doivent être distinguées l'une de l'autre.

L'impartialité.

Fortement présente dans la morale judéo-chrétienne[613], l'impartialité l'est aussi dans le code Justinien, mais sous le vocable de « suspicio »[614]. Le mot « impartialité » est en revanche apparu relativement tard dans le vocabulaire français[615]. Par ailleurs, il semblerait que ce mot ait été inconnu du droit de l'ancien régime[616]. Toutefois, elle est apparue dans l'iconographie judiciaire dès 1494 dans le « *fou qui bande les yeux de la justice* »[617] où elle est représentée par un bandeau, représentation qu'elle a conservée jusqu'à nos jours et qui traduit la nécessité d'un triomphe du droit : « *le juge n'a besoin que du droit –qui est en lui- pour rendre valablement la justice* » et « *montre à celui qui le contemple sa capacité de ne voir qu'en elle-même l'éclat de la vérité* »[618].

Le juge doit montrer qu'il ne voit pas ses justiciables afin qu'aucun soupçon ne puisse peser sur lui de pencher la balance du côté de l'un d'entre les protagonistes au détriment de l'autre, car en « *fermant les yeux, on devient spectateur impartial- non directement affecté- du visible* »[619].[620]

L'indépendance.

---

[613] Ancien Testament, Exode : 23, 3-8 : « tu n'auras pas pitié non plus des pauvres dans l'exercice de tes fonctions » ; *« tu n'accepteras pas les présents car ils aveuglent les prévoyants et compromettent les paroles des justes* » ; Deutéronome 16, 19: « *les juges jugeront le peuple justement et ne devront pas infléchir en faveur d'une partie. Tu ne prendras pas en considération les personnes des pauvres ni n'honoreras ni n'acceptera de présents, car les présents aveuglent les yeux des sages et modifient les paroles des justes* » ; Lévitique : « *tu ne commettras pas d'iniquité ni ne jugeras injustement ni ne prendras en considération la personne la personne des pauvres ni n'honoreras les puissants sur leur mine, mais jugeras ton prochain justement* ».

[614] V. BARNABE B. *La récusation des juges*. Etudes médiévale, moderne et contemporaine. Thèse, éd. LGDJ-LEXTENSO 2009, n° 16 expliquant que ce mot recouvrait selon la traduction qui en a été faite par TISSOT au début du XIXe siècle la signification inverse du mot « impartialité », et consistant dans le fait que le juge « *ne doit pas nuire à l'une ou l'autre des parties, ne doit pas lui porter préjudice, autrement il lui serait suspect* ».

[615] C. du ROZOIR, in *Dictionnaire de la conversation et de la lecture* (société des savants et des gens de lettres), sous la direction DUCKETT W., Paris 1862, 2nd éd. V. impartialité et impartial. L'auteur fait état de l'incertitude qui avait existé quant au choix à opérer entre « impartiel » et « impartial » tel que cela résulte du Journal des savants d'août 1731 et celui de décembre 1732.

[616] Cl.-J de FERRIERE, *Dictionnaire de droit et de politique*, Paris, 1769 ; GUYOT, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence civile et criminelle, canonique et bénéficial*, Paris 1785

[617] JACOB R. - *Images de la justice. Essai sur l'iconographie judiciaire du Moyen Âge à l'âge classiqu*e, Paris, Presse Universitaire de Vincennes, 1994, citant S. BRANDT, Das Narrenschiff, 1494

[618] BARNABE B, *précit*., n° 25

[619] COMMARET D. N., « Une justice distance ou une réflexion sur l'impartialité du magistrat », *Recueil Dalloz*, 1998, 27e cahier, Chronique, p. 262

[620] V. BARNABE B., thèse précit., n°11, p. 10

L'indépendance quant à elle, se distingue de l'impartialité en ce sens où, contrairement à l'impartialité qui est finalement liée aux qualités intrinsèques du juge, l'indépendance s'entend des influences des pouvoirs extrinsèques au juge sur sa décision. Il peut s'agir soit des pouvoirs de l'exécutif, soit de ceux des parties. En l'occurrence, dans le cas du ministère du notaire, seul les pouvoirs des parties peuvent constituer une source importante d'influence sur son ministère.

Aussi, s'il importe de bien distinguer l'indépendance de l'impartialité, il faut tout de même souligner avec le Professeur GUINCHARD que « *l'indépendance est un préalable à l'impartialité ; on ne peut être impartial si déjà on n'est pas indépendant* »[621].

263. Le devoir d'impartialité et d'indépendance internationalement reconnu mais non défini-. L'exigence d'impartialité et d'indépendance est un principe internationalement posé[622]. Bien que clairement posé par le conseil constitutionnel[623], c'est l'article 6 § 1 de la Conv. EDH qui constitue en droit français son assise textuelle. Cet article dispose que : « *toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial (...)* ». Toutefois, cet article ne propose aucune définition de l'impartialité, pas plus que les nombreuses décisions[624] rendues par la CEDH en la matière ne permettent d'en dégager un critère de systématisation, c'est-à-dire un « critère juridiquement exploitable ».

264. Une définition proposée par des juristes anglo-saxons et basée sur le critère de l'intérêt personnel -. Il faut recourir aux travaux des juristes anglo-saxons pour retrouver un

[621] GUINCHARD S. « Procès équitable », Rép. Proc. civ. (mise à jour : mars 2013), *Dalloz,* n° 201
[622] Article 10 DUDH ; article 14 PIDCP ; art. 6 § 1 Conv. EDH ; art. 47 CDFUE ; art. 7 Ch. ADHP
[623] Cons. const., 7 déc. 2012, décis. n° 2012-286 QPC jugeant que le principe d'impartialité est « *indissociable de fonctions juridictionnelles* » ; et s'agissant du principe d'indépendance, Cons. const., 20 janv. 2005, déc. n° 2004-510 DC, consid. n° 9 ;
[624] V. la jurisprudence de la Cour EDH distinguant entre l'impartialité subjective et l'impartialité objective, CEDH 24 mai 1989, *Hauschildt c/ Danemark,* aff. n° 10486/83 § 47: *préc. note 176 ;* CEDH 22 févr. 1996, *Bulut c/ Autriche,* aff. n° 17358/90 § 32: *RSC 1997. 472, obs. Koering-Joulin ;* CEDH 25 juin 1992, *Thorgeir Thorgeirson c/ Islande: aff. n° 13778/88 § 50* sur l'impartialité subjective, et CEDH 25 juin 1992, *Thorgeir Thorgeirson c/ Islande: aff. n° 13778/88 § 51 ;* CEDH 15 nov. 2005, *Kyprianou c/ Chypre: aff. n° 73797/01 § 118 ;* CEDH 2 mars 2010, *Adamkiewicz c/ Pologne,* aff. n° 54729/00 § 101: *D. 2010. 1324, note Bonfils; ibid. 1904, obs. Gouttenoire et Bonfils; ibid. 2011. 1107, obs. Douchy-Oudo* CEDH 4 mars 2014, *Fazli Aslaner c/ Turquie: aff. n° 36073/04 § 31.* ; V. plus généralement sur la notion européenne du devoir d'indépendance et d'impartialité R. Koering-Joulain, « La notion européenne de tribunal indépendant et impartial », *RSC* 1990, p. 765 et s.
[624] Cons. const., 7 déc. 2012, décis. n° 2012-286 QPC jugeant que le principe d'impartialité est « *indissociable de fonctions juridictionnelles* » ; et s'agissant du principe d'indépendance, Cons. const., 20 janv. 2005, déc. n° 2004-510 DC, consid. n° 9 ;

critère de définition de l'impartialité. Pour ces derniers, l'impartialité se définit par le critère de l'intérêt personnel.

La partialité du juge est caractérisée toutes les fois que ce dernier a un intérêt personnel en la cause. Aux avant-gardes de cette systématisation se trouvent les travaux de K. E. SOLTAN. Ce dernier affirmait que : « *l'importance de l'intérêt personnel dans la plupart de nos décisions est très nette. Pour comparer l'effectivité des différents systèmes constitutifs de la volonté, nous devons trouver des situations dans lesquelles la prise en compte de l'intérêt personnel est réduite à son minimum. De telles situations obligent à l'impartialité celui qui doit prendre une décision. D'une manière expérimentale, ou quasi-expérimentale, l'impartialité peut être imposée à travers une grande variété de procédures. Par exemple certaines personnes peuvent être rendues ignorantes de leur intérêt personnel dans la situation expérimentale. Limitées dans leur savoir, ces personnes ne peuvent être partiales parce qu'elles ne savent vers quel objet diriger leur partialité* »[625].

Il est à souligner que le critère d'intérêt personnel se retrouve aussi en droit français, mais n'y a pas été défini comme étant une cause directe de l'impartialité du juge, mais plutôt comme une cause de récusation de celui-ci[626].

Aussi, est-il permis de se demander si au regard de ces définitions, l'office du notaire peut raisonnablement être qualifié d'indépendant et d'impartial ?

b- L'application du principe général d'indépendance et d'impartialité au notaire

Il convient de préciser d'emblée que, si l'exigence des devoirs d'indépendance et d'impartialité au notaire se justifie parfaitement (b-1), les aspects de la profession notariale présentés comme gage d'existence de ces garanties (b-2) accusent en revanche de graves limites (b-3).

b-1) L'exigence justifiée d'indépendance et d'impartialité du notaire

[625] Pour la version originale dont la traduction a été ci-dessus reproduite : « *the importance self interest in most human decision is clear. To compare the effectiveness of different rules systèmes in producing consent, we must find situations where the affect of self-interest on objections is minimized. Such situations impose impartiality on the decisionmaker. In experimental and quasi-experimental settings impartiality can be made imposed through a variety of procedures. For exemple, people can be made ignorant about their interest within the experimental situation. Given such limitation on their knowledge, they cannot be partial because they do not know to what they ought te be impatial* » K.E. SOLTAN, The causal theory of justice, University of California Press (Berkeley), 1987

[626] L'art. 341 du code de procédure français issu du *Décr. n° 2012-66 du 20 janv. 2012* relatif à la résolution amiable des différends renvoie à l'article 111-6 du code de l'organisation judiciaire quant aux causes de la récusation. Cet article dispose en point n° 1 : « *Si lui-même ou son conjoint a un intérêt personnel à la contestation* ».

265. Des qualités requises au-delà de la sphère judiciaire-. Même si les notaires ne font pas directement œuvre juridictionnelle, il est tout de même permis d'affirmer que ces derniers sont soumis dans l'exercice de leur métier à cette double exigence car « *la justice n'est pas la seule activité sociale qui ait l'indépendance* (ndlr : et l'impartialité) *pour principe constitutif. Les journalistes, les médecins, les professeurs d'université, les artistes et d'autres métiers* (ndlr : dont les notaires) *encore sont également constitués sur ce principe* »[627] et que ces principes sont « *la garantie pour les citoyens de leur propres liberté et, partant, il est le principe sans lequel les citoyens ne pourraient accorder leur confiance aux institutions judiciaires*, (ndlr : notariales) *médiatiques, médicales, universitaires* »[628].

266. Une exigence règlementaire et jurisprudentielle-. La déontologie notariale impose au notaire un devoir d'impartialité. En effet, le règlement national du notariat mentionne dans sa première partie traitant des « principes de déontologie », en son article 3.2.1 relatif aux obligations du notaire que : « *le notaire doit à sa clientèle sa conscience professionnelle, ses égards, **l'impartialité**, la probité et l'information la plus complète*

L'intérêt du client prime toujours le sien »[629].

Le manquement à cette double exigence est clairement sanctionné par la jurisprudence. Ainsi, la force exécutoire d'un acte notarié a été annulée par la cour d'appel de Paris par suite de l'absence d'indépendance du notaire rédacteur, compte tenu de la communauté d'intérêt qui existait entre lui et une des parties à l'acte[630].

267. L'existence de ces obligations rend-elle leur respect effectif ?-. L'exigence d'indépendance et d'impartialité vis-à-vis des notaires peut-elle être considérée comme satisfaite du simple fait de son existence ? La simple proclamation légale ou la simple exigence jurisprudentielle suffisent-elle à gager de l'indépendance et de l'impartialité du notaire dans l'exécution de son obligation de conseil et sa mission d'authentificateur ? La réponse à ces questions revêt une importance cruciale en ce sens que l'éventualité qu'un notaire vienne à manquer d'indépendance et/ou d'impartialité dans l'accomplissement de son office, constitue une source de doute quant à l'efficacité de l'acte instrumenté, et partant, quant à la pertinence de l'attribution à celui-ci de la force exécutoire. D'ailleurs à ce propos, évoquant la

[627] ANDRIANTSIMBAZOVINA J., GAUDIN H., MARGUENAUD J.-P. RIALS S. et SUDRE F. (dir.) *Dictionnaire des droits de l'homme*, 1re éd., PUF, 2008, p. 514 et 514
[628] Idem
[629] Article 3.2.1 REGLEMENT NATIONAL/REGLEMENT INTER-COURS Approuvé par arrêté de M. le Garde des Sceaux, Ministre de la justice et des libertés en date du 22 juillet 2014 (J.O. du 1re août 2014)
[630] CA Paris, Pôle 4, chambre 1, N° 11/06910 du 11 avril 2013, *JurisData* n° 2013-007317

libéralisation des pratiques notariales, un auteur affirmait à juste titre que celle-ci « *s'accorde mal avec l'impartialité qui doit être une condition essentielle du pouvoir de conférer la force exécutoire à un acte* »[631].

Or il est une lapalissade d'affirmer qu'aucun dispositif légal aussi sophistiqué ou abouti soit-il, ne peut suffire à lui seul à inculquer aux citoyens les vertus des règles qu'il pose, et qu'à côté du rôle dissuasif de la sanction a *posteriori*, la prévention constitue un élément indispensable permettant de tendre vers l'ordre social souhaité par la loi. Ainsi, le fait par exemple pour la loi pénale, d'ériger en infractions certains actes ou comportements ne suffit pas à réaliser l'ordre social conformément à sa mission. Encore faudrait-il que ce dernier mette sur place un dispositif pour prévenir la commission des actes interdits par la loi. Autrement, il est impensable que la seule vertu dissuasive de la sanction suffise à atteindre ce but.

La prévention s'inscrit dans le devoir général de la puissance publique d'assurer le droit à la sécurité des citoyens. Elle s'entend de tout mécanisme susceptible d'empêcher que l'acte illicite ne se produise ou à tout le moins ne produise son effet redouté pour la sécurité des personnes et de leurs biens. S'agissant de l'interdiction pour toute personne frappée de l'interdiction légale de faire preuve de partialité ou de dépendance dans l'exercice de sa mission, la prévention réside dans le fait que l'acte ou la décision issue d'un ministère impartial ou indépendant ne puisse produire aucun effet de droit ou que la partie qui soupçonne ces manquements soit en mesure de remettre en cause le ministère de la personne soupçonnée.

268. L'inexistence de mécanismes visant à critiquer ou à rendre inefficace l'acte notarié issu d'un office partial ou dépendant-. Il existe des mécanismes procéduraux et institutionnels de prévention de la partialité des juges. Pour ce qui concerne les mécanismes procéduraux, il s'agit : « *indirectement de la publicité de la procédure et la collégialité de la formation de jugement, qui évitent de faire n'importe quoi, mais aussi, plus directement, la contradiction* (ndlr : la contradiction est assurée en vérité par la présence aux côtés des parties des avocats comme l'exige le principe de la représentation obligatoires des parties devant le TGI) *et l'égalité des armes* »[632]. La nature institutionnelle de la prévention de la partialité des

[631] E. MACKAAY, « Les enjeux économiques de la reconnaissance du titre exécutoire conventionnel », in N. KASIRER et de NOREAU P. (dir), *« Sources et instruments de justice en droit privé »*, *op. cit*., p. 535
[632] CADIET L. NORMAND J. et AMRANI MEKKI, *Théorie générale du procès*, éd. PUF, 2e éd. 2013, n° 169 et s., p. 613 et s.

juges s'évince clairement quant à elle, de l'article L. 111-5[633] du code de l'organisation judiciaire.

Le caractère préventif de la partialité des juges se traduit surtout par l'existence concrète au profit de la partie qui soupçonne un juge de partialité, d'un outil procédural lui permettant d'empêcher ce dernier de siéger. Il s'agit de la récusation[634]. Ainsi, la récusation réalise l'impartialité[635]. Dans ces conditions, il est permis d'affirmer qu'une décision judiciaire est quasi purgée de tout risque de partialité et/ou de dépendance du juge.

VITU traduisait le droit de récusation par l'affirmation suivante : « *il importe de donner au justiciable lui-même les moyens les moyens de s'assurer, concrètement, dans l'affaire qui le concerne, de l'impartialité effective de ceux qui vont le juger. A cette exigence fondamentale répond la récusation, définie comme le droit donné à un justiciable de faire écarter, du jugement de sa cause, un magistrat qui a compétence pour en connaitre, mais dont l'impartialité peut être révoquée en doute* »[636].

Ainsi, l'effectivité de l'impartialité doit se traduire par l'existence en droit positif d'éléments concrets au service du plaideur, susceptibles de lui permettre d'empêcher a *priori* l'impartialité d'une personne sur laquelle pèse ce devoir et ne doit en aucun cas être laissée au bon vouloir de la personne de laquelle elle est exigée. A ce sujet, le Professeur GUINCHARD, parlant du principe de neutralité qui du reste inclut l'impartialité affirmait : « *le principe de neutralité du juge qui s'oppose à ce qu'un magistrat tienne compte, dans la décision qu'il rend, de l'inclination ou de la réserve qu'il à l'égard de l'un des plaideurs, ou des contraintes plus ou*

---

[633] Article L. 111-5 du code de l'organisation judiciaire : « *L'impartialité des juridictions judiciaires est garantie par les dispositions du présent code et celles prévues par les dispositions particulières à certaines juridictions ainsi que par les règles d'incompatibilité fixées par le statut de la magistrature* ».

[634] V. sur le fondement textuel et procédural de la demande de récusation de juge, Idem.

[635] BARNABE B, op. cit., n° 15, p. 13 ; V. aussi, H. CROZE, Ch. MOREL et O. FRADIN, *Procédure civile*, éd. LITEC, 4e éd. 2008, n° 81 et s., p. 37 ; G COUCHEZ, et X. LAGARDE, *Procédure civile*, SYREY 2014, n° 118, p. 126 précisant : « *afin d'éviter que les justiciables aient à redouter quelque partialité de la part des magistrats ayant à connaître de leur affaires, ont été prévues des incompatibilités et des incapacités* » ; S. GUINCHARD, C. CHAINAISB et F. FERRAND, *Procédure civile. Droit interne et droit de l'Union européenne*, éd. Dalloz 2012, 31e éd., n°1035, p. 718 expliquant que « la récusation est une procédure par laquelle une partie demande qu'un ou plusieurs juges soient écartés et remplacés par d'autres parce qu'ils sont suspects de partialité envers l'un des plaideurs » ; S. GUINCHARD (dir.) Droit et pratique de la procédure civile, éd. Dalloz 2006/2007, n° 352.32, p. 804 ; P. JULIEN et N. FRICERO, *Droit Judiciaire privé*, éd. LGDJ, 3e éd. 2009, n° 469, p. 236, « *c'est une procédure qui permet à un plaideur qui suspecte la partialité d'un ou de plusieurs juges, de demander qu'il(s) soi(ent) écart(s) de la formation de jugement, sans pour autant que la juridiction soit dessaisie* » ; J. HERON et Th. LE BARS, *Droit judiciaire privé*, éd. Montchrestien-LEXTENSO EDITION, 5e éd. 2012, n° 1137, p. 933 ;

[636] A. VITU, « La récusation en matière pénale », in Mélanges J. VINCENT, Paris, éd. Dalloz 1981, p. 427

moins diffuses de son milieu social ou de ses engagements personnels. La sécurité juridique des justiciables impose le caractère prévisible de la solution, qui doit être en fonction de l'état du droit positif, et non de la subjectivité du juge »[637].

Tel n'est pas le cas d'un acte reçu et authentifié par un notaire et pour cause, il n'existe aucun mécanisme légal permettant de prévenir comme c'est le cas du juge, le manquement par le notaire à ces obligations d'indépendance et/ou d'impartialité, les seules exigences légales et jurisprudentielles ne pouvant à elles seules suffire à gager du respect par ce dernier de ces exigences.

Or force est de constater que le notaire est menacé en permanence par le risque de dépendance et/ou de partialité dans l'exercice de son ministère, et que les aspects de l'organisation de la profession qui ont été présentés comme facteurs d'impartialité et/ou d'indépendance sont loin d'apporter ces assurances. Bien au contraire, certains aspects et réalités consubstantiels à l'exercice du métier constituent des risques potentiels de partialité et/ou de dépendance des notaires dans l'accomplissement de leur ministère.

b-2) Les aspects du notariat présentés comme gage d'indépendance et/ou d'impartialité

269. Les limites des arguments tirés de la tarification imposée et du *numérus clausus*.- L'application de tarifs préalablement fixés par l'Etat -tarification imposée- ainsi que l'existence d'un *numérus clausus* dans le mode de recrutement des notaires ont été présentés comme des aspects de la profession propre à garantir l'indépendance et l'impartialité des notaires. Afin de bien ressortir les limites de ces arguments, il convient de les exposer.

***La tarification imposée*.** Il a été soutenu que la tarification imposée évite la concurrence entre notaires et qu'en cela, elle permet de garantir l'indépendance et l'impartialité du notaire, dans la mesure où la concurrence entre notaires ne serait pas de nature à garantir un haut degré d'indépendance, d'impartialité. Ainsi, a-t-il été affirmé : « *il est parfaitement cohérent de soutenir que l'accroissement de juridiction ne peut être justifié qu'au moyen d'un accroissement du contrôle et de la règlementation. Ainsi, la force exécutoire de l'acte notarié n'apparaît acceptable que dans la mesure où le notaire est délégataire de l'Etat, seule entité susceptible d'octroyer de telles commissions, et que son indépendance et son impartialité,*

[637] S. GUINCHARD, *Droit et pratique de la procédure civile*, Dalloz Action 2001, n° 2131

comme sa probité soit assurées au moyen de l'instrumentation généralement reconnue, à savoir l'établissement d'une tarification imposée ainsi que les limites sérieuses de la libre concurrence »[638].

Par ailleurs, la tarification imposée qui résulte du Décret n°78-262 du 8 mars 1978 portant fixation du tarif des notaires a été considérée comme un élément destiné à améliorer les conditions matérielles des notaires, ce qui serait de nature à garantir leur indépendance vis-à-vis de leurs clients[639].

Le numérus clausus. Les tenants de la thèse de l'attribution de la force exécutoire à l'acte notarié dès son établissement présentent aussi le *numérus clausus* comme une garantie d'impartialité et d'indépendance du notaire[640]. Il serait de nature à éviter la concurrence entre notaires et par voie de conséquence éviterait des pratiques peu favorables aux intérêts de leurs clients. Ainsi, pour le Professeur Léon RAUCENT, « *autoriser les modifications (...) de l'implantation des notaires seulement en fonction des variations démographiques des arrondissements, a pour but de favoriser la rentabilité des notariats afin d'assurer l'indépendance des notaires et aussi de diminuer la compétition entre eux et la course à la clientèle, nuisibles aux qualités essentielles que le législateur veut promouvoir* »[641].

b-3) Les limites des arguments tirés de la tarification imposée et du numérus clausus

270. L'existence de contre-arguments consubstantiels à l'activité notariale-. Force est de constater que les arguments tirés de la tarification imposée et de l'institution d'un *numérus clausus*, aussi pertinents soient-ils, ne sauraient suffire à convaincre de l'impartialité et de l'indépendance du notaire. En effet, d'autres éléments consubstantiels à l'activité notariale sont de nature à faire craindre un exercice impartial par le notaire de son office. Ainsi, en est-il de la problématique de la vénalité de certains éléments des offices notariaux.

---

[638] S. ALLARRD, ALLARD S. - « La mission du notaire, officier public, et l'instauration de la force exécutoire de l'acte notarié en droit québécois » in KASIRER N. et NOREAU P. (dir.), *Sources et instruments de justice en droit privé, précit.* p. 577

[639] V. en ce sens A. MOREAU, op. cit., p. 87

[640] S. ALLARRD, *précit*., p. 576

[641] J. BEAULINE, « problématique spécifiques afférentes à la force exécutoire de l'acte notarié » in N. KASIRER et P. NOREAU (dir.), *Sources et instruments de justice en droit privé*, Éditions Thémis, Montréal, 2002, p. 506 cit. le Professeur Léon RAUCENT, Fonction et statuts des notaires, 3e éd., t 1, LOUVAIN-LA-NEUVE, ACADEMIE BRUYLANT 1988

271. La problématique de la vénalité des offices notariaux-. Comme le rapporte un auteur, « *épisodiquement, mais de façon récurrente, l'éventuelle existence d'une vénalité des charges d'offices des notaires (...) est soulevée médiatiquemen*t »[642]. En réalité, la pratique de la vénalité des offices notariaux a depuis longtemps disparue[643]. Il n'empêche néanmoins que ces critiques, venant souvent de personnes profanes et forcément moins aguerries des questions techniques sur la profession notariale et donc forcément mal formulées, traduisent un malaise lié à d'autres aspects de l'exercice de la profession.

Ainsi, le grief d'indépendance et donc d'impartialité peut bel et bien être fait à l'office notarial. Ce grief peut trouver sa cause soit dans la nature patrimoniale de certains éléments de l'office (b-3-1), soit dans certaines contraintes économiques imposées au notaire débutant (b-3-2), soit dans les autres modes d'exercice de l'activé notariale (b-3-3), soit dans le caractère partiel de la tarification imposée (b-3-4), soit enfin dans les faits tirés de la pratique notariale (b-3-5).

b-3-1) <u>La dépendance induite par certains éléments de l'office notarial</u>

272. Le droit de présentation et les éléments économiques composant le fonds libéral-. Si le titre notarial lui-même est hors du commerce[644], certains éléments de l'office notarial se sont vus reconnaître une valeur patrimoniale. Il s'agit notamment du « droit de présentation »[645] et des autres éléments économiques de l'office composant le fonds d'exercice libéral comme le matériel, l'emplacement des locaux, etc.

Parmi ces éléments affectés d'une valeur patrimoniale, le « droit de présentation de clientèle » est de nature à susciter de véritables inquiétudes quant à la possibilité pour le notaire d'exercer

[642] A. MOREAU, op. cit., p. 118

[643] V. Sur la question plus générale de la vénalité de l'office notariale lui-même, les développements de J. HÉRAIL, « Office public ou ministériel », *Rép. Dr. civ*. janvier 2010 (dernière mise à jour : octobre 2013), n° 23 et de A. MOREAU, op. cit., p. 122 et s. faisant état de la disparition de la vénalité des offices notariaux.

[644]V. l'article 91 de la loi du 28 avril 1816 ; Riom, 10 févr. 1845, DP 1845. 2. 190 et plus récément sur le rappel de cette interdiction Civ. 1re, 16 juill. 1985 : *JCP* 1986. II. 20595, note DAGOT.

[645] Civ. 1re, 16 juill. 1985 : JCP 1986. II. 20595, note DAGOT et Civ. 1re, 18 juin 1996 : *Défrénois* 1997. 104 ; *JCP N* 1997. II. 392, note Pillebout

son ministère en toute indépendance et/ou impartialité. Et c'est à ce niveau que se justifie le malaise décrit ci-dessus.

273. Notion de droit de présentation-. Le « droit de présentation de clientèle » est le droit pour le titulaire d'un office notariale ou ses ayants cause universels si ce dernier décède étant en fonction[646], de présenter à l'Etat représenté par le Garde des sceaux en vue d'un agrément, un candidat –successeur- au notariat répondant aux conditions légales de technicité et de moralité[647].

274. La prise en compte de la clientèle dans la détermination du droit de présentation-. L'évaluation de la valeur monétaire du « droit de présentation de clientèle » se faisait par la méthode dite des « demi-nets ». Mais tenant compte de l'évolution propre à certains aspects d'exercice du notariat, la chancellerie a reconnu aux parties le droit d'en fixer librement le montant en tenant toutefois compte des usages de la profession mais surtout des considérations économiques[648] à savoir : l'emplacement, la clientèle, la rentabilité, etc.[649]

C'est dire tout l'intérêt du notaire à développer et à fidéliser sa clientèle. Or la fidélisation de la clientèle ne saurait se faire que par la satisfaction, -parfois sans réserve et au moyen de pratiques douteuses- des demandes de celle-ci. Du reste l'adage « le client est roi » rappelle bien cette nécessité. Or force est de constater que, le client du notaire sur une opération d'authentification n'est en réalité pas les deux parties à l'acte, mais bien celle d'entre elles, qui a une relation plus ou moins constante avec le notaire et qui lui apporte à une certaine fréquence, un volume d'affaire donné, celui dont dépend le chiffre d'affaire du notaire et partant de la valeur vénale de son « droit de présentation ». Dès lors, le risque de dépendance économique du notaire vis-à-vis de l'une des parties à l'acte qu'il instrumente est à craindre.

---

[646] J. HÉRAIL, *op. cit*., n° 17

[647] A. MOREAU, *op. cit*., p. 123

[648] Circ. min. Just. 21 mai 1976, relative à la constitution des dossiers de cession des offices publics et ministériels, tit. Ier, chap. 1er, sect. 1re, *JCP N* 1976. IV. 44996, solution reprise dans Circ. n° 103 du 26 juin 2006 relative à la constitution des dossiers de cessions d'offices publics et/ou ministériels in Code notarial, éd. LexisNexis 2013 spéc. p. 425-426 ; Bulletin officiel du ministère de la justice n° 2006/103, consultable sur : http://www.textes.justice.gouv.fr/art_pix/103-CIV-c.pdf, où il est précisé : « *il n'existe aucune règle précise permettant de calculer de façon scientifique la valeur d'un office. Cette valeur est le plus souvent fonction de l'activité du titulaire de la charge et des circonstances économiques ou locales.*
En fait, les prix de cession sont déterminés d'après la loi de l'offre et de la demande. (…).
C'est la raison pour laquelle, compte tenu des observations qui précèdent, il a été décidé de laisser les parties déterminer librement le montant des finances de l'office en se référant uniquement aux usages de la profession et aux considérations économiques ».

[649] V. réponse du 14 décembre 2010 de Mme le garde des sceaux, ministre de la Justice et des libertés à M. Jean Roatta sur le contrôle du prix de cession d'un office par la DACS, in Code notarial, éd. LexisNexis 2013, p. 432

275. Le risque constant de dépendance et/ou de partialité du notaire dans l'exercice de son ministère-. Les anomalies ci-dessus décrites font dire que le notaire a indubitablement un intérêt personnel à l'authentification d'un acte auquel est partie un de ses clients habituels. Or l'intérêt personnel étant le critère de l'impartialité comme exposé ci-haut, il est permis d'affirmer que le notaire est soumis à un risque de partialité quand il instrumente un acte auquel est partie son client habituel[650]. D'ailleurs, ce risque de partialité est double, car étant dépendant de son client habituel, il lui est difficile d'être impartial sachant que, « *l'indépendance est un préalable à l'impartialité* » et qu*'* « *on ne peut être impartial si déjà on n'est pas indépendant* »[651].

La dépendance du notaire vis-à-vis de sa clientèle peut aussi être induite par les contraintes financières qui lui sont imposées avant même l'accès à l'exercice de la profession.

b-3-2) <u>La dépendance économique tirée des contraintes économiques</u>

276. L'exigence de solvabilité du futur notaire-. Du côté du cessionnaire, sa nomination à la charge d'officier public est subordonnée à la délibération de l'instance professionnelle de laquelle ce dernier doit relever une fois dans l'exercice de son ministère. Or la circulaire recommande expressément aux parquets destinataires de ladite délibération de vérifier que celle-ci est bien motivée et tient compte notamment de la solvabilité financière du candidat au notariat ainsi que des engagements que ce dernier entend contracter pour acquérir l'office. Etant rappelé qu'il résulte de la même circulaire, que pour acquérir les offices, « *la plupart des officiers publics et/ou ministériels ont recours à un prêt* ».

Dès lors, il est permis de se demander si un notaire qui démarre son ministère dans ces conditions, affublé d'un aussi important passif[652] et dont l'actif n'est constitué que de sa clientèle, peut conserver son indépendance vis-à-vis de cette dernière alors même que « *les contraintes économiques lui imposent une attitude de chef d'entreprise* »[653] ?

[650] Il s'agit d'ailleurs bien souvent de la partie dite économiquement la plus forte, donc et susceptible d'imposer à l'autre que l'acte soit instrumenté par « son notaire ».
[651] GUINCHARD S. loc. cit.
[652] A cette charge s'ajoute le versement du dépôt de garantie
[653] PILLEBOUT J.-F et J. YAIGRE, *Droit professionnel notarial*, éd. LITEC 2004, 6ème éd., n° 17, p. 9

Le même problème se pose pour les autres modes d'accès à la profession de notaire autre que la nomination sur présentation.

b-3-3) La dépendance induite par les autres modes d'exercice du notariat

277. L'indemnité due par le nouveau notaire aux offices vacants ou créés-. Hormis l'accès à l'exercice du notariat par présentation de la clientèle, l'aspirant à l'exercice du notariat peut être nommé à un office créé ou vacant. Dans ces deux cas, une indemnité est due par le nouveau notaire qui a pour finalité dans le premier cas de réparer les préjudices que cause sa nomination à ses confrères déjà installés dans le même ressort territorial et dans le second cas des préjudices résultant de la suppression de l'office[654].

Quoi qu'il en soit, les montants desdites indemnités peuvent être assez conséquents puisqu'ils sont évalués en fonction des éléments suivants : l'évolution de l'activité de l'office créé ou supprimé et de celle des offices dont les titulaires apparaissent créanciers ou débiteurs d'une indemnité ; la situation géographique, démographique et économique de la région où est situé l'office et de ses perspectives d'avenir ; le nombre et de la localisation des offices dans la région[655]. Or de la solvabilité du candidat quant au règlement desdites indemnités dépend leur nomination[656].

278. Les risques de partialité et/ou de dépendance y afférents-. Un notaire qui démarre son ministère avec d'aussi importants engagements financiers à honorer ne peut qu'avoir à cœur *prima facie,* que la réalisation d'un chiffre d'affaire assez conséquent, qui lui permette de les honorer. Ce qui ne peut se faire sans le développement et la fidélisation d'une

[654] Article 5 du Décret n°71-942 du 26 novembre 1971 relatif aux créations, transferts et suppressions d'office de notaire, à la compétence d'instrumentation et à la résidence des notaires, à la garde et à la transmission des minutes et registres professionnels des notaires, modifié par Décret 86-728 1986-04-29 art. 25 JORF 30 avril 1986

[655] Article 7 du Décret n°71-942 du 26 novembre 1971 relatif aux créations, transferts et suppressions d'office de notaire, à la compétence d'instrumentation et à la résidence des notaires, à la garde et à la transmission des minutes et registres professionnels des notaires, modifié par Décret 86-728 1986-04-29 art. 13 JORF 30 avril 1986

[656] C'est du moins ce qui ressort de la circulaire n° 103 du 26 juin 2006 relative à la constitution des dossiers de cession des offices publics et ministériels (Titre II) dans le II de la section I du chapitre II intitulé « procédure de nomination aux offices vacants ou crées ». Il y est notamment précisé : « *chaque candidat devra indiquer, par ailleurs, dans une note jointe au dossier, les mesures concrètes qu'il entend prendre au cas où il serait nommé titulaire de l'office pour assurer :*

- *S'il s'agit d'un office vacant : le paiement du montant de l'indemnité fixé par la chancellerie ainsi que le mode de financement prévu (situation de fortune, demande de prêt, etc.)*
- *S'il s'agit d'un office crée : le fonctionnement de son étude pendant les cinq premières années (locaux, personnels, etc.) ainsi que le mode de financement prévu (situation de fortune, possibilité de prêts, etc.)* ».

clientèle. D'où la dépendance économique du notaire vis-à-vis de sa clientèle. Et sachant que l'indépendance est un préalable à l'impartialité, il est permis là encore de conclure à de sérieux risques de partialité du notaire qui est appelé à instrumenter un acte auquel est partie un client de son étude.

L'exemple suivant permettra de donner la mesure de ce risque de partialité. Un notaire qui a comme client fidèle une banque importante, qui le sollicite régulièrement pour l'authentification de contrats de toute sorte la liant à ses clients -prêts, convention de compte courant, cautionnement hypothécaire, constitution de garantie etc.-, n'est-il pas enclin à mieux protéger les intérêts de celle-ci au détriment de ceux des clients de la banque ? Cette interrogation a tout son sens dans la mesure où, le client de la banque qui n'est pas celui du notaire, n'aura affaire à ce notaire qu'à l'occasion de l'authentification du contrat qui le lie à la banque. En effet, il n'a pas vocation à revenir chez ce notaire contrairement à la banque, ce dernier n'étant pas son notaire habituel[657].

Ainsi donc, vis-à-vis du notaire, la banque présente deux avantages comparatifs par rapport à son client. D'abord, elle apporte au notaire un volume de dossiers important et partant lui permet de réaliser un important chiffre d'affaire. Ensuite, le notaire est à peu près certain que la banque, contrairement à son client, lui confiera à l'avenir d'autres dossiers, à condition d'avoir à chaque fois satisfaction. Dans ces conditions, est-il raisonnable et objectif de demander à un notaire pour lequel la réalisation d'un important chiffre d'affaire conditionne le paiement de ses propres dettes, d'être impartial dans sa mission d'authentification ?

En tout état de cause, la présence d'un intérêt pour le notaire dans une pareille opération ne souffre d'aucun doute. Cet intérêt réside dans la nécessité vitale pour son office de procurer coûte que coûte satisfaction à sa cliente fidèle, qui plus est, lui apporte une bonne partie de son chiffre d'affaire. Dès lors, conformément au critère d'intérêt personnel exposé dans la définition de l'impartialité, il est permis d'affirmer que dans ce genre d'opération, de sérieux doutes planent sur l'impartialité du notaire.

[657] Dans les relations entre la banque et son client où celle-ci a vocation à être la partie économiquement la plus forte, c'est souvent elle qui impose à ces clients le choix du notaire authentificateur qui n'est autre que son notaire habituel.

A côté de ces limites, l'argument de l'impartialité et/ou de d'indépendance du notaire tiré de la tarification imposée accuse une autre limite tenant à son caractère partiel.

b-3-4) Le caractère partiel de la tarification imposée

279. La libéralisation des tarifs sur certaines activités-. Les tenants de la thèse de l'attribution de la force exécutoire à l'acte notarié dès sa création avancent que la tarification imposée est gage d'indépendance et d'impartialité du notaire. Or le Décret 86-358 du 14 mars 1986 ayant modifié le Décret n°78-262 du 8 mars 1978 portant fixation du tarif des notaires, a opéré une libéralisation des tarifs du notaire sur certaines de ses activités. C'est ainsi qu'il résulte des articles 4 et 13 du décret modifié qu'**«** *en matière d'association, de baux régis par le décret n° 53-960 du 30 septembre 1953, de louage d'ouvrage et d'industrie, salaires ou travaux, de sociétés, et de ventes de fonds de commerce, d'éléments de fonds de commerce, d'unités de production, de branches d'activité d'entreprise au sens de la loi n° 85-98 du 25 janvier 1985* », les honoraires sont fixés librement et de commun accord entre le notaire et son client. En conséquence, il est permis d'affirmer a *contrario* que pour ces activités, le notaire est exempté des devoirs d'impartialité et/ou d'indépendance.

En résumé, de sérieux doutes planent sur l'indépendance et/ou l'impartialité du notaire dans l'exercice de son office d'authentification. D'ailleurs l'actualité de ces dernières années nous offre beaucoup d'espèces où l'indépendance et/ou l'impartialité des notaires ont été gravement mises en cause.

b-3-5) Les contre-arguments tirés de la pratique notariale

280. Les condamnations pénales graves de certains notaires-. Il a été récemment fait état dans la presse de condamnations de notaires, pour abus d'une des parties au profit de l'autre[658].

Par ailleurs, certaines pratiques des notaires jettent de sérieux doutes quant au respect par ces derniers de leur devoir d'impartialité et/ou d'indépendance.

---

[658] V. en ce sens COLLECTIF NON/TAIRE, Manifeste contre les notaires, op. cit., p. 108 et s. citant plusieurs sources TRESSERO D. http://www.laprovence.com/article/région/deux-notaires-en-delicatesse-avec-la-justice-marseillaise ajoutant : *« la condamnation n'étant pas définitive, ce notaire bénéficie évidemment de la présomption d'innocence »* ; COTTIN S., http://www.sudouest.fr/2010/06/24/les-deux-notaires-condamnees-124794.php ajoutant : « *la condamnation n'étant pas définitive, ce notaire bénéficie évidemment de la présomption d'innocence* » ; http://avocats.notaires.over-blog.com/15-index.html à la date du 9 juill. 2010 ; http://avocats.notaires.over-blog.com/15-index.html à la date du 28 septembre 2010 ajoutant : « *la condamnation n'étant pas définitive, ce notaire bénéficie évidemment de la présomption d'innocence ».*

281. La pratique des rétro-commissions et des commissions d'indication -. Il a été souvent dénoncé la perception par les notaires de rétro-commissions auprès de certains de leurs « *prestataires, banques, experts ou organismes quelconques qu'ils recommandent à leur clients* »[659]. Cette rétro-commission aurait pour base de calcul, les « encours ou des honoraires versés ».

Cette pratique aurait d'ailleurs suscité une question d'un député au Ministre de la Justice le 28 avril 2008. En réponse à cette interpellation, la Garde des sceaux a bien rappelé qu'il est « *interdit aux notaires, sous peine de sanctions disciplinaires, et sans réserve aucune, d'accepter qu'un tiers leur remette tout ou partie de la rétribution par lui reçue à l'occasion, soit de la conclusion d'un acte, soit des pourparlers ou démarches qui ont précédé une convention à laquelle ils interviennent à quelque titre que ce soit* »[660]. En réalité, ce rappel se fonde sur la loi n° 2005-1564 du 15 décembre 2005 *portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de l'assurance*[661] dite loi DDAC qui a interdit la pratique. Avant celle-ci, la perception de telles rétro-commissions était monnaie courante comme en témoigne ces propos du directeur juridique et fiscal d'une société qui était partie prenante à cette pratique et qui précise que depuis l'entrée en vigueur de la loi DDAC de 2005, « *nous avons mis fin à toute relation d'affaire avec eux. Nous pouvons travailler avec eux chacun dans son domaine propre. Mais il n'y a plus de versement de commissions au titre de la présentation d'un client, même si avant 2005, elle pouvait se concevoir* »[662].

Mais une nouvelle commission désignée sous le vocable de « commission d'indication » aurait remplacé depuis les rétro-commissions comme en témoigne cette allégation de la directrice de développement et de l'innovation chez une autre société importante bien connue de la place : « *depuis plusieurs années, nous ne référençons plus de nouveaux notaires. De façon très marginale, nous collaborons avec eux sous forme d'indication, mais c'est contraignant puisque toute affaire doit se conclure en présence d'un inspecteur. Elle donne seulement lieu à une commission d'indication, une rémunération sur encours étant exclue* »[663].

---

[659] COLLECTIF NON/TAIRE, Manifeste contre les notaires, p. 142
[660] Idem, citant http://www. Agefi.fr/articles/la-fin-annoncee-retributions-notaires-assurreurs.1051376.html
[661] Loi n° 2005-1564 du 15 décembre 2005, J.O n° 292 du 16 décembre 2005
[662] Ibid. citant http://www. Agefi.fr/articles/la-fin-annoncee-retributions-notaires-assurreurs.1051376.html
[663] *Ibid*.

Il est évident que de telles pratiques sont profondément incompatibles avec l'exigence d'indépendance et/ou d'impartialité du notaire.

Toutes les analyses précédentes montrent sans équivoque les limites des arguments fondant la force exécutoire des actes juridiques privés notamment l'acte notarié exécutoire, sur les qualités de l'officier instrumentaire. Il convient maintenant de ressortir les limites de l'argument dit de « consensus exécutoire ».

Sous-section II : Le consensus exécutoire

282. Division.- Selon cet argument, le consentement des parties à l'acte justifie amplement que celui-ci acquiert la force exécutoire. Cette analyse se base sur une conception traditionnelle de la théorie des obligations (A), sauf que celle-ci a enregistré ces dernières années des évolutions qui rendent cette analyse dépassée (B).

A- Une analyse fondée sur une conception traditionnelle de la théorie des obligations

283. Division.- La force exécutoire de l'acte juridique privé a été justifiée par l'autonomie de la volonté (1). Mais cette justification est contestable au regard des limites qu'accuse cette théorie (2).

1- La force exécutoire de l'acte privé fondée sur l'autonomie de la volonté

284. Le rôle du consensualisme dans la règle d'attribution de la force exécutoire à l'acte privé-. Le mécanisme de l'attribution de la force exécutoire à l'acte juridique privé dès son établissement est fondé sur le dogme de l'autonomie de la volonté. Ainsi, hormis le procès-verbal de non-paiement rendu exécutoire par l'huissier de justice -le notaire ou le greffier en droit OHADA-, la place de ce postulat s'observe sans équivoque que ce soit dans l'acte notarié, dans les accords des parties homologués par le juge et dans le procès-verbal de conciliation signé du juge et des parties ainsi que pour l'accord des parties homologué par l'huissier de justice pour les petites créances. Il est reconnu à la volonté exprimée une force créatrice de droit[664].

[664]J. CARBONNIER, « *Droit civil, les obligations* », éd. PUF, 6ème éd. 1969, p.34 qui précisait que « *le contrat a une existence juridique par la seule force de la volonté sans que celle-ci ait besoin d'être revêtue de quelque empreinte qui lui serait conférée d'en haut* » ou encore J-P CHAZAL , « *L'autonomie de la volonté et la libre*

S'agissant de l'acte notarié, il a été expliqué que « *le titre est dressé par les parties qui y ont contribué et consenti* ». Quant aux accords homologués par le juge, le fait d'imposer à ce dernier, de cantonner son examen de l'accord des parties à la conformité de l'accord à l'ordre public et aux bonnes mœurs, constitue une manifestation claire du culte de la liberté contractuelle des parties. La même analyse peut être faite s'agissant du procès-verbal de conciliation exécutoire qui ne doit sa force exécutoire qu'à la volonté des parties, la signature du juge ne jouant qu'un rôle de reconnaissance dudit accord.

Et comme la volonté a été décrétée apte à elle seule à créer le droit, le bloc contractuel est considéré comme statique, intangible et immuable. De cela, a résulté la reconnaissance à celui-ci de ce qui a été appelé « force obligatoire »[665]. Aussi, a-t-il été avancé que peu importe les péripéties que viendraient à connaître cet acte en cours ou lors de son exécution, « *le consensus exécutoire appartient au passé et il doit y avoir alors contrainte* »[666].

En réalité ce mécanisme repose sur le culte de l'autonomie de la volonté.

285. Une interprétation rigide de l'autonomie de la volonté -. Le mécanisme ci-dessus décrit résulte d'une interprétation rigide du dogme de l'autonomie de la volonté issue des philosophies individualistes et libérales ayant marquées le XVIIIème siècle et consacrées par le code civil sous les influences de DOMAT et de POTHIER. Selon la philosophie individualiste issue des Lumières, chaque homme étant fondamentalement libre, l'individu ne peut être lié que parce qu'il l'a voulu et conformément à ce qu'il a voulu. Cette réflexion a été poussée à l'extrême par ROUSSEAU dans son Contrat Social dans lequel ce dernier tient les « *conventions pour base de toute autorité légitime parmi les hommes* »[667].

Quant aux libéraux, ils prônent le libre jeu des volontés individuelles qui réalisera immanquablement la justice. Aussi pensent-ils que le libre jeu des volontés individuelles assure l'équilibre économique et la prospérité générale.

---

recherche scientifique » in *RDC 2004/3,* Juillet 2004, p.630 qui écrit : « *la libre volonté des individus détermine seule le contenu des conventions avec pour corollaire, d'une part, que le juge, en bon serviteur de la loi des parties, n'est pas fondé à se prononcer sur l'équité des stipulations et l'équilibre de l'opération et, d'autre part, que le législateur doit s'efforcer de laisser le plus de place possible à la liberté contractuelle* »,

[665] V. sur l'emploi de cette expression, P. Ancel, « force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », *RTD civ. 1999. 771* ; M. Billiaud*, « Force obligatoire » in Études Ghestin,* LGDJ, 2001, p. 119 ;

[666] J.J. BOURDILLAT, « Le titre exécutoire notarié : le consensus exécutoire », *Rev. Huissiers* 1994, p. 679 et s.

[667] J.-J. Rousseau, *Du contrat social ou principes de droit politique* L. I, 4/9, Chapitre IV : *De l'esclavage*, in Collection complète des œuvres, Genève, 1780-1789, vol. 1, in-4°, éd. en ligne, www.rousseauonline.ch, version du 7 octobre 2012

Cette règle postule l'égalité absolue des parties ainsi qu'une certaine idée statique du contrat.

286. L'égalité postulée des parties -. La règle de l'autonomie part du postulat que les parties négocient le contenu de leur accord sur un pied d'égalité, et que dès lors, l'accord ainsi conclu ne peut être que juste. C'est ce qu'exprime d'ailleurs la célèbre formule de FOUILLE disciple de KANT **:** « *qui dit contractuel dit juste* »[668]. Par conséquent, le législateur et le juge doivent se garder de toute immixtion visant à modifier les termes de cet accord, le dernier devant se cantonner à la recherche de la commune volonté des parties.

287. Le contrat perçu comme un bloc intangible et statique-. Cette idée consiste dans le fait que l'accord des parties est considéré une fois scellé comme intangible et immuable, imperméable à toute évolution aussi bien législative que de la relation contractuelle quelle qu'elle soit[669]. C'est cette analyse de la relation contractuelle qui a donné lieu au célèbre arrêt *Canal de Craponne*[670]. Il s'agit d'une analyse subjective de la relation contractuelle qui place la « commune volonté des parties » et rien que celle-ci au centre de l'édifice contractuel.

Un tel accord, considéré comme juste, immuable et intangible, il n'y a pas mieux pour acquérir l'onction de l'exécution. D'où l'expression de « consensus exécutoire ». Mais force est de relever qu'un tel argument ne peut être approuvé, du fait des limites qu'accuse la théorie de l'autonomie de la volonté.

2- Un mécanisme injustifié au regard des limites de l'autonomie de la volonté

288. Division.- Le mécanisme de l'attribution de la force exécutoire à l'acte juridique privé ne saurait se justifier du fait de la réalité de l'inégalité des parties (a) et des différents déséquilibres contractuels (b) qui en réalité constituent des limites de la théorie de l'autonomie de la volonté.

a- La réalité de l'inégalité des parties substituée à l'utopie de l'égalité postulée

289. L'inégalité dans les contrats d'adhésion-. A l' « égalité postulée » des parties au contrat, s'est vite substituée la réalité de l'inégalité. Ainsi lors des négociations des clauses

---

668 A. Fouillée, *La science sociale contemporaine, Paris,* Librairie Hachette, 1904, 4e éd

669 V. pour cette réflexion C. THIBIERGE-GUELFUCI, Libre propos sur la transformation du droit des contrats, RTD Civ. 1997, p. 357, n° 5 ; V. généralement sur l'imprévision, P. Hébraut, « Notion et rôle du temps en droit civil », in Mél. Kayser, PU Aix-Marseille*, 1979, t. 2, p. 1,* M. Mekki*,* « *Hardship* et révision des contrats », *JCP 2010, no 1219 1257 ;* C. Ménard, *«* Imprévision et contrats de longue durée », in *Études Ghestin, LGDJ, 2001, p. 661 ;* R. David*,* « l'imprévision dans les droits européens », in *Études Jauffret,* Fac. droit Aix-Marseille, 1974, p. 211

670 Civ. 6 mars 1876, *De Gallifet c/ Cne de Pellissane (aff. du Canal de Craponne)* : GAJC, 11e., n° 163

contractuelles, une des parties au contrat, la « partie la plus forte », dicte sa volonté à l'autre, de sorte que le contrat se révèle être plus protecteur de ses intérêts.

Cette inégalité a été dénoncée par SALEILLES en ces termes : « *il y a contrats et contrats ; et nous sommes loin dans la réalité de cette unité de type contractuel que suppose le droit. Il faudra bien tôt ou tard, que le droit s'incline devant les nuances et les rapports sociaux ont fait surgir* »[671]. En vérité, SALEILLES a stigmatisé, l'inégalité dans les contrats qu'il a appelé « contrats d'adhésion ». Ce dernier écrit : « *Il y a de prétendus contrats qui n'ont du contrat que le nom, et dont la construction juridique reste à faire ; pour lesquels, en tout cas, les règles d'interprétation individuelle qui viennent d'être décrites devraient subir, sans doute, d'importantes modifications ; ne serait-ce que pour ce que l'on pourrait appeler, faute de mieux, les contrats d'adhésion, dans lesquels il y a prédominance exclusive d'une volonté, agissant comme volonté unilatérale, qui dicte sa loi, non plus à un individu, mais à une collectivité indéterminée, et qui s'engage déjà, par avance, unilatéralement, sauf adhésion de ceux qui voudront accepter la loi du contrat, et s'emparer de cet engagement déjà créé sur soi-même. C'est le cas de tous les contrats de travail dans la grande industrie, des contrats de transport avec les grandes compagnies de chemin de fer, et de tous les contrats qui revêtent comme un caractère de loi collective et qui, les Romains le disaient déjà, se rapprocheraient beaucoup plus de la Lex que de l'accord des volontés* »[672].

290. L'inégalité dans les contrats de gré à gré-. Force est de constater que cette inégalité ne s'observe pas qu'au niveau des contrats d'adhésion et que dans ceux dits de gré à gré, l'inégalité est bien souvent une triste réalité. Celle-ci se situe sur au moins trois niveaux : une inégalité de fait, une inégalité économique et enfin une inégalité au niveau de la connaissance par chaque partie des droits et obligations nés du contrat[673].

L'inégalité de fait se traduit concrètement par les besoins de chaque partie que la conclusion du contrat est censée satisfaire. Ainsi, est-il aisé de constater que dans la négociation d'un contrat de prêt entre une banque et son client, la signature de ce contrat peut être vitale pour le client si ce dernier a besoin des fonds pour éviter à son entreprise la cessation des paiements. Tandis que la banque elle, peut se passer de ce contrat dans la mesure où, de nombreux clients lui

---

[671] R. SALEILLES, *De la déclaration de volonté, Contribution à l'étude de l'acte juridique dans le code civil allemand*, Pichon 1901, p.229-230

[672] *Id.*

[673] V. dans ce sens AUBERT J.-L. - « Les relations entre bailleurs et locataires en droit français », in GESTIN J. et FONTAINE M. (dir.), *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels. Comparaison franco-belge*, Paris, L.G.D.J., 1996, n° 6 et s. p. 168 et s.

adressent la même demande. Il en est de même, pour le bailleur dont le local a un positionnement géographique appréciable pour l'exercice de telle activité et pour lequel plusieurs preneurs potentiels manifestent simultanément un intérêt. Ce dernier exemple peut être inversé. En effet, la faiblesse peut se présenter du côté du bailleur si ce dernier se trouve être par exemple un retraité pour lequel l'immeuble proposé en location est une source vitale de revenu de sorte que pour ce dernier, le « *refus de louer pour attendre des jours meilleurs est un luxe inaccessible* »[674]. Les exemples peuvent être multipliés à l'infini. Dans toutes ces hypothèses, la contrainte née du besoin fait perdre à la volonté son caractère libre.

Quant à l'inégalité des connaissances, elle résulte du fait que les parties n'ont pas la même conscience des droits et obligations résultant du contrat. Ainsi, dans un espace comme celui que couvre le traité OHADA, où la grande majorité des sociétés sont des structures précaires[675] et où le recours à un avocat est un luxe, il est un leurre de penser que ces structures ont une conscience aussi claire que peuvent l'avoir par exemple une société plus structurée[676] des engagements créés par le contrat.

S'agissant de l'inégalité économique, elle s'entend des conditions économiques entourant l'objet du contrat et résultant du jeu de l'offre et de la demande au moment des pourparlers. Ainsi, s'agissant par exemple de la signature d'un contrat de bail commercial, les conditions économiques seront plus favorables au bailleur si la demande relative au type d'immeuble qu'il propose – localisation, superficie, activité, etc.- est plus grande au moment des pourparlers. La situation serait inverse si c'est plutôt l'offre qui est élevée au moment des pourparlers[677].

A côté de cette inégalité considérée comme l'une des principales faiblesses de la conception classique du contrat, peut s'ajouter celle de la non-prise en compte des différents déséquilibres contractuels.

b- Les différents déséquilibres contractuels

291. Les déséquilibres congénitaux-. Dans la conception classique, la thèse de la recherche de la sécurité juridique a fait du contrat dès sa création un bloc statique, intangible et

[674] *Id.*
[675] La société, généralement des SARL se résume à son fondateur qui est en même temps son gérant. Elle ne dispose ni de service juridique ni de service administratif et pas même de service comptable !
[676] C'est le cas par exemple d'une banque doté seulement de services juridiques digne de ce nom, lequel service est dans la très grande majorité des cas épaulé par une armada d'avocats.
[677] V. en ce sens V. dans ce sens AUBERT J.-L. - « Les relations entre bailleurs et locataires en droit français », in GESTIN J. et FONTAINE M. (dir.), *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels. Comparaison franco-belge*, Paris, L.G.D.J., 1996, n°8, p. 169

irrévocable. Elle interdisait à travers la règle de la « force obligatoire » tout aménagement quel qu'il soit du rapport contractuel. De sorte que, le déséquilibre contractuel pourtant causé par l'inégalité des parties ne pouvait être corrigé[678]ni par le juge ni par le législateur.

Il s'agissait là d'une sorte de déni de la réalité qui conduisait en lieu et place de la sécurité juridique recherchée à un déséquilibre contractuel qui vouait inévitablement un tel type de contrat à l'inexécution.

La théorie classique est plus regardante des intérêts des parties, qui en réalité revient à l'intérêt de la partie la plus forte, que de la survie du contrat et partant de l'apport de celui-ci à son environnement macroéconomique[679].

292. Les déséquilibres nés des évolutions post-contractuelles-. Les évolutions post-contractuelles peuvent résulter de changements défavorables, soit de la situation personnelle des parties, soit de la conjoncture économique qui prévalait lors de la signature du contrat. Plusieurs hypothèses loin d'être des cas d'école peuvent se présenter : une des parties au contrat peut voir sa situation économico-financière complètement obérée après la signature du contrat, de sorte qu'une bonne exécution du contrat nécessiterait son réaménagement ; un particulier peut, suite à une rupture inattendue de son contrat de travail, se retrouver dans l'impossibilité d'honorer ses crédits ; un changement défavorable de la conjoncture économique peut empêcher une entreprise d'honorer ses engagements, rendant ainsi nécessaire une adaptation de ses relations contractuelles dans une perspective de sa sauvegarde[680].

Dans toutes ces hypothèses, il est évident que ces évolutions imprévisibles et inattendues induisent un déséquilibre qui rend quasiment impossible l'exécution du contrat. Plutôt que de rechercher une solution intermédiaire qui favorise à la fois l'adaptation du contrat à ces nouvelles circonstances et l'intérêt des parties et partant la survie du contrat, la théorie classique opte pour la solution radicale et illogique du maintien du contrat dans ses termes originels.

---

[678] Article 1118 du code civil n'admettant à son origine la lésion que dans le cas exceptionnel de la vente d'immeuble.

[679] Au-delà du fait qu'il permet aux parties d'organiser leurs relations, le contrat doit être un facteur de paix sociale à travers une organisation juste et équitable des relations entre individus et un élément d'échange économique utile à son environnement macroéconomique

[680] La sauvegarde d'une entreprise, entité particulièrement utile dans la construction et du développement du tissu économique nationale et la réalisation de l'objectif du plein emploi est plus qu'une nécessité. Il paraît en conséquence particulièrement aberrant de laisser aller en liquidation une entreprise par application de la règle de la force obligatoire des conventions.

Toutes ces limites qu'accuse la théorie classique faussent par leur seule existence l'analyse consistant à fonder le mécanisme de l'attribution de la force exécutoire à l'acte juridique privé dès sa création, sur le prétendu « consensus des parties ». A ce propos une auteure affirmait qu' « *il ne se trouve plus personne pour affirmer que c'est de la volonté que le contrat tire sa force contraignante, les auteurs ayant généralement abandonné l'autonomie de la volonté comme fondement de la force obligatoire* »[681]. Toutefois, il convient de préciser que la volonté n'en est pas moins importante dans la formation du lien contractuel, mais « *non plus comme une fin en soi* »[682], mais comme « *un moyen au service du droit, comme un instrument du bien commun* ». Cette analyse est d'autant plus erronée que la jurisprudence et le législateur font depuis lors évoluer la théorie générale des obligations vers de nouveaux principes non-écrits.

B- Une analyse dépassée par les récentes évolutions de la théorie générale des obligations

293. Division. Ces dernières années, la théorie générale des obligations a enregistré des évolutions majeures. Ainsi, de nombreux aménagements ont été apportés à l'autonomie de la volonté (1). Par ailleurs de nouveaux principes émergent au sein de la théorie générale des obligations (2) et qui limitent considérablement la portée de l'autonomie de la volonté telle qu'elle était entendue dans les premières années qui ont suivi la promulgation du code civil. Toutes ces évolutions rendent indubitablement dépassée l'analyse consistant à fonder la force exécutoire de l'acte juridique privé sur la théorie de l'autonomie de la volonté.

1- Les nombreux aménagements apportés à l'autonomie de la volonté

294. Domaine d'application des aménagements à l'autonomie de la volonté-. Ces aménagements concernent aussi bien le droit commun des contrats (a), les contrats d'adhésion (b) que le droit du surendettement des particuliers (c).

a- Les aménagements en droit commun des contrats

295. Le rôle correcteur de l'obligation de bonne foi-. Dans un souci de corrections des injustices induites par l'autonomie de la volonté, la jurisprudence et parfois même le législateur utilise l'obligation d'exécution de bonne foi des conventions. Ainsi, a-t-elle déduit de cette règle posée par l'article 1134 alinéas 3 du code civil deux obligations principales. Il s'agit de l'obligation de loyauté d'une part (a-1) et de l'obligation de coopération et de

[681] C. THIBIERGE-GUELFUCI, *op. cit*., n° 22.
[682] *Id.*

renégociation d'autre part (a-2). Ces deux obligations ont pour principale fonction de rééquilibrer l'inégalité structurelle des parties ainsi que le déséquilibre contractuel qu'elle engendre et permet de privilégier la survie du contrat aux seuls intérêts de la partie la plus forte. Ces aménagements s'observent à toutes les étapes de la vie du contrat : avant la naissance du contrat, au cours de sa vie et même au moment de sa disparition.

a-1) Les aménagements apportés par le devoir de loyauté des parties

296. L'exigence de loyauté durant la période précontractuelle-. Quelques obligations tirées de l'exigence de loyauté des parties viennent limiter la liberté contractuelle des parties et par là même corriger leur inégalité structurelle lors de la conclusion du contrat.

L'obligation précontractuelle d'information qui impose à la partie économiquement la plus forte, la plus informée, de livrer à l'autre partie la moins informée, les informations propres à éclairer son consentement. Elle a été découverte puis développée par la jurisprudence. Ainsi, la cour de cassation a dans plusieurs arrêts[683], précisé que le pré-contractant qui détient des informations sur la valeur réelle de l'objet du contrat, doit en informer son partenaire pour éviter à ce dernier de faire une mauvaise affaire. Le législateur quant à lui, l'utilise comme instrument de dissuasion dans les contrats de consommation[684] et de distribution[685]. Une des applications intéressante de l'obligation précontractuelle d'information est la sanction de la réticence

---

[683] Cass.civ. 1re, 27 avril 1991 : RTD civ., 1992, 81, obs. J. MESTRE ; Cass. com., 27 févr. 1996 : *D*., 1996, 518, note Ph. MALAURIE ; JCP, éd. G, 1996. II. 22665, obs. J. GHESTIN ; *RTD civ*. 1997., 114, obs. J. MESTRE

[684] Article L. 111-1 du code de la consommation tel que modifié par l'*art. 6-I de la loi n° 2014-344 du 17 mars 2014* relative à la consommation

[685] Article L. 330-3 code de commerce : « *Toute personne qui met à la disposition d'une autre personne un nom commercial, une marque ou une enseigne, en exigeant d'elle un engagement d'exclusivité ou de quasi-exclusivité pour l'exercice de son activité, est tenue, préalablement à la signature de tout contrat conclu dans l'intérêt commun des deux parties, de fournir à l'autre partie un document donnant des informations sincères, qui lui permette de s'engager en connaissance de cause.*

Ce document, dont le contenu est fixé par décret, précise notamment, l'ancienneté et l'expérience de l'entreprise, l'état et les perspectives de développement du marché concerné, l'importance du réseau d'exploitants, la durée, les conditions de renouvellement, de résiliation et de cession du contrat ainsi que le champ des exclusivités.

Lorsque le versement d'une somme est exigé préalablement à la signature du contrat mentionné ci-dessus, notamment pour obtenir la réservation d'une zone, les prestations assurées en contrepartie de cette somme sont précisées par écrit, ainsi que les obligations réciproques des parties en cas de dédit.

Le document prévu au premier alinéa ainsi que le projet de contrat sont communiqués vingt jours minimum avant la signature du contrat, ou, le cas échéant, avant le versement de la somme mentionnée à l'alinéa précédent ».

dolosive[686]. Cette sanction révèle la portée hautement restrictive de l'obligation d'information sur la liberté contractuelle. Le manquement à cette obligation peut entrainer la révision judiciaire du contrat[687], ce qui constitue un aménagement important à la force obligatoire du contrat.

La sanction de la rupture abusive des pourparlers[688] au nom du principe de cohérence qui constitue une restriction importante à la liberté contractuelle.

297. L'exigence de loyauté dans la rédaction des clauses contractuelles-. Cinq exigences permettent ici de rééquilibrer le contrat.

L'exigence de transparence qui conditionne la validité ou l'efficacité de certaines clauses à leur apparence formelle dans l'*instrumentum*[689] - les clauses relatives à l'action en justice par exemple- ou à leur connaissance et acception par celui contre qui elles sont invoquées[690] –les clauses limitatives de responsabilité par exemple-.

L'exigence de proportionnalité qui conduit la jurisprudence notamment dans des hypothèses où une considérable disproportion s'observe entre les ressources du débiteur et les engagements pris par ce dernier soit, à anéantir le contrat déséquilibré ou la clause, soit à octroyer des dommages-intérêts au débiteur[691]. Cette exigence a cours aussi bien en droit de la consommation, en droit de la distribution qu'en droit commun[692].

Le principe de cohérence qui permet à la jurisprudence de réputer non écrite les clauses contractuelles qui contredisent la portée de l'engagement essentiel du contrat[693].

---

[686] Civ. 1ère, 3 mai 2000, n° 98-11.381, D. 2002. Somm. 928, obs. Tournafond, RTD civ 2000. 566, obs. Mestre et Fages, Défrénois 2000. 1110, obs. Delebecque et Mazeaud

[687] D. MAZEAUD, « Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ? » in Mélange Terré, L'avenir du droit, éd. Dalloz 1999, n° 10, p. 611

[688] Cass. civ. 6 janv. 1998, *Rep. Défrénois* 1998, 741, obs. D. MAZEAUD

[689] V. en ce sens L. CADIET, « Les clauses contractuelles relatives à l'action en justices » in Les principales clauses des contrats conclus entre professionnels, PUAM, 1990, p. 193 et s., spéc. n° 49

[690] V. en ce sens Ph. DELEBECQUE, DELEBECQUE Ph. - « Les clauses de responsabilité » in *Les principales clauses des contrats conclus entre professionnels*, PUAM, 1990, p. 177 et s., spéc. n° 15 ; V. pour une application jurisprudentielle concernant une clause d'exclusion de garantie, cass. civ. 1re, 27 févr. 1996 : Contrats, conc, consomm., 1996, comm. n° 94, obs. L. LEVENEUR ; *RTD civ*. 1997, 119, obs. J. MESTRE

[691] V. en ce sens cass. com., 3 mai 1997, RTD civ., 1998, 101, obs. J. MESTRE et not. L'arrêt Macron cass. com. 17 juin 1997, *Rép. Défrénois,* 1997, 1424, obs. L. AYNES ; *JCP. E*, 1997, II, 1007, obs. D. LEGEAIS ; *Dr sociétés*, octobre 1997, 221, obs. Th. BONNEAU ; *RTD civ*. 1998, 100, J. MESTRE ; *Rep Défrénois*, 1998, 1040, obs. *D*. MAZEAUD ; V.

[692] V. en ce sens D. MAZEAUD, *op. cit*., n° 11, p 613

[693] V. Cass. com., 22 oct. 1996, *aff. Chronopost*, *D*. 1997, 121, note A. SERIAUX ; JCP, 1997. I. 4002, obs. M. FABRE-MAGNAN *; RTD civ*., 1997, 418, obs. J. MESTRE ; Ch. LARROUMET, « Obligation essentielle et clause limitative de responsabilité », D., 1997,145

Le pouvoir modérateur du juge sur les clauses pénales excessives qui constitue une importante restriction à la liberté contractuelle des parties ainsi qu'au principe de la force obligatoire des conventions, introduite successivement par les lois n° 75-597 du 9 juillet 1975 et n° 85-1097 du 11 octobre 1985.

L'obligation de sécurité créée par la jurisprudence en 1991[694] dans les contrats de transport et étendue depuis à toutes les activités de services[695] est un aménagement net au principe de la liberté contractuelle des parties. Il s'agit en effet d'une obligation non prévue au contrat, mais créée par le juge au profit de la partie la plus faible, dans l'unique but de rééquilibrer celui-ci.

298. L'exigence de loyauté lors de la disparition du contrat-. Ici encore, l'obligation de loyauté permet d'atténuer la toute-puissance de la partie la plus forte. A ce propos deux exemples sont forts illustratifs. Il s'agit de l'exigence de loyauté lors de la mise en œuvre de la clause de dédit et de la mise en œuvre de la clause résolutoire expresse.

S'agissant particulièrement de la clause résolutoire expresse, l'exigence de loyauté dans sa mise en œuvre est topique de la volonté de plus en plus affirmée de la jurisprudence de poser sur les yeux malades des rapports contractuels les lunettes correctrices du contrôle judiciaire. En effet, alors même que la fonction qui lui est assignée[696] est de soustraire la résolution « brutale et instantanée »[697] du contrat à un contrôle judiciaire en cas d'inexécution fautive du débiteur, le contrôle judiciaire peut se trouver restauré en cas de mise en œuvre déloyale de celle-ci[698].

a-2) Les aménagements apportés par le devoir de coopération et de renégociation

299. L'exigence de coopération-. Cette exigence couvre aussi bien la période précontractuelle que celle de l'exécution du contrat. Ainsi, trois obligations permettent de prendre la mesure de cette exigence.

Le devoir de conseil qui est la version la plus exigeante du devoir d'information, impose au partenaire le plus techniquement informé, le « sachant, l'initié »[699] le professionnel, de conseiller son pré-contractant sur l'adéquation de ses besoins avec les possibilités de choix qu'il

[694] Cass. civ., 29 nov. 1911, DP 1913, 1, p. 249
[695] L. GRYNBAUM, *Droit civil, les obligations*, HACHETTE SUPERIEUR 2007, n° 316, p. 129
[696] Presque toujours par la partie la plus forte
[697] D. MAZEAUD, *op. cit*., n° 11, p. 614
[698] En ce sens, cass. civ. 3e, 29 juin 1976, *RTD civ*., 1977, 340, obs. G. CORNU qui précisait notamment : « *antidote harmonieux : la force exécutoire que le premier alinéa de l'article 1134 imprime à la clause résolutoire expresse trouve son frein naturel dans la disposition finale du texte* »
[699] V. sur l'usage de ces mots, Idem, n° 17, p. 618

lui offre, les risques et les opportunités de l'opération envisagée[700]. Ce devoir doit conduire le professionnel à déconseiller à son pré-contractant de conclure avec lui si le produit ou le service qu'il lui propose n'est pas susceptible de satisfaire ses besoins.

Le devoir de renseignement impose aux parties, bien souvent le contractant en état de « supériorité économique, intellectuelle ou technique »[701], de renseigner leur cocontractant sur les éléments de nature à favoriser une exécution du contrat. Cette obligation perdure jusqu'à l'expiration du contrat[702].

L'interdiction de fixation abusive du prix de l'objet du contrat dans les contrats-cadre posée par l'assemblée plénière de la Cour de cassation dans ces retentissants arrêts de 1995[703] est une autre manifestation de l'obligation de coopération. Ici, la jurisprudence oblige la partie la plus forte qui s'est vu attribuée par le contrat le droit de fixer unilatéralement le prix, de tenir compte finalement des intérêts de son cocontractant dominé. Aussi le projet d'ordonnance portant réforme du *droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations rendu public le 25 février 2015*[704] confirme-t-elle cette ligne directrice. En effet, après avoir reconnu dans son article 1163 la possibilité pour les parties de convenir que « *le prix de la prestation sera fixé unilatéralement par l'une des parties* », cet article prévoit la possibilité d'une révision judiciaire en cas d'abus dans la fixation du prix. Il s'agit là encore d'une remise en cause très nette du principe de la force obligatoire du contrat et en général du dogme de l'autonomie de la volonté. D'ailleurs une auteure estime que « *toutes les conditions sont réunies pour que l'abus dans la fixation du prix appartienne à la théorie générale du contrat* »[705].

---

[700] Pour quelques applications jurisprudentielles, V. cass. civ. 1re, 27 juin 1995, *D*. 1995, 621, obs. S. PIEDELIEVRE ; *RTD civ*. 1996, 384, obs. J. MESTRE ou 7 avril 1998, *Bull. civ*. I, n° 150 ; *RTD civ*. 1999, p. 84, obs. J. MESTRE. Mais aussi en doctrine, Ph. LE TOURNEAU, « Les obligations professionnelles », in *Mél*. L. BOYER, 1996, p. 365, spéc. n° 18

[701] D. MAZEAUD, *op. cit*., n° 17, p. 618

[702] *Id*.

[703] Cass. Ass. plén. 1re déc. 1995 *Bull. civ. nº 9; R., p. 290; RTD civ. 1996. 153, obs. Mestre ; Defrénois 1996. 747, obs. Delebecque; GAJC, 11e éd., nº 151-154; D. 1996. 13, concl. Jéol, note Aynès; JCP 1996. II. 22565, concl. Jéol, note Ghestin; Gaz. Pal. 1995. 1. 626, concl. Jéol, note de Fontbressin; BICC 15 janv. 1996, p. 10, concl. Jéol, note Fossereau ;*

[704] V. pour un commentaire de ce projet, N. Dissaux et Ch. Jamin, *Projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations rendu public le 25 février 2015, Commentaire article par article,* éd. Dalloz 2015, spéc. p. 57 pour le commentaire de cet article

[705] AUBERT DE VINCELLES, « Pour une généralisation, encadrée, de l'abus dans la fixation du prix », *D. 2006, Chron. 2629*, n° 1 et s.

Cette remise en cause du dogme de l'autonomie de la volonté s'observe encore avec plus d'acuité au niveau des obligations de renégociation et d'adaptation du contrat.

300. L'exigence de renégociation et d'adaptation du contrat-. Il peut arriver que les circonstances qui prévalaient lors de la conclusion du contrat aient évolué dans un sens gravement défavorable au débiteur et rendent impossible l'exécution du contrat. L'application rigoureuse du principe de la force obligatoire des conventions a conduit la Cour de cassation dans l'affaire dit *canal de Craponne*[706], à interdire que la prise en compte de ce « *déséquilibre conjoncturel* »[707] conduise le juge à procéder à une révision du contrat. C'est la fameuse question de l'imprévision. Mais depuis lors, ce rigorisme a connu quelques infléchissements induits par deux obligations et une application de la cause objective.

L'obligation d'adaptation. Ici il ne s'agit pas d'autoriser le juge à réviser le contrat du fait de l'évolution défavorable des circonstances économiques. Il a plutôt été question de mettre à la charge du créancier de l'obligation, une obligation d'adapter le contrat aux nouvelles circonstances en vue de lui permettre de perdurer. Cette obligation dont la violation est sanctionnée par une condamnation à des dommages-intérêts a été pour la première fois créée dans l'affaire BP c/Huard[708] puis réaffirmée récemment[709].

L'obligation de renégociation qui a été déduite d'une interprétation a *contrario* d'une décision où la Cour de cassation précisait qu'il n'y avait pas d'obligation de renégocier le contrat parce que le déséquilibre en l'occurrence financier existait depuis la conclusion du contrat et n'est pas dû à une modification imprévue des circonstances économiques[710]. Aussi, cette obligation a été plus nettement affirmée dans un récent arrêt de la cour d'appel de Nancy. Celle-ci précisait que : « *l'obligation d'exécuter le contrat de bonne foi doit inciter les parties à renégocier un contrat dont le déséquilibre résulte de la réglementation sur les quotas d'émission de gaz à*

[706] Civ. 6 mars 1876, *De Gallifet c/ Cne de Pelissanne (affaire du Canal de Craponne): GAJC, 11e éd., no 163; DP 1876. 1. 193, note Giboulot; S. 1876. 1. 161.*

[707] V. sur cette expression, L. Thibierge, « Le traitement du déséquilibre économique par le droit commun des contrats », in M. Bourassin et J. Revel (*dir.*), Réforme du droit civil et vie des affaires. Actes du séminaire organisé par le centre de droit civil des affaires et du contentieux économique, éd. Dalloz 2014, p. 231-240, spéc. 234, 238

[708] Cass. com. 3 nov. 1992, *JCP G* 1993, II, 22164, note G. VIRASSAMY ; *RTD civ*. 1993, p. 124, obs. J. MESTRE

[709] Cass. com., 24 nov. 1998, *Bull. civ*. IV, n° 277 *JCP G* 1999, II, 10210, note Y. PICOD

[710] Cass. civ. 1re, 16 mars 2004 ; sur la portée de cet arrêt V. *D*. 2004, p. 1754, D. MAZEAUD ; note GAVOTY et EDWARDS, *LPA* 28 juin 2004, p. 18, note Mazeaud, *D*. 2004. 1754, obs. J. Ghestin ; *JCP* 2004. I. 173, obs. Mestre et Fages ; *RTD civ*. 2004. 290 . – SCHMIDT. Sur l'existence de cette idée en doctrine suite à un arrêt de la Cour de cassation datant de 1992, D. MAZEAUD, *op. cit*., n° 17, p. 621

effet de serre, dans l'intérêt général de ces émissions »[711]. Par ailleurs, le législateur lui-même, en certaines matières, soit intervient directement pour modifier les obligations des parties, soit confie au juge le soin de le faire[712]. Enfin, l'obligation de renégociation a été clairement prévue par le projet d'ordonnance portant réforme du *droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations rendu public le 25 février 2015*[713]. Mais quand la voie de la renégociation conventionnelle se ferme, se pose alors la question de savoir les conséquences juridiques qu'il convient de tirer de cette imprévision.

L'admission de la caducité du contrat pour imprévision sur le fondement de la cause. Dans une récente affaire dit affaire *Soffimat*[714], la Cour de cassation a jugé qu'un contrat était devenu caduc suite à un changement imprévisible des circonstances économiques. Selon la haute juridiction, cette évolution imprévisible des circonstances économiques a rendu sans contrepartie l'obligation du débiteur faisant ainsi disparaître la cause du contrat. Cet arrêt accorde donc au juge le pouvoir non de réviser le contrat pour imprévision mais de le déclarer caduc pour imprévision.

S'il est clair que cet arrêt ne revient pas sur la règle de l'interdiction faite au juge de réviser le contrat pour imprévision, il a été considéré comme provoquant « *une fissure dans le « canal de*

---

[711] Nancy, 26 sept. 2007: *D. 2008. 1120, note Boutonnet; JCP 2008. II. 10091, note Lamoureux; RLDC 2008/5, n° 2969, note Cachard; RTD civ. 2008. 295, obs. Fages*

[712] V. en ce sens L. BOYER, Contrats et conventions, *Rep. civ. Dalloz* 1993, mise à jour à juin 2013, n° 250 précisant : « *Mais, c'est surtout le* législateur *qui intervient dans des circonstances très nombreuses pour combler des ruptures d'équilibre survenant dans l'économie des contrats de longue durée. Au-delà de lois de circonstances, il use et cela d'une façon permanente de différentes techniques : 1° Dans certains cas, le législateur modifie directement la prestation d'une des parties ; ainsi, en matière de rentes viagères (V. les très nombreuses lois qui se sont succédées, celle n° 49-420 du 25 mars 1949, D. 1949.203,* Rect. *258, demeurant le texte de base). 2° D'autres fois, il* confie au juge *le soin d'opérer cette révision sur la demande d'une des parties ; ainsi, en matière de cession de « droit d'auteur », le juge peut réviser le prix convenu au cas de « prévision insuffisante » (C. propr. intell., art. L. 131-5) ; ainsi encore en matière de baux commerciaux (Décr. n° 53-960 du 30 sept. 1953, art. 26 et s., D. 1953.393) ou de baux ruraux (C. rur., art. L. 411-13)* ». L'exemple du droit du bail commercial OHADA qui a attribué au juge le pouvoir de réviser le loyer en cas de désaccord entre les parties mérite aussi d'être signalé

[713] Article 1196 qui dispose : « *Si un changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat rend l'exécution excessivement onéreuse pour une partie qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque, celle-ci peut demander une renégociation du contrat à son cocontractant. Elle continue à exécuter ses obligations durant la renégociation.*

En cas de refus ou d'échec de la renégociation, les parties peuvent demander d'un commun accord au juge de procéder à l'adaptation du contrat. A défaut, une partie peut demander au juge d'y mettre fin, à la date et aux conditions qu'il fixe ».

[714] Com. 29 juin 2010, n° n°09-67369, D. 2010. 2481, obs. D. Mazeaud, « L'arrêt Canal « moins » ? »

Craponne » »[715]. Il est même permis de considérer que cet arrêt opère une avancée par rapport aux avant-projets de réforme CATALA. En effet l'avant-projet CATALA notamment les articles 1135-1 et 1135-2 prévoit seulement la possibilité pour le juge d'ordonner la renégociation du contrat en cas d'absence de clause de renégociation dans le contrat et en cas d'échec de celle-ci la possibilité pour les parties de le résilier unilatéralement.

Quant aux deux autres projets de réforme, cet arrêt paraît plus ou moins sur la même longueur d'onde que le projet d'ordonnance portant réforme du *droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations rendu public le 25 février 2015*, car celui-ci préconise soit la révision judiciaire du contrat uniquement sur « accord des parties », soit le pouvoir pour le juge de mettre fin au contrat[716]. Sur ce dernier point, la règle dégagée par le projet d'ordonnance de février 2015 est moins élaborée que celle dégagée par l'arrêt. Et pour cause, tandis que le fondement de la caducité est bien précisé dans l'arrêt *Soffimat*, le fondement du pouvoir du juge de mettre fin au contrat n'a pas été précisé dans l'avant-projet. S'agissant de l'avant-projet *Terré*, il admet clairement la révision du contrat par le juge pour imprévision car il prévoit que « *le juge peut adapter le contrat en considération des attentes légitimes des parties ou y mettre fin à la date et aux conditions qu'il fixe* ». En cela, il constitue le projet le mieux élaboré. Il ne reste qu'à espérer que le projet d'ordonnance s'allie, d'ici son vote définitif, sur cette position.

En attendant cette avancée souhaitée, il est évident qu'à côté des nombreuses règles évoquées, l'obligation d'adaptation, l'obligation de renégociation et maintenant le pouvoir accordé au juge de déclarer caduc le contrat en cas d'imprévision, sonne plus que jamais le glas du rigorisme contractuel de la force obligatoire des conventions. C'est aussi le déclin sans équivoque de ce rigorisme que suggèrent certaines règles spécifiques aux contrats d'adhésion et le droit du surendettement des particuliers.

b) Les aménagements spécifiques aux contrats d'adhésion

302. L'interprétation *in favorem*-. Le juge s'est vu attribuer le pouvoir en matière de contrat d'adhésion, d'interpréter la volonté des parties dans un sens plus favorable à la partie la

---

715 D. MAZEAUD, « L'arrêt Canal « moins » ? », *D*. 2010, 2481

716 Article 1196 du projet d'ordonnance portant réforme du *droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations rendu public le 25 février 201, précit.*

plus faible, le consommateur. Ceci montre clairement la reconnaissance par le législateur de la réalité de l'inexistence d'une volonté commune des parties, en un mot d'un soi-disant consensus.

303. L'éviction des clauses abusives-. Le juge s'est vu reconnaître le pouvoir d'évincer les clauses abusives insérées dans les contrats d'adhésion. Il s'agit clairement d'une entorse majeure aussi bien à la règle de la liberté contractuelle mais surtout à celle de la force obligatoire des conventions.

c) Les aménagements en matière de surendettement des particuliers

304. La rupture du lien ombilical avec le droit commun des contrats-. Ici, allongement des délais de paiement, réduction ou même effacement[717] de la dette du débiteur sont les maîtres mots, toutes choses contraires au principe de la liberté contractuelle et à celui de la force obligatoire des conventions. Pour le Professeur MAZEAUD, le droit du surendettement des particuliers « *semble aujourd'hui avoir rompu les amarres avec le droit commun des obligations* »[718].

Toutes ces règles issues des dernières évolutions du droit des contrats sont annonciatrices de l'émergence en cette matière de nouveaux principes qui contredisent sans équivoque l'argument du « *consensus exécutoire* ».

2- Les contre-arguments tirés de l'émergence de nouveaux principes

305. Les nouveaux principes émergents en droit des contrats-. L'analyse des récentes évolutions du droit contractuel à la lumière des règles ci-dessus exposées, révèle l'émergence de nouveaux principes. Ces principes sont : la « loyauté, la solidarité et la fraternité »[719] contractuelles. Dit autrement, les nouvelles devises contractuelles sont : le principe de l'égalité contractuelle, le principe de l'équilibre contractuel et le principe de la fraternité contractuelle. Bien plus que des exceptions au dogme de l'autonomie de la volonté, ces nouveaux principes ont vocation à la substituer, tant ils correspondent mieux à la physionomie réelle et nouvelle du droit des contrats.

[717] Selon la situation du débiteur, ses dettes autres que fiscales et alimentaires peuvent être effacées …
[718] D. MAZEAUD, « Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ? » in Mélange TERRE, Dalloz, 1999, n° 9, n° 18, p. 623
[719] *Id.*

306. Les nouveaux principes du droit des contrats contredisent l'argument du consensus exécutoire-. Les principes d'égalité contractuelle, d'équilibre contractuel et de fraternité contractuelle ainsi que leurs différentes manifestations ci-haut exposées, interdisent l'idée d'un « *consensus exécutoire* » permettant d'attribuer la force exécutoire à l'accord des parties dès sa création. Car contrairement aux fondements de ce soi-disant « *consensus exécutoire* » que sont la liberté contractuelle et la force obligatoire, qui prônent en réalité une vision statique du contrat et autocentrée sur les seuls intérêts des parties, ces nouveaux principes induisent une vision dynamique du lien contractuel considéré non plus par rapport au microcosme des parties, mais à son environnement macroéconomique.

Ainsi, ces nouveaux principes sont-ils susceptibles d'engendrer de multiples changements éventuels de l'accord des parties, dans un sens de plus de justice contractuelle et aussi d'un meilleur épanouissement du lien contractuel, condition *sine qua non* sans laquelle le contrat ne pourra remplir son rôle de levier économique. Or cette nouvelle vision dynamique du lien contractuel ne peut s'accommoder d'une attribution automatique de la force exécutoire à l'accord des parties dès sa création. Il va donc sans dire que l'argument du « consensus exécutoire » est depuis très longtemps dépassé.

SECTION II : Les fondements liés à l'économie

307. Division.- Le mécanisme d'attribution de la force exécutoire à un acte juridique privé s'est construit autour d'un principe économique bien connu. Il s'agit de la notion de recherche de profit qui se traduit concrètement ici par la recherche de gain : le gain de temps et le gain d'argent.

La recherche du gain de temps a conduit à sortir du processus juridictionnel un certain nombre de procédures dont celles conduisant à la création de l'acte juridique privé exécutoire. Mais cette déjudiciarisation (Sous-section I) tire en réalité ses racines d'une analyse économique du droit (Sous-section II), théorie qui sous-tend par ailleurs la recherche du gain d'argent.

Sous-section I : La déjudiciarisation

308. Division.- Le concept de la déjudiciarisation (A) a fait couler beaucoup d'encre. Mais ces contours ne paraissent pas toujours précis. Il sera donc nécessaire de les clarifier, ce qui offrira une base d'étude simple à l'analyse de sa légitimité (B) en tant que politique législative, qui plus est fondement de la création de titres exécutoires, en l'occurrence les actes juridiques privés exécutoires.

A- Le concept

309. Division.- Le concept de la déjudiciarisation mérite quelques clarifications (1). Ce n'est qu'à cette condition que le rôle que joue ce concept dans l'attribution de la force exécutoire aux actes juridiques privés (2) ainsi que ces réelles motivations (3) pourront être bien appréhendés.

1- Quelques clarifications sur le concept de la déjudiciarisation

310. Une définition doctrinale non satisfaisante-. La déjudiciarisation n'a été définie par aucun des lexiques de terme juridique courants. Les auteurs ont dû se baser sur la constitution du mot pour en extraire quelques éléments de définitions. Un auteur a fait remarquer que la déjudiciarisation se : « *compose d'un préfixe dé-, d'une racine –judiciar- et d'un suffixe-isation. Le préfixe dé-, qui vient du latin dis-, indiquant l'éloignement, la séparation, la privation, la déjudiciarisation apparaît donc comme l'antonyme de la judiciarisation* »[720], pour *in fine* conclure que la déjudiciarisation est le fait de sortir le règlement d'un litige des lieux de la justice.

Le Professeur CADIET distingue la déjudiciarisation des notions comme la déformalisation qui s'analyserait comme un assouplissement du formalisme procédural et la déjuridictionnalisation entendu comme le fait de se soustraire à l'office du juge qui est de trancher les litiges conformément à la règle de droit. Or la déjudiciarisation est fondée sur une idéologie et non sur une règle de droit. Et en tant que tel, aucune proposition de définition juridique de cette notion ne saurait être tenue pour pertinente qui ne prend en compte cette idéologie. Ainsi, la définition juridique de la « déjudiciarisation » ne peut se faire sans une bonne appréhension de l'idéologie qui la fonde et qu'un rappel historique permettra de bien cerner.

311. Une définition juridique de la déjudiciarisation basée sur l'idéologie qui la fonde-. Le concept de la déjudiciarisation serait apparu aux Etats-Unis dans les années 1960 sous l'inspiration des criminologues. Ces derniers proposaient que les auteurs de certains comportements déviants soient placés dans un cadre de contrôles sociaux ou administratifs plutôt que de subir la foudre de la justice répressive dans un but d'évitement de la récidive[721].

[720] L. CADIET, « La déjudiciarisation. Rapport introductif » in Olivera BOSKOVIC (de) (dir.), *La déjudiciarisation*, Mare et Martin, 2012, p. 10

[721] FERRAND F., « La déjudiciarisation : les expériences étrangères entre incitations externes et politique juridique interne » in Olivera BOSKOVIC (de) (dir.), *La déjudiciarisation*, *op. cit*. p. 39

Cette idée s'est ensuite répandue dans certains pays d'Europe continentale tels que l'Allemagne, l'Espagne et la France. Son apparition en France daterait de la fin des années 1970 sous l'inspiration des néologismes ambiants de la langue anglaise comme *delegalization* ou encore *decriminalization* et aurait été officiellement utilisée la première fois au milieu des années 1980[722].

En 2007, la garde des sceaux annonçait de façon à peine voilée la déjudiciarisation comme l'étape devant succéder à la réforme de la carte judiciaire en vue de la réalisation de l'objectif de la modernisation de la justice. C'est le rapport GUINCHARD qui, la première fois se fit le porte-plume de l'idéologie de la déjudiciarisation comme politique législative. Ce rapport préconisait de recentrer le juge sur sa mission telle que définie par l'article 12 à savoir trancher le litige en vertu de la règle de droit applicable[723].

Il faut dire que d'autres rapports ont précédé le rapport GUINCHARD qui avaient déjà préconisé de recentrer la mission du juge sur son rôle principal qui est de trancher le litige. Ainsi en est-il du rapport Haenel et Arthuis de 1991 qui indiquait que « *parce que la justice est tout à la fois une fonction régalienne inscrite au cœur du rôle de l'Etat et une instance régulatrice du fonctionnement de la société qui dit le droit applicable, parce qu'aussi elle assure la garantie des libertés, il convient de circonscrire clairement l'essentiel de ses missions et d'en maîtriser le contenu afin qu'elle joue effectivement son rôle* »[724].

Ces préconisations n'ont pas manqué d'exercer une influence certaine sur les réformes du droit de l'exécution portées par la loi n° 91-650 du 9 juillet 1991 portant réforme des procédures civiles d'exécution[725] ainsi que le décret du 31 juillet 1992[726], réformes ayant induit, c'est connu,

---

[722] L. CADIET, « La déjudiciarisation. Rapport introductif », op. cit., p. 11

[723] RAPPORT GUINCHARD, *L'ambition raisonnée d'une justice apaisée*, La Documentation française 2008, p. 36

[724] J. ARTHUIS set H. HAENEL, Justice sinistrée, démocratie en danger, Paris, Economica, 1992, spéc. p. 5, cit. par S. AMRANI-MEKKI, « Déjudiciarisation et évolution des professions juridiques » in Olivera BOSKOVIC (de) (dir.), *La déjudiciarisation*, *op. cit*. p. 183

[725]Loi n° 91-650 du 09/07/1991, JO n° 163 du 14/07/1991 (rectificatif paru au JO n° 110 du 12/05/1992)

[726] Décret n°92-755 du 31 juillet 1992 instituant de nouvelles règles relatives aux procédures civiles d'exécution pour l'application de la loi n° 91-650 du 9 juillet 1991 portant réforme des procédures civiles d'exécution, modifié par le décret n°2005-1678 du 28 décembre 2005 - art. 82, JORF 29 décembre 2005 en vigueur le 1er mars 2006 et abrogé par décret n°2012-783 du 30 mai 2012 relatif à la partie réglementaire du code des procédures civiles d'exécution

une nette déjudiciarisation de la matière[727]. C'est ainsi que la procédure de saisie des créances qui était judiciaire avant la réforme de 1991 a été soustraite au contrôle du juge. Ce fût aussi le cas des procédures de saisie conservatoire pour lesquelles le titulaire d'un titre exécutoire, le détenteur d'une lettre de change acceptée, d'un billet à ordre ou d'un chèque impayé, et le bailleur impayé à condition que le contrat de bail soit écrit, sont exemptés de l'obligation de requérir l'autorisation du juge[728].

Ces mêmes solutions ont été adoptées par le droit OHADA qui a réformé sur ces points le droit des voies d'exécution de certains pays membres de l'organisation. Il faut dire qu'il s'agit là des seuls points qui, en droit OHADA ont été soustraits à examen judicaire, et ceci sans qu'aucun rapport officiel n'est évoqué le concept de déjudiciarisation.

Ainsi, définie juridiquement, mais sur la base de l'idéologie qui la sous-tend, la déjudiciarisation s'entend du fait de soustraire au contrôle du juge, soit préventivement – une affaire[729] caractérisée par l'absence de différend entre les parties-, soit en cours d'instance judiciaire - un litige-, par la promotion de voies alternatives – médiation, conciliation, intervention d'un officier public, etc.-, dans le but de délester la mission judiciaire de tout office qui s'écarterait de la fonction traditionnelle du juge qui consiste à trancher un litige. Cette définition inclut donc les notions de déjuridictionnalisation et de déformalisation dès lors que celles-ci conduisent à soustraire l'affaire ou le litige en cause à l'office du juge consistant à trancher le litige. C'est dans cette logique que s'inscrit l'attribution de la force exécutoire aux actes juridiques privés.

2- Le rôle de la déjudiciarisation dans l'attribution de la force exécutoire aux actes juridiques privés

312. L'acte notarié revêtu de la formule exécutoire-. La force exécutoire a été attribuée à l'acte notarié par la loi ventôse en 1803 pour les raisons ci-dessus évoquées, donc bien avant le mouvement de déjudiciarisation dont la naissance est située dans les années 1960. Toutefois, il convient de relever que déjà à cette époque, l'idée d'un règlement extrajudiciaire des conflits était exprimée. A ce propos, une auteure affirmait que l'idée de déjudiciarisation

[727] V. à ce propos P. THERY, « La déjudiciarisation des procédures d'exécution », *LPA*, 6 janvier 1993, n° 3, p. 12
[728] V. infra
[729] V. s'agissant de l'objet de la déjudiciarisation, l'intéressante analyse de L. CADIET, « La déjudiciarisation. Rapport introductif » in *La déjudiciarisation* sous la direction de Olivera BOSKOVIC, éd. mare & martin 2012, p. 11

n'est pas nouvelle, citant à titre illustratif les propos prononcés le 7 juillet 1790 par Louis PRUGNON, député à l'Assemblée Constituante : « *rendre justice n'est que la seconde dette de la société. Empêcher les procès c'est la première. Il faut que la société dise aux parties pour arriver au temple de la justice passez d'abord par celui de la concorde. J'espère qu'en passant vous transigerez* »[730]. Aussi, dans leur justification de la nécessité d'introduire en droit québécois l'acte notarié exécutoire[731], un auteur explique : « *de façon très pragmatique, la « déjudiciarisation » suffirait à fonder la force exécutoire de l'acte authentique* »[732].

En tout état de cause, force est de constater que le critère de l'absence de contestation qui, selon la logique de la déjudiciarisation, justifie l'exclusion d'un examen judiciaire est rempli. Ce qui aurait permis de justifier la création de ce titre exécutoire par le mouvement de « déjudiciarisation », n'eut été l'antériorité de son existence à ce mouvement. D'ailleurs, il est permis de s'interroger sur le rôle que joue la « déjudiciarisation » dans le maintien de ce titre nonobstant l'existence de toutes les anomalies ci-dessus dénoncées. Une comparaison avec le projet de confier le divorce par consentement mutuel au notaire sera d'un éclairant apport dans la tentative d'une réponse à cette interrogation.

Ainsi, le projet de confier le divorce par consentement mutuel au notaire était la figure de proue de la déjudiciarisation telle que voulue par le pouvoir de l'époque. En effet, le transfert des pouvoirs du juge vers le notaire en cette matière était inscrit à l'agenda politique et faisait partie des points soumis à l'examen de la commission GUINCHARD[733]. Or il est aisé de constater que l'accord des parties quant au fond -et donc l'absence de litige apparent- ainsi que le choix du notaire qui justifiaient aux yeux des initiateurs du projet la déjudiciarisation du divorce, se retrouvent également dans le mécanisme de l'attribution de la force exécutoire à l'accord des parties reçu par un notaire. En conséquence, la déjudiciarisation reste effectivement la seule

[730] S. GABORIAU, « Déjudiciarisation et administration de la justice. Promouvoir la « juridiversité », *LPA*, 14 juin 2012, n° 119, p. 3

[731] V. en ce sens, A. CHEYNET DE BEAUPRE, « Déjudiciarisation et contractualisation dans le droit de la famille », in Olivera BOSKOVIC (de) (dir.), *La déjudiciarisation*, op. cit., p. 237 expliquant que : « depuis 2007, plusieurs projets ont envisagé qu'en cas de divorce par consentement mutuel, en l'absence d'enfants mineurs, le recours au juge ne soit plus nécessaire et soit remplacé par un enregistrement devant notaire ou un fort allègement de la procédure » citant notamment pour l'enregistrement devant notaire, la proposition du ministre du budget de décembre 2007 et pour l'allègement de la procédure, le projet de loi du garde des sceaux du 3 mars 2010 pour les couples n'ayant pas d'enfants mineurs commun.

[732] A. BENARD, « La force exécutoire : l'acte authentique comme instrument de déjudiciarisation » in N. KASIRER et P. NOREAU (dir.), Sources et instruments de justice en droit privé, Éditions Thémis, Montréal, 2002, p. 530

[733] V. sur ce point S. GABORIAU, « Déjudiciarisation et administration de la justice », in Olivera BOSKOVIC (de) (dir.), *La déjudiciarisation*, *op. cit*., p. 139 citant la proposition faite par le premier conseil de la modernisation des politiques publiques du 12 décembre 2007

raison, -raison politique- qui explique le maintien de l'acte notarié exécutoire. Du reste, il n'est pas excessif d'affirmer que les initiateurs du projet de divorce par consentement ont sans doute pris exemple sur l'acte notarié exécutoire.

313. Les accords auxquels les juridictions ont conféré force exécutoire-. Il faut distinguer ici les accords extrajudiciaires de ceux intervenus en pleine instance judiciaire. Sur les premiers, aucune ambigüité ne subsiste sur le fait qu'il faut y voir l'empreinte de la politique de déjudiciarisation[734]. En effet, la création de ce titre se fonde sur l'idée qu'un accord des parties mettant fin à toute contestation[735] ou supposant l'inexistence même d'une contestation[736], une intervention du juge au sens de sa mission première qui consiste à trancher un différend ne se justifie guère.

S'agissant de la médiation judiciaire et de la conciliation judiciaire, un auteur estime que : la « *conciliation judiciaire ou la médiation judiciaire sont des instruments de déjuridictionnalisation du litige sans être à proprement parler des formes de déjudiciarisation* »[737]. Ce raisonnement ne correspond pas à l'idéologie de la déjudiciarisation.

En effet, dans ces deux cas, c'est parce que d'une part, il a été considéré que la possibilité pour les parties de parvenir, avec l'intervention d'une tierce personne à un accord, rend inutile l'exercice par le juge de sa fonction de trancher, que ces modes alternatifs -la médiation et la conciliation- ont été introduits au cœur même de l'instance judiciaire en substitution de la fonction du juge consistant à trancher le litige.

D'autre part, le contrôle judiciaire exercé par le juge lors d'une éventuelle homologation de l'accord des parties que semble retenir ces auteurs pour écarter la qualification de déjudiciarisation, n'en est pas un, car ce dernier n'a pas le pouvoir de remettre en cause l'accord des parties[738], et doit se contenter d'un contrôle minimum. Il lui est juste laisser la possibilité de rejeter la demande d'homologation s'il lui apparaît que l'accord qui lui est soumis est contraire aux bonnes mœurs ou à l'ordre public.

---

[734] V. en ce sens, L. CADIET, op. cit., p. 15
[735] Ce peut être une transaction, une médiation extrajudiciaire ou une conciliation extrajudiciaire.
[736] Il s'agit des accords que les parties s'entendent pour soumettre à homologation du juge
[737] *Id*.
[738] Article 1565 in fine du code de procédure civile qui dispose que : « *le juge à qui est soumis l'accord ne peut en modifier les termes* ».

Aussi, l'office du juge ici est identique à celui d'un notaire requis pour recevoir l'accord des parties et lui attribuer la force exécutoire, office dont le caractère déjudiciarisé est, comme exposé ci-dessus incontestable.

Par conséquent, il est aisé d'affirmer qu'en encourageant le juge à renvoyer un litige qui pourtant lui est soumis à des médiateurs ou conciliateurs, le privant ainsi de sa fonction de trancher, puis en réduisant par la suite le contrôle par ce dernier à un strict minimum, les auteurs de la politique de déjudiciarisation auront atteint leur objectif.

Dès lors, la conciliation judiciaire et la médiation judiciaire sont bel et bien des produits de la déjudiciarisation[739].

314. Le titre exécutoire délivré en cas de non-paiement d'un chèque-. Le non-paiement d'un chèque volontairement délivré par le débiteur lui-même étant établi par un acte d'un officier public, l'hypothèse d'une contestation sur la réalité de ce non-paiement est exclue. Par conséquent, l'idée d'une intervention du juge dans le sens de trancher un différend ne se justifie pas.

La politique de la déjudiciarisation est sous-jacente à l'attribution de la force exécutoire à l'acte juridique privé. Dès lors, la question de la légitimité de ce mécanisme s'appréciera à l'aune de celle de la déjudiciarisation. Or un examen pertinent de la légitimité de la déjudiciarisation ne peut se faire sans celui de ses réelles motivations.

3- Les réelles motivations de la politique de déjudiciarisation

315. Les objectifs de la déjudiciarisation-. La politique de déjudiciarisation poursuit deux objectifs principaux à savoir : la recherche d'un gain d'argent et la recherche d'un gain de temps.

Le gain d'argent. Ce point sera étudié lors de l'étude de l'autre élément d'explication du mécanisme d'attribution de la force exécutoire aux actes juridiques privés à savoir, l'analyse économique du droit, phénomène duquel il résulte plus globalement.

Le gain de temps. Il réside dans une recherche de célérité des procédures judiciaires qui elle-même trouve sa cause aussi bien dans des éléments internes qu'exogènes qu'il sied d'exposer.

[739] V. en ce sens F. FERRAND, op. cit., n°24, p. 61 qui voit bien –sans toutefois démontrer le pourquoi- derrière ces deux modes alternatifs de règlement du procès la politique de la « déjudiciarisation ».

316. Les causes de la recherche du gain de temps-. Elles sont de deux ordres : les causes internes (a) et les causes externes (b).

a) Les causes internes

317. Les critiques de lenteur judiciaire-. Il s'agit essentiellement des critiques de lenteur formulées à l'encontre de la justice. Ainsi, un auteur a pu écrire : « *entre le fort et le faible, la liberté opprime et la loi affranchit mais lorsque le bras séculier de la justice met des années à appliquer la loi, la procédure opprime le faible* »[740]. Ce même auteur dénonce le coût économique et humain de la lenteur de la justice non sans avancer quelques chiffres pour illustrer ladite lenteur[741].

b) Les causes externes

Elles sont de deux ordres : les causes internationales (b-1) et les causes européennes (b-2).

b-1) Les causes internationales

318. La loi type CNUDCI sur la conciliation commerciale internationale de 2002 et les Principes ALI/Unidroit de procédure civile transnationale-. La CUNUDCI[742] et ALI/Unidroit[743] visent clairement la promotion des modes alternatifs de règlements des litiges tout en décourageant le passage par la case de la justice étatique.

Ainsi, le guide pour l'incorporation dans la loi interne de la loi type 2002 précitée précise que l'adoption de la loi tend à : « *aider les Etats à mettre au point des mécanismes de règlement des litiges qui soient moins coûteux, favorisent le maintien d'un climat de coopération entre les*

[740] LEHMAN H., *Justice, une lenteur coupable*, éd. PUF 2002, p. 52 et s.
[741] *Id.*
[742] Commission des Nations Unies pour le Droit Commercial International, UNCITRAL en anglais, a été mise sur pied par la résolution 2205 du 17 décembre 1966 de l'Assemblée générale des Nations Unies ayant pour objectif d'encourager la modernisation et l'harmonisation du droit du commerce international en proposant aux Etats des instruments dont elle encourage l'adoption. Son champ d'intervention s'étend sur plusieurs matières parmi lesquelles figure en première ligne le règlement des différends. V. en ce sens http://www.unicitral.org/pdf/french/texts/general/06-58165_Ebook.pdf spéc. Guide CNUDCI, l'essentiel sur la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international, Vienne, 2007
[743] Les principes ALI/Unidroit ont été élaborés par une commission paritaire composées de membres d'Unidroit, organisation intergouvernemental indépendante basée à Rome et regroupant au jour d'aujourd'hui 63 Etats et ayant pour mission d'étudier « des moyens en vue de moderniser harmoniser et coordonner le droit privé-en particulier le droit commercial- entre des Etats ou des groupes d'Etats et, à cette fin, d'élaborer des instruments de droit uniforme, des principes et des règles » (V. www. Unidroit.org/dynastie.cfm ?dsmid=103293) et l'American Law Institute.

partenaires commerciaux, préviennent la survenance de nouveaux litiges et renforcent la sécurité juridique dans les échanges internationaux »[744]. Aussi, la loi type de 2002 dont l'incorporation dans le corpus législatif des Etats est fortement encouragée et recommandée par la *CNUDCI*, définit les conditions de nomination des conciliateurs, le déroulement de la procédure de conciliation ainsi que la force – exécutoire- de l'accord issu de la conciliation[745].

Pour ce qui concerne les principes ALI/Unidroit, ils ont pu préférer au droit d'inspiration civiliste qui garantit le droit d'accès à la justice, l'obligation pour les parties de transiger consacrée en common law. En effet, « *le juge de la common law peut sanctionner une partie qui aurait abusivement refusé de transiger et n'aurait in fine pas obtenu un jugement plus favorable pour elle que l'offre de transaction qui lui avait été faite* »[746].

C'est une approche de la justice envisagée sous le prisme du rapport qualité/coût qui est promu par ces organismes. De sorte que les Etats non-alignés sur ces principes et modèles seront déclarés moins concurrentiels d'un point de vue du commerce international que ceux qui n'intègreront pas à leur droit interne lesdits principes[747].

319. Le rapport *Doing business* de la banque mondiale-. L'approche de la justice envisagée sous l'angle du rapport qualité/prix promue par le CNUDCI et les Principes ALI/Unidroit est relayée par le rapport Doing business de la banque mondiale, qui en réalité constitue la troisième cause internationale de la recherche de la célérité des procédures. En effet, ce rapport attribue des bons ou des mauvais points aux États sur la base d'indicateurs précis. Parmi ceux-ci figurent le corpus législatif et notamment « *l'efficacité des procédures* »[748].

Ainsi, la législation d'un Etat est dit performante et ce dernier propice aux climats des affaires en fonction du degré d'incorporation dans sa législation des lois types de la *CNUDCI* et des principes *ALI/Unidroit* sur les modes alternatifs de règlement des différends, en un mot en fonction de l'état de déjudiciarisation des différends que permet sa législation.

A titre illustratif, le classement désastreux attribué à la France par ce rapport a évolué de façon significatif suite à la réforme finalement avortée du contrat nouvelle embauche. D'ailleurs, le rapport *Doing business* est clairement considéré par cette instance comme un « *instrument*

[744] Guide pour l'incorporation dans le droit interne et l'utilisation de la Loi type de la CNUDCI de 2002 sur la conciliation commerciale internationale, n° 15
[745] FERRAND F., op. cit., n° 10 et 11, p. 46 et s.
[746] *Id.*, n° 15, p. 51
[747] V. pour cette analyse Idem, n°11, p. 49
[748] S. AMRANI-MEKKI, « La déjudiciarisation », *Gazette du Palais* (5 juin 2008), n° 157, p. 2, n° 9, p. 2

d'évaluation et de comparaison des législations et règlementations qui affectent directement la croissance économique »[749], son classement étant « *censé refléter l'intérêt qu'il y a, à développer le commerce international avec les Etats* ». Il s'agit donc d'un véritable engrenage auquel les Etats ne peuvent résister puisqu'il conditionne leur croissance économique. C'est au fond le sens du décret n° 2010-1165 du 1er octobre 2010[750].

b-2) Les causes européennes

320. Les actions du Conseil de l'Europe et de ses organes -. *Les condamnations de la France par la CEDH*. D'abord, il convient de relever les condamnations récurrentes de la France par la CEDH pour la durée déraisonnable des procédures.

Les recommandations de la CEJEJ. Dans le cadre de la Commission pour l'Efficacité de la Justice, le Comité des Ministres a adopté un certains nombres de recommandations[751] qui incitent les Etats à promouvoir la médiation comme alternatives au procès. C'est aussi dans ce sens que vont les recommandations du groupe de travail mis sur pied par la CEJEJ et dont la réunion a été tenue à Strasbourg en mars 2006[752].

321. Les actions de l'Union européenne-. Elles vont dans le même sens que celle du Conseil de l'Europe avec cette différence que contrairement aux recommandations du Conseil de l'Europe, les directives européennes ont une force obligatoire. Ainsi, la directive n° 2008/52 du Parlement et du Conseil du 21 mai 2008 a défini en matière civile et commerciale les conditions d'une médiation concernant les différends transfrontaliers. Parmi les points essentiels de cette directive figure la force exécutoire de l'accord issu de la médiation qu'il soit judiciaire ou extrajudiciaire.

Cette directive a été transposée en droit interne par plusieurs Etats – Espagne, l'Italie, la Grèce et l'Allemagne- qui en pour la plupart pris le soin de prévoir les mêmes règles que celles posées par celle-ci en droit interne. La même voie a été suivie par la France qui a transposé ladite directive par Ordonnance n° 2011-1540 du 16 novembre 2011 portant transposition de la directive 2008/52/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 mai 2008 sur certains aspects

[749] *Id*.
[750] Décret n° 2010-1165 du 1er octobre 2010 relatif à la conciliation et à la procédure orale en matière civile, commerciale et sociale, JORF n°0230 du 3 octobre 2010 page 17986
[751] V. sur www.coe.int. la recommandation n° R (98) 1 adoptée le 21 janvier 1998 par le Comité des Ministres en matière de médiation familiale, la recommandation n° R (2002) 10 sur la médiation civile adoptée par le Comité des Ministres le 18 septembre 2002.
[752] F. FERRAND, op. cit. n° 20, p. 55 ; V. aussi sur les recommandations de la CEPEJ de la nécessité d'optimiser le temps des procédures judiciaires S. AMRANI-MEKKI, « la déjudiciarisation », *précit*. n° 10, p. 2

de la médiation en matière civile et commerciale. C'est donc dans ce contexte européen marqué par la déjudiciarisation qu'est né ce qu'il convient d'appeler l'acte juridique privé constatant l'accord des parties à une médiation qui acquiert la force exécutoire après homologation du juge.

B- La légitimité

322. Division. La lenteur judiciaire est le prétexte essentiel autour duquel s'est pensée et construit la politique de déjudiciarisation. Seulement, les incertitudes entourant cette lenteur judiciaire décriée (1) remettent gravement en cause la légitimité de la déjudiciarisation. Par ailleurs, la recherche de célérité corrélée à l'objectif enrayement de l'hypothétique lenteur judiciaire est clairement incompatible avec les exigences de la justice (2).

1- Les incertitudes entourant la lenteur judiciaire décriée

Trois arguments principaux autorisent à douter du prétexte de la lenteur judiciaire avancée au soutien de la recherche de célérité. Au nombre de ces arguments se trouvent l'inexactitude des relevés statistiques, la remise en cause des causes proclamées de la lenteur judiciaire et le caractère hypothétique du gain de temps espéré.

323. L'inexactitude des relevés statistiques-. Le temps judiciaire doit être mesuré en fonction de la nature de la procédure et de l'objet de la demande.

Le temps judiciaire au regard de la nature de la demande. Pour un plaideur donné, qui initie un référé expertise par exemple, le temps judiciaire ne doit pas être mesuré uniquement en fonction de cette action, de façon à le considérer comme s'étendant de son ouverture à son extinction. Encore faut-il prendre en compte les procédures subséquentes qui auront vocation à faire dire le droit, à trancher un litige. L'exemple d'une action au fond intentée par un associé d'une entreprise pour faire établir la gestion calamiteuse de celle-ci par ses dirigeants après un référé expertise de gestion est à cet égard assez illustratif.

La fin de la procédure de référé expertise de gestion ne doit pas être considérée comme la fin du temps judiciaire pour cette affaire. Le temps judiciaire doit aussi intégrer outre la durée de la procédure de référé, celle de la reddition du rapport d'expertise, de l'action au fond et éventuellement de la procédure d'appel. En effet, le but de ce plaideur considéré n'est pas en soi d'obtenir qu'une mesure d'expertise judiciaire soit ordonnée. Mais il s'agit pour ce dernier de voir la justice *in fine* se prononcer sur la mauvaise gestion ou non par les dirigeants de la

société dans laquelle il est associé. C'est au regard de la recherche de cette vérité judiciaire que le temps judiciaire doit être mesuré. Or le principe d'anonymat des affaires ne permet pas ce suivi qui aurait pu permettre un mesurage plus global et plus juste du temps judiciaire. Par conséquent, il est permis de douter de la fiabilité des relevés qui servent de base au mesurage du temps judiciaire. Les constats de lenteur, par voie de contamination, en ressortent aussi incertains.

Le temps judicaire au regard de l'objet de la demande. Le mesurage du temps judiciaire ne peut avoir un sens que si celui-ci se fait en fonction de l'objet de la demande. Il n'est en effet pas pertinent de comparer le temps judiciaire d'une affaire où l'office du juge est ponctuel, à celui d'une affaire dans laquelle son office a plutôt vocation à s'étendre sur la durée. À titre illustratif, le temps judiciaire ne saurait s'apprécier de la même façon s'agissant d'une action ayant pour objet la résiliation d'un contrat que pour celle visant une mesure tutélaire. Dans ce dernier cas, la nature même de la mission[753] du juge fait de lui un « *juge de la durée* »[754].

Or force est de constater que les relevés statistiques qui servent de fondements aux conclusions de lenteurs judicaires ne prennent pas en compte cette distinction. À ce sujet, une auteure, exprimant ses réserves vis-à-vis de ces conclusions de lenteurs judiciaires, postulat de base de la politique de la déjudiciarisation, précise qu'il : « *n'y a pas de traitement particulier pour les affaires qui constituent des stocks judiciaires. Ainsi des affaires qui sont gérées et comptabilisées dans les stocks mais dont la durée de vie n'est pas comparable au traitement d'un litige classique puisque le juge y est « juge de la durée »* »[755]. Dans ces conditions, il est permis d'exprimer un doute légitime quant aux résultats - le constat de lenteurs judiciaires- issus de relevés statistiques ainsi récoltés.

Mais au-delà de cette inexactitude des relevés statistiques et partant du constat de lenteurs judiciaires, c'est la cause de cette lenteur telle qu'exposée par les initiateurs de la politique de déjudiciarisation qui a été critiquée.

---

[753] V. en ce sens, Ph. MALAURIE et L. AYNES, *Les personnes. La protection des mineurs et des majeurs*, DEFRENOIS LEXTENSO éditions 2012, n° 531, p. 251 sur la « quadruple mission (ndlr : du juge des tutelles) : juridictionnelle (il rend des jugements, par exemple des autorisations : art. 389-5, al. 1, 389-6), administrative (il surveille les administrateurs légaux et les différents organes de protection (…), de gestion (il autorise à passer des actes de disposition (…) et quasi familiales (il préside les conseils de famille, art. 400, al. 3) ».

[754] S. AMRANI-MEKKI, « La déjudiciarisation », *Gazette du Palais* (5 juin 2008), n° 157, p. 2, n° 9, p. 2 citant à l'appui de analyse allant dans le même sens, le Rapport public thématique de la cour des comptes, juillet 2003 sur la protection judiciaire de la jeunesse

[755] *Id.*

324. Une remise en cause des raisons proclamées de la lenteur judiciaire-. Les auteurs de la politique de déjudiciarisation invoquent comme causes de la lenteur judiciaire, l'insuffisance des moyens dont dispose la justice face à un flux de plus en plus grandissant des demandes en justice. Ainsi, a-t-il été allégué qu'un « *besoin de plus en plus infini rencontrant des ressources de plus en plus finies, il y a « des choix (…) désormais inéluctables »* »[756]. Or ce postulat est contredit par la vérité des chiffres. Ainsi, ressort-il du rapport spécial de la commission des finances de l'Assemblée nationale sur le projet de loi de finances pour 2001, les données suivantes telles que reproduites par un auteur[757] :

- Sur la période allant de 1960 à 1999, les effectifs de la justice ont quasiment quadruplé allant de 16456 à 61794 emplois ;
- De 1981 à 1999, le budget de la justice a été quasiment multiplié par quatre ;
- De 1995 à 1999, 300 emplois de magistrats ont été créés et 212 sur la seule année 2000 ;
- De 1995 à 2000, les effectifs budgétaires de magistrats sont passés de 6185 à 6635 ;
- De 1995 à 2001, 1250 postes d'assistants judiciaires ont été créés ;
- Sur la dernière décennie du XXème siècle, le ratio de fonctionnaires des greffes judiciaires par magistrat est resté constant soit 2,8 fonctionnaires pour un magistrat ;
- Les moyens des juridictions sont en constante augmentation passant de 1,2 milliard en 1998 à 1,3 milliard en 2000 ;
- Aux fonctionnaires des services judiciaires, il convient d'ajouter les assistants judiciaires, les juges non professionnels, bénévoles ou rémunérés sur le mode de la vacation, tels que les juges des tribunaux de commerce, les conseillers de prud'hommes ou les assesseurs des tribunaux pour enfants.

Ces éléments montrent sans équivoque que les moyens de la justice –budget et personnels judiciaires – ont fait l'objet d'une augmentation constante. Dans le même temps, le flux des demandes en justice a enregistré des baisses significatives. Il a été relevé que :

<u>Affaires pénales</u>

- De 1992 à 1999, le nombre de dossiers ouverts chaque année par les cabinets d'instruction n'a cessé de baisser passant de 53505 à 39176 et que les tribunaux de police voyaient le nombre d'ordonnances pénales baissées de 1058137 à 457692 soit de

[756] Ibid, n° 13, p. 3 citant A. GRAPON, « Vers une nouvelle économie politique de la justice ? Réaction au rapport remis au garde des Sceaux par J.-M COULON sur la réforme de la procédure civile », *D.* 1997, chr. n° 69, spéc. p. 71-72
[757] H. LEHMAN, *op. cit.*, p. 102 et s.

moitié et les jugements prononcés par ce tribunal réduits de 416807 à 292528, les baisses enregistrées étant encore plus drastiques à certains endroits comme Paris;

- Sur la période allant de 1994 à 1998, le nombre d'affaires traitées sur poursuites pénales -juge d'instruction, tribunal correctionnel, juge des enfants, tribunal de police, cours d'assises- n'a pas explosé, le différentiel étant quasi insignifiant : soit 612674 pour 1994 et 613354 pour 1998 ;
- De 1979 à 1999, les condamnations pénales à l'encontre des majeurs ont connu une baisse passant de 603421 en 1979 à 570536 en 1999.

Affaires civiles

JURIDICTIONS	AFFAIRES NVELLES/ ANNEE	
	1994	1998
Tribunal d'instance	513490	467184
TGI	658042	634696
Cour d'appel	218880	210610
Cour de cassation	20000	20000 (chiffre quasiment constant)

Il s'infère de ces données une baisse de productivité de la justice. Cette baisse de productivité serait la cause adéquate des lenteurs judiciaires[758]. Si lenteurs judiciaires il y a,

[758] V. en ce sens, Idem, p. 106 et s. précisant que la baisse de la productivité est due à la mauvaise organisation, aux lourdeurs administratives, à une certaine culture de lenteur au sein même de l'appareil judiciaire, etc.

celles-ci ne peuvent donc être imputées à un manque de moyens de la justice contrairement au postulat de base des initiateurs de la politique de déjudiciarisation.

Par ailleurs, bien au-delà de cette remise en cause des raisons proclamées de la lenteur judiciaire au soutien de la politique de déjudiciarisation, c'est le gain de temps qu'est censé apporter le procédé préconisé par la déjudiciarisation qui paraît hypothétique.

325. Le caractère hypothétique du gain de temps-. Le procédé de la déjudiciarisation consiste à se passer du juge, en confiant le litige ou l'affaire à un tiers qui lui est substitué – notaire, greffier, huissier, conciliateur, médiateur-. Ce n'est qu'en cas de contestation, que la partie qui a des griefs à faire valoir peut s'en référer au juge. C'est ainsi qu'une partie peut par exemple agir en nullité de l'accord intervenu[759].

Le procédé de la déjudiciarisation inclut aussi la technique de l'inversion du contentieux. Ici, l'*impérium* est donné avant la *jurisdictio*. C'est le cas quand le juge homologue l'accord des parties, en lui conférant force exécutoire, avec la possibilité pour la partie qui viendrait à justifier postérieurement à l'homologation, de griefs contre ledit accord, de se référer à un juge. À ces procédures judicaires larvées, il faut ajouter celles qui pourraient avoir pour objet de rechercher la responsabilité du tiers.

À ce moment, le temps judiciaire qui était censé se réduire par l'application de la politique de déjudiciarisation s'en trouve étonnement rallongé. Par suite, le procédé de déjudiciarisation, par le retardement du contentieux qu'il est susceptible d'induire peut contrairement à l'effet escompté, être un facteur de rallongement du temps judiciaire. Le gain de temps que prône la politique de déjudiciarisation est donc hypothétique. Une auteure exprime cette réalité au sujet du projet de confier le divorce par consentement mutuel au notaire en ces termes : « *il est ainsi aisé de voir un effet pervers apparaître qui tiendrait à retarder les conflits devant le juge, qui serait non pas celui des personnes mais celui du contrat* »[760]. Abondant dans le même sens, la Professeure AMRANI-MEKKI se demande si : « *le jeu en vaut-il la chandelle si on considère que la durée des procédures n'est pas si élevée qu'on l'imagine en ce domaine et qu'elle ne requiert pas un temps de traitement important pour le juge ?* »[761].

---

[759] V. sur ce point, supra, n° ….., p……..

[760] V. dans le même sens S. AMRANI-MEKKI, « la déjudiciarisation », *Gazette du Palais* (5 juin 2008), n° 157, p. 2, n° 19, p. 4 citant M.-L. BOST, Le point de vue du barreau sur la réforme du divorce, Pourquoi faut-il maintenir la procédure de divorce par consentement mutuel dans la sphère judiciaire, http://www.avocats.fr./space/marie-laure.bost/contents/tag/d%/C3%A9 judiciarisation

[761] *Id.*

Toutes ces incertitudes jettent un sérieux doute sur la légitimité de la politique de la déjudiciarisation. C'est à cette même conclusion qu'incline un examen à l'aune des exigences de bonnes justices, de l'objectif de la recherche de célérité qui sous-tend la politique de la déjudiciarisation.

2- La recherche de célérité appréciée à l'aune des exigences de bonne justice

La recherche de célérité telle que prônée par la politique de la déjudiciarisation est-elle compatible avec les exigences de justice ? Les raisons suivantes inclinent à une réponse négative.

326. L'ineffectivité pratique des recours contre les actes issus de la déjudiciarisation-. La pratique a montré que les parties sont très peu enclines à attaquer en justice les actes issus des procédures déjudiciarisées, car, comme le souligne à juste titre la Professeure AMRANI-MEKKI, celles-ci n'ont plus « *les ressources intellectuelles, psychologiques et financières de recourir contre une décision dont elles ont parfois le sentiment qu'elle est irrévocable ?* »[762].

327. L'absence de garanties de bonne justice-. Les procédures conduites par le tiers substitué au juge dans la mise en œuvre de la déjudiciarisation ne se voient pas appliquer les règles de droit au procès équitable telles que prévues par les instruments de protection des droits fondamentaux tels que la Convention européenne des droits de l'homme ou la Charte africaine des droit de l'homme. Or plus que la solution, la procédure qui y a conduit s'avère importante en termes de garanties de respect des droits fondamentaux. Cette exigence a été esquissée par *Rudolf von Jhering* dans sa célèbre formule : « *Ennemie jurée de l'arbitraire, la forme est la sœur jumelle de la liberté* »[763]. Abondant dans le même sens, le Professeur *Cadiet*, après avoir reconnu au sujet des procédures déjudiciarisées que : « *des garanties sont donc nécessaires pour prévenir ou corriger les déséquilibres possibles* », préconise « *qu'aux principes directeurs du procès, doivent ainsi répondre des principes directeurs du règlement amiable, au droit au procès équitable, le droit à un règlement alternatif équitable* »[764].

[762] Ibid, n° 22, p. 4
[763] R. von Jhering, *Esprit du droit romain*, vol. III., trad. De Meulenaere, p. 164
[764] L. CADIET, op. cit. p. 32 et s.

328. La justice peut-elle s'accommoder de la célérité ?-. Cette question prend tout son sens quand on sait que la lenteur est inhérente aux mécanismes relatifs au respect des droits de la défense. N'y a-t-il pas nécessité de prendre le temps de bien rendre la justice ? La justice, peut-elle s'affranchir d'une certaine idée de sérénité ? A cette accusation de lenteur, l'une des plumes les plus autorisées de la doctrine française, en l'occurrence le Professeur JESTAZ, apporte cette même justification d'une nécessité d'assurer le respect des droits de la défense. Il écrit : « *quant à la lenteur, elle tient au respect des droits de la défense : il faut que le plaideur puisse préparer ses arguments, déjouer les embûches, exercer des voies de recours… Une fois pour toute, le mythe d'une justice à la fois expéditive et bonne est à ranger dans le même tiroir que la voiture spacieuse, mais facile à garer ! Au demeurant, nul n'empêchera que dans presque tous les litiges l'un des plaideurs ait le temps pour allié et que dès lors il utilise à son profit les –mécanismes inévitablement retardateurs- qui tendent à écarter le risque d'une justice sommaire* »[765].

Au résultat, les fondements avancés des actes juridiques privés exécutoires et liés à l'acte, révèlent à l'analyse leurs limites. Il convient maintenant d'examiner les fondements inavoués qui sont, en ce qui les concernent, liés à l'économie.

Sous-section II : L'analyse économique du droit

329. Division.- En créant l'acte juridique privé exécutoire, le législateur a sans doute espéré atteindre par le droit le sempiternel objectif de développement économique. En effet, à l'analyse, la politique de création de cette catégorie de titres exécutoires répond clairement à une logique économique et se fonde sur les critères de l'analyse économique du droit. Mais une fois encore il s'agit là d'un fondement critiquable, car l'instrumentalisation du droit (A) qu'il promeut est indubitablement incompatible avec les principes de justice (B).

A- Une analyse instrumentale du droit

330. La réunion des trois grands critères de l'analyse économique du droit-. La politique législative qui a conduit à l'attribution de la force exécutoire à certains actes juridiques privés réunit les trois grands critères de l'analyse économique du droit à savoir : la recherche de l'efficacité, l'utilisation du critère du choix rationnel et l'exacerbation de la logique utilitariste par la prise en compte des coûts de transaction.

[765] Ph. JESTAZ, *Le Droit*, éd. DALLOZ, 7ème éd. 2012, p.

331. La recherche d'efficacité sous-jacente à la politique d'attribution de la force exécutoire aux actes juridiques privés -.

Les gains directs. La déjudiciarisation serait de nature à procurer des économies au budget de l'Etat, celles-ci ayant vocation à se faire par l'évitement de l'aide juridictionnelle allouée aux procédures déjudiciarisées. Il a été expliqué que : « *ce n'est pas un hasard si la déjudiciarisation porte sur des procédures où l'aide juridictionnelle bat des records* »[766]. Il s'agit là d'un des critères principaux de la théorie de l'analyse économique du droit. En effet, selon cette théorie, la règle de droit souhaitable est celle susceptible d'induire des coûts moins élevés[767]. Mais la recherche d'efficacité s'observe surtout à travers les gains indirects recherchés à travers la politique de déjudiciarisation notamment le mécanisme de l'attribution de la force exécutoire à l'acte juridique privé.

Les gains indirects. En créant des actes juridiques privés exécutoires, le législateur a sans doute entendu doper la croissance économique en favorisant le crédit. En effet, l'acte privé exécutoire étant une quasi-sûreté, il est tout à fait rassurant pour le financier, le banquier, le crédit bailleur ou toute autre personne destinataire d'une demande de crédit, de savoir que, disposant d'un titre exécutoire, il peut recouvrer sa créance sans « tracasseries » judiciaires en cas de défaillance du débiteur. Cette instrumentalisation du droit au service de l'économie s'observe aussi dans la recherche du développement économique par le droit.

La recherche du développement économique par le droit. En droit français, cet objectif est très perceptible dans la politique de déjudiciarisation et singulièrement dans la création des actes privés exécutoires. Quant au droit OHADA, la recherche du développement économique par le droit est le point de départ de l'harmonisation. En effet, le souhait d'unification a été exprimé pour la première fois par les Ministres des Finances des pays devenus plus tard membres de l'organisation OHADA. D'ailleurs à ce propos, à l'occasion des travaux de l'Association pour l'Efficacité du Droit et de la Justice (AEDJ), un auteur écrit : « *l'idée d'harmoniser le droit des affaires en Afrique, tout au moins dans la zone franc, a été clairement exprimée pour la première fois par les Ministres chargés des finances (…). Sur la base des observations des opérateurs économiques, les Ministres chargés des finances ont senti la nécessité d'élaborer un « droit régional des affaires, unique, moderne et adapté, susceptible de favoriser le développement de leur pays respectifs », un droit contribuant à l'instauration d'une sécurité*

[766] S. AMRANI-MEKI, « la déjudiciarisation », *précit.. cit*., n° 31, p. 6
[767] V. en ce sens, E. MACKAAY et S. ROUSSEAU, *Analyse économique du droit*, DALLOZ 2008, n° 2140, p. 596

juridique et judiciaire à même de favoriser les investissements indispensables au développement économique et social des affaires de la zone franc. Leur conviction est certainement que l'action du droit sur l'économie n'est pas négligeable »[768].

Ainsi, même si le droit OHADA n'est pas allé aussi loin que le droit français dans la création des actes juridiques privés exécutoires[769], il est permis de penser que le maintien des deux actes juridiques privés exécutoires –acte notarié exécutoire et procès-verbal de conciliation signé du juge et des parties- par le législateur OHADA nonobstant toutes les insuffisances de ce type de titre exécutoire, peut s'expliquer par cette philosophie utilitariste du droit.

D'ailleurs, le choix de ce courant utilitariste du positivisme juridique qu'est l'analyse économique du droit se déduit clairement par la présence d'un autre de ses critères de définition.

332. La réalisation du critère de choix rationnel par les effets dissuasif et incitatif de la force exécutoire-. Un autre critère de définition de la théorie de l'analyse économique du droit est l'impact de la « règle souhaitable » sur les comportements des sujets de droit. Les théoriciens de l'analyse économique du droit prévoient que les sujets de droit « *adapteront leurs comportements de manière à réduire l'incidence des fardeaux que leur impose le droit* »[770]. C'est le postulat du choix rationnel ou encore du critère de rationalité. L'attribution de la force exécutoire à un acte juridique privé réalise cette condition par ses effets dissuasifs et incitatifs.

L'effet dissuasif. En attribuant la force exécutoire à un acte juridique privé, le législateur entend décourager les engagements « farfelus » et les remises en cause faciles de l'accord des parties par l'une d'elles, notamment le débiteur. Ce dernier évitera de prendre des engagements à la légère dans la mesure où il sait qu'une simple remise en cause ne suffira pas à empêcher le créancier de poursuivre l'exécution de l'acte. Aussi, tout projet de remise en cause sera sans doute pris très au sérieux par le débiteur, tant ce dernier tiendra compte des coûts importants et de la lourdeur des procédures[771] à engager pour remettre en cause un acte déjà exécutoire.

---

[768] V. L. CADIET (dir.), Droit et attractivité économique : le cas de l'OHADA, sous la coordination scientifique de, Travaux de l'Association pour l'Efficacité du Droit et de la Justice (AEDJ) dans l'espace OHADA, éd. IRJS, collection Bibliothèque de l'IRJS- André TUNC, Tome 48, p. 33

[769] Comparé au droit français qui prévoit que les accords issus de la médiation aussi bien judiciaire que conventionnelle, les accords signés suite à une procédure participative et en général tout accord, peut être soumis à l'homologation du juge, le législateur OHADA n'a prévu que l'acte notarié exécutoire et le procès-verbal de conciliation signé du juge et des parties.

[770] E. MACKAAY et S. ROUSSEAU, op. cit., n° 2136, p. 595

[771] Autrefois, l'acte authentique ne pouvait être critiqué qu'après une procédure lourde, longue et coûteuse qui passait forcément par la mise en accusation de l'officier public instrumentaire. Même si cette complexité est aujourd'hui supprimée, il n'en demeure pas moins que la procédure de remise en cause de l'acte privé exécutoire peut parfois nécessiter une inscription de faux ou une vérification d'écriture, toute chose susceptible de l'alourdir.

L'effet incitatif. Cet effet s'observe principalement chez le potentiel créancier[772]. En effet, ce dernier serait d'autant motivé à contracter, qu'il est sûr de pouvoir exécuter l'acte nonobstant une éventuelle défaillance ou mauvaise foi du débiteur.

Ainsi donc, la règle de l'attribution de la force exécutoire à un acte juridique privé a sans doute été prise en tenant compte de son aptitude à impacter les comportements des sujets de droit en vue de la réalisation de l'objectif de développement. Cette logique utilitariste du droit, s'observe quant à la règle de l'attribution de la force exécutoire à un acte juridique privé aussi à travers la réduction des coûts de la transaction, ultime étape de l'analyse économique du droit.

333. L'exacerbation de la logique utilitariste par la prise en compte des coûts de transaction-. Le coût de transaction est une notion purement économique[773] que les analystes économiques du droit se proposent de lui appliquer. Elle s'entend de « *tous les frais qui empêchent qu'un échange (au sens économique) en apparence fructueux soit réalisé* »[774]. Sont en cause, ce qu'on a appelé « *les coûts d'accès à la justice* »[775], qui sont aussi bien directs qu'indirects. Les coûts directs sont constitués par les dépenses directes de toutes sortes qu'engendre un procès : les honoraires d'avocats, la rémunération des différents intervenants – témoins, experts-. Les coûts indirects quant à eux sont pour « *l'essentiel liés à la durée de traitement des affaires et ils correspondent donc au coût du temps pour les parties* »[776].

Le raisonnement ici consiste à considérer que le justiciable doit tenir compte, dans son projet de soumettre un différend à la justice, de tous ces coûts susceptibles d'amoindrir voire d'annuler le gain qu'il est censé attendre de son action. Ainsi, devra-t-il préférer la voie qui permette le

---

Aussi, l'onction de la force exécutoire est forcément de nature à conférer à l'acte privé exécutoire aux yeux du juge une certaine présomption de vérité qui ne peut que redoubler la détermination et la perspicacité de l'avocat à le convaincre du contraire et partant à justifier des honoraires élevés à la charge du débiteur. C'est en abondant dans ce sens que la Professeure AMRANI-MEKKI s'interrogeait : « *les parties ont-elles les ressources intellectuelles, psychologique et financières de recourir contre une décision dont elles ont parfois le sentiment qu'elle est irrévocable ?* », loc. cit.,

[772] Il peut s'agir du prêteur de fond -le banquier, le crédit bailleur-, le bailleur pour un contrat de bail commercial, etc. dans tous ces cas, la garantie du créancier résultant du caractère exécutoire de l'acte,

[773] V. J.-P. PIRIOU, *Lexique de sciences économiques et sociales*, éd. LA DECOUVERTE 2004, p. 31 définissant les coûts de transaction comme : « *coûts induits par le recours au marché. L'entreprise peut faire elle-même (par exemple le nettoyage de ses bureaux, la maintenance de ses ordinateurs…), ou acheter les biens et services dont elle a besoin sur le marché (contrat avec des prestataires de services : entreprises de nettoyage, de maintenance, etc.). Les coûts de transactions sont liés à l'analyse des éventualités possibles (il y a beaucoup de prestataires possibles…), à l'établissement des contrats (cahier des charges…) et au suivi de leur exécution (contrôle, règlement des conflits) lorsque l'entreprise achète sur le marché. S'ils sont plus élevés que les coûts d'organisation, l'entreprise a intérêt à faire elle-même (à internaliser), donc à allouer des ressources hors marché dans le cadre de relation de subordination (salariat) (…)* »

[774] E. MACKAAY et S. ROUSSEAU, *op. cit.*, n° 2143, p. 597

[775] B. DEFFAINS, E. LANGLAIS, *Analyse économique du droit. Principes, méthodes, résultats*, éd. DE BOECK UNIVERSITE, 1ère éd. 2009, p. 108

[776] *Id.*

moins possible l'engagement des coûts de transaction. Et donc la loi souhaitable est celle qui lui en offre la possibilité en créant des « *offres alternatives de services de justice* »[777]. C'est probablement ce qui justifie que le législateur français et dans une moindre mesure le législateur OHADA, aient consacré et promeuvent les modes alternatives de résolution des différends en permettant que l'accord issu de la conciliation, de la médiation ou d'une procédure participative acquiert la force exécutoire. C'est sans doute cette même logique de réduction des coûts de transactions liés à une affaire qui justifie la conservation du titre exécutoire notarié, la création du titre exécutoire délivré par un huissier en droit français ou un greffier en droit UEMOA, en cas de non-paiement de chèque, et même en droit français la possibilité d'homologation de l'accord extrajudiciaire des parties.

En définitive, tous les critères de la théorie de l'analyse économique du droit se retrouvent dans le mécanisme de l'attribution de la force exécutoire à un acte juridique privé. En réalité, tout se passe comme si, la justice et le droit étaient devenus des biens de consommation et donc manipulés en fonction des principes économiques et au gré de la seule efficacité économique, aussi bien pour le sujet de droit que pour l'État. Les sciences juridiques, quant à elles, sont quasiment reléguées au rang d'annexes des sciences économiques. Mais cette approche utilitariste du droit est-elle vraiment propre à réaliser les conditions de la justice attendues par le justiciable ? Pas si sûr.

Quoi qu'il en soit, RAWLS prédisait déjà que, dans *« l'ignorance où chacun se trouve de ce qui le distingue en tant qu'individu, tous voudront maximiser leur chance de réaliser leur aspiration, quelle que soit la nature de celle-ci* »[778] et que, placé devant ce « voile d'ignorance » de ses atouts et avantages sur ses concitoyens, « *nul ne voudrait se trouver dans la situation de celui qui est sacrifié sur l'autel de la maximisation de l'utilité* »[779].

B- Une analyse incompatible avec les principes de justice

334. L'*homo juridicus*[780] a ses raisons que l'*homo œconomicus*[781] ignore -. Selon l'approche utilitariste du droit, pour laquelle « *le droit a pour objectif d'établir des règles de*

[777] *Ibid*, p. 140
[778] RAWLS cit. par J.-F SPITZ, Justices (Doctrine) in Alland et S. Rials (dir.), Dictionnaire de la culture juridique, éd. PUF 2003, p. 894
[779] idem
[780] V. pour l'usage de cette expression Ph. JESTAZ, Le Droit, éd. DALLOZ, 7ème éd. 2012, p. 135 que cet auteur désigne par le justiciable
[781] V. pour l'usage de cette expression V. L. CADIET, op. cit., n° 9, p. 26 qui ne désigne autre chose que l'agent économique

conduite capables de conduire au plus grand bonheur du plus grand nombre »[782], cet objectif est réalisé dans la mesure où l'attribution de la force exécutoire à un acte juridique privé au travers de procédures déjudiciarisées est gage d'efficacité économique. Ainsi donc, selon la logique utilitariste du droit, ce mécanisme permettrait aux sujets de droit, de maximiser les profits attendus de leurs opérations juridiques impliquant son utilisation. Sauf qu'il peut être relevé à l'encontre de cet argument qu'il ne s'agit là que de l'ultime préoccupation de *l'homo œconomicus*[783] qui consiste en une recherche permanente du profit ; et que l'*homo juridicus* ne saurait s'en satisfaire. Les attentes de ce dernier sont aussi ailleurs.

En effet, si au travers des procédures déjudiciarisées, la justice réalise - imparfaitement faut-il le souligner -, vis-à-vis du justiciable, son premier devoir qui consiste à « *attribuer à chacun selon son dû* »[784], il n'en est pas de même de la seconde mission qu'est la « reconnaissance » , celle que Paul RICŒUR désigne par « *la finalité la plus ultime de l'acte de juger* »[785] ou encore « *l'horizon de l'acte de juger* »[786] et que le Professeur CADIET appelle « *fonction éthique* »[787] de la justice.

Ainsi, l'*homo juridicus*, par-delà de son besoin naturel de se voir attribuer par la société sa juste part, espère de celle-ci, une reconnaissance de la part qu'il y prend. Ces deux fonctions de la justice sont synthétisées par Paul RICŒUR en ces termes : « *d'un côté, trancher, mettre fin à l'incertitude, séparer les parties ; de l'autre, faire reconnaître par chacun la part que l'autre prend à la même société que lui, en vertu de quoi le gagnant et le perdant du procès seraient réputés avoir chacun leur juste part à ce schème de coopération qu'est la société* »[788]. Ce besoin de reconnaissance est si important qu'il en a été dit que son absence pourrait conduire à un « *double processus de dénigrement social et de dépréciation éthique* »[789].

---

[782] P.G. POUGOUE, *Cours de théorie du droit : le phénomène juridique*, Master II recherche Droit Privé Fondamental, année 2007, inédit, p. 18

[783] V. pour la définition de cette expression, J.-P PIRIOU, Lexique de sciences économiques et sociales, éd. LA DECOUVERTE Paris 2004, p. 59 qui la définit comme un : *« individu abstrait de la théorie néo-classique. Il est rationnel au sens où il est maximisateur, cohérent et souverain. Maximisateur : il recherche toujours un maximum de satisfaction (il est hédoniste), compte tenu des ressources dont il dispose (…)* »

[784] Il s'agit là de l'antique définition romaine de la justice que traduit Aristote dans son célèbre livre V intitulé éthique à Nicomaque dans l'expression « *suum cuique tribuere* »

[785] P. RICŒUR, *Le juste*, éd. ESPRITS 1995, p. 190

[786] *Id.*

[787] L. CADIET, *op. cit*, p. 26 définissant cette « fonction éthique » par le fait de : « *contribuer à la vie bonne et d'œuvrer à la paix civile en faisant prendre conscience à chacun du rôle égal qu'il joue dans cette société* »

[788] *Ibid*. p. 192

[789] F. KANDIL, *Fondements de la justice*, éd. PUF 2012, p. 23

Si les procédures déjudiciarisées postulent un certain apaisement social, elles ne remplissent pas cette fonction de reconstruction du lien social qui est l'apanage de la seule justice d'État. En effet par l'office du juge – et surtout la figure impartiale qu'il représente- consistant à trancher un litige, la société reconnait à chacun, la part qu'il prend dans le « *schème de la coopération* », fut-elle changeante dans le temps : à la victime son statut, au délinquant le sien, au mauvais gestionnaire d'une entreprise cette qualité aux yeux de tous, au contractant de mauvaise foi, sa mauvaise foi, etc.

RIPERT dénonçait déjà les lois qui sacrifient à la justice, la protection de l'Etat ou d'une partie de l'Etat. Ces lois écrivait-il, renvoient à une justice politique et non à la justice[790]. Et abondant dans le même sens, le Professeur JESTAZ prévient qu'une loi ne doit pas sacrifier la justice à l'efficacité et que la loi doit réaliser une bonne alchimie entre ces deux impératifs[791]. Les textes attribuant la force exécutoire aux actes juridiques privés, tels qu'ils existent à ce jour, aussi bien en droit français qu'en droit OHADA, constituent des exemples topiques des lois qui sacrifient la justice aux intérêts de l'État.

Conclusion du chapitre II :

Les fondements avancés des actes juridiques privés exécutoires à savoir, ceux qui sont liés à l'acte juridique, révèlent à l'analyse, leurs limites. Il ne reste que ceux qui sont inavoués à savoir ceux liés à l'économie. Ceux-ci sont en vérité impropres à fonder des règles de droit conformément à l'exigence de la hiérarchie des normes d'une part mais aussi et surtout aux exigences des principes de bonne justice d'autre part.

Conclusion du titre II

335. Une imperfection des actes juridiques privés due à leurs anomalies et à leurs fondements critiquables.- Les anomalies de l'acte juridique privé exécutoire ainsi que ces fondements critiquables font de ce type de titre exécutoire, un titre exécutoire imparfait en

[790] GEORGES RIPERT, *Le déclin du droit*, éd. L.G.D.J. 1949, p. 104
[791] Ph. JESTAZ, op. cit. p. 33

comparaison au modèle parfait du titre exécutoire tel qu'exposé à travers les attributs du titre exécutoire.

Conclusion de la première partie :

336. Des titres exécutoires imparfaits qui restent perfectibles.- Comparés aux attributs du modèle parfait du titre exécutoire, les actes juridiques privés révèlent leurs lacunes. À ces lacunes s'ajoutent celles ayant trait aux fondements de ces titres exécutoires. Les créations de ces titres exécutoires trouvent en effet leurs fondements dans des raisons d'efficacité économique plutôt que juridiques. Toutes ces lacunes particularisent les actes juridiques privés exécutoires en comparaison aux autres titres exécutoires et font surtout de ces titres, des titres exécutoires imparfaits. Mais ce n'est point ce caractère imparfait des actes juridiques privés exécutoires qui en soi, pose problème. La difficulté réside plutôt dans l'éventualité que ce caractère imparfait des actes juridiques privés soit à l'origine de violation de droits fondamentaux du « débiteur désigné » dans le titre. Aussi convient-il le cas échéant, de vérifier que les solutions existantes sont susceptibles de perfectionner ces titres exécutoires imparfaits. C'est donc la perfectibilité des actes juridiques privés exécutoires qu'il convient maintenant d'aborder.

SECONDE PARTIE :

DES TITRES EXECUTOIRES PERFECTIBLES

337. Notion de perfectibilité.- La perfectibilité d'une chose s'entend de son état nécessitant une amélioration. Ceci recouvre deux conditions à savoir : un constat de fait, une situation de départ causant une gêne qui nécessite d'être corrigée et l'absence de solutions efficaces permettant de corriger la situation gênante de départ. Ces deux conditions semblent en l'espèce réunies s'agissant des actes juridiques privés exécutoires.

338. Division.- En effet, le caractère imparfait des actes juridiques privés exécutoires couplée à certains critères requis dans le cadre de la mise en œuvre d'un titre exécutoire emporte la violation de certains droits fondamentaux du « débiteur présumé ». Ainsi, pour ne citer que cet exemple, le droit à l'information reconnu à l'huissier de justice chargé de mettre en œuvre un titre exécutoire ne peut en réalité se justifier qu'en présence d'un titre exécutoire exempt de critique, de sorte qu'en présence des titres exécutoires imparfaits, en l'occurrence les actes juridiques privés exécutoires, tous les ingrédients de la violation de la vie privé du « débiteur présumé » semblent être réunis. Tel est aussi le cas de plusieurs autres droits fondamentaux de ce dernier. Ces risques de violation de droits fondamentaux constituent en réalité les raisons rendant nécessaire le perfectionnement des actes juridiques privés exécutoires (Titre premier).

Aussi, ces raisons ne semblent pas être ignorées du législateur et de la jurisprudence. En effet, l'analyse de certaines règles légales et/ou jurisprudentielles montre clairement une prise en compte de ces risques de violations de certains droits fondamentaux du « débiteur présumé ». Celles-ci emportent indubitablement une perte de la valeur de l'acte privé exécutoire, c'est-à-dire une dévaluation de ce titre exécutoire. Mais le remède de la dévaluation semble accuser de sérieuses limites et mérite de ce point de vue d'être perfectionner (Titre II).

TITRE PREMIER : LES RAISONS DE LA PERFECTIBILITÉ

339. Les potentiels risques de violation de droits fondamentaux liés à la création des actes juridiques privés.- Le caractère imparfait des actes juridiques privés exécutoires ne pose pas problème en soi. Mais combiné aux droits conférés à leurs détenteurs par de tels titres, le caractère dangereux des actes juridiques privés exécutoires ne fait plus aucun doute. Comment en effet ne pas s'interroger sur la légitimité des saisies fondées sur des titres exécutoires imparfaits. Aussi bien l'établissement que la mise en œuvre de l'acte privé exécutoire ne se déroule dans des conditions optimales de garanties de procédure. Dans ces conditions, et s'agissant d'un titre donnant droit à exécution forcée sur les biens d'une personne, la question de la légitimité du droit de saisie fondée sur de pareils titre se pose. Très concrètement, c'est un potentiel risque de violation de droits fondamentaux qu'induisent de tels titres. Ces potentiels risques de violation de droits fondamentaux restent au-delà du caractère imparfait de ces titres exécutoires qui en vérité ne pose pas en soi de difficultés majeures, les raisons rendant nécessaire le perfectionnement des actes juridiques privés.

340. Division.- Ces potentielles violations de droits fondamentaux touchent aussi bien les droits fondamentaux procéduraux (Chapitre premier) que substantiels (chapitre II) du « débiteur désigné » dans le titre.

CHAPITRE PREMIER : La potentielle violation des droits fondamentaux procéduraux

341. Des droits-gardiens élevés au rang de droits fondamentaux.- Il s'agit de droits qui visent à garantir le caractère juste et équitable d'une procédure que celle-ci soit contentieuse ou non, le but recherché étant au fond de garantir le résultat de celle-ci. Ce sont donc des sortes des droits-gardiens dont la vertu principale est d'assurer une bonne répartition des droits. En tant que tels, ces droits procéduraux ont été élevés au rang de droits fondamentaux aussi bien en droit constitutionnel français que sur le plan international.

342. Contenu des droits fondamentaux procéduraux.- Il y a d'abord ce qu'il convient d'appeler le droit au respect du contradictoire (Section I), droit applicable aussi bien dans le cadre du procès qu'en dehors de celui-ci, contrairement à ce que laisse penser l'usage actuel de l'expression « principe du contradictoire ». Aussi, à côté de ce droit au principe du contradictoire, et au titre des droits fondamentaux de procédure, une place de choix doit-elle être faite à ce qu'il convient d'appeler le droit à une procédure équitable (Section II).

343. Des droits non garantis par le mécanisme d'attribution de la force exécutoire aux actes juridiques privés.- Les conditions d'établissement et de mise en œuvre des actes privés exécutoires ne semblent pas respectueuses de ces droits fondamentaux procéduraux.

SECTION I : LE DROIT AU RESPECT DU CONTRADICTOIRE

344. Division.- Le droit au respect du contradictoire est une donnée essentielle de toute procédure contentieuse. Mais si ainsi évoqué, ce droit renvoie inévitablement à un droit subjectif, force est de relever que ce droit n'est invocable que rarement en dehors du cadre processuel. Il convient dès lors de se demander s'il existe un « droit général au respect du principe du contradictoire » invocable hors du cadre processuel, droit dont la violation donnerait lieu à un préjudice réparable. L'examen de la loi et de la jurisprudence incline à une réponse positive. Il en ressort en effet une reconnaissance implicite d'un droit fondamental au principe du contradictoire (Sous-section I). Dès lors, le droit fondamental au principe du contradictoire peut être utilement invoqué dans le cadre de la mise en œuvre des titres exécutoires. Pour ce qui concerne celle des actes juridiques privés exécutoires, il en ressort clairement une violation de ce droit (Sous-section II).

Sous-section I : Un droit fondamental implicitement reconnu

345. Division.- Le Conseil constitutionnel ne reconnait expressément au droit au respect du principe du contradictoire une valeur de droit fondamental qu'en tant que principe s'appliquant que dans un cadre décisionnel. Ceci ne fait qu'exacerber le cantonnement traditionnel de ce principe à la sphère décisionnelle. Or, en tant que droit naturel, préexistant au droit positif, le droit au principe du contradictoire devrait innerver tout rapport juridique conflictuel se déroulant ou non dans un cadre processuel. De sorte que le cantonnement du principe du contradictoire à la sphère décisionnelle ne peut guère se justifier (A). Du reste, une fine analyse de la loi ainsi que de la jurisprudence permet de conclure à une extension du domaine d'application du principe du contradictoire par-delà la sphère décisionnelle (B).

A- Un cantonnement injustifié du principe à la sphère décisionnelle

346. Division.- Le principe du contradictoire entretient des rapports étroits avec les droits de la défense et le principe de la contradiction au point d'être confondu à ces notions, y compris par, aussi bien d'éminentes plumes de la doctrine processualiste que par le législateur. C'est pourquoi quelques précisions terminologiques seront nécessaires (1) avant même de montrer que, s'agissant d'un principe préexistant au droit positif (2), son cantonnement au cadre décisionnel ne peut guère se justifier.

1- Précisions terminologiques

En raison de l'interdépendance définitionnelle existant entre les notions de principe du contradictoire, celle du principe de la contradiction et celle des droits de la défense, quelques précisions terminologiques s'imposent.

347. Le principe du contradictoire et les droits de la défense-. Il n'est pas rare d'entendre des praticiens du droit notamment les avocats utiliser le terme « droits de la défense » ou « principe du contradictoire » pour signifier la nécessité d'un respect des intérêts de leur client que commande l'équité[792]. Mais ces deux termes désignent-ils la même règle juridique ? L'analyse de la doctrine incline à une réponse négative. Aussi, convient-il de rechercher la différence notionnelle entre ces deux règles, car de cet exposé dépendra l'indication de celui de ces deux règles dont la violation est ici dénoncée.

[792] V. sur la critique cette utilisation indifférenciée des deux termes G. COUCHEZ et X. LAGARDE, *Procédure civile*, éd. SYREY 2014, 17e éd., n° 238, p. 266-267

À cet égard, l'excellente contribution de MOTULSKY[793], « inlassable champion »[794] des droits de la défense, mérite d'être signalée. Car s'il est aujourd'hui admis en doctrine que les droits de la défense constituent le grand ensemble auquel appartient le principe du contradictoire[795], il n'en a toujours pas été ainsi.

En effet une controverse était apparue en doctrine entre d'un côté CORNU et FOYER[796], VIZIOZ et de l'autre MOTULSKY. Pour les premiers, les droits de la défense serait un aspect du principe du contradictoire. M. VIZIOZ écrivait à propos du principe du contradictoire : « *la protection des droits de la défense n'est qu'un des aspects, le plus accusé d'ailleurs, de ce principe* »[797]. Tandis que MOTULSKY quant à lui a soutenu que « *le principe est celui du respect des droits de la défense, et que la faculté de contradiction n'en est qu'une application* »[798].

C'est cette dernière position qui a été retenue par le code de procédure civile[799], même si, faut-il le souligner, le terme « droit de la défense » n'y a pas été mentionné *expresis verbis*[800], sa substance ayant été « *consacrée (…) dans les principes directeurs du procès* » [801], puisqu'en

---

[793] V. sur l'apport d'Henri MOTULSKY à la clarification de la notion : H. MOTULSKY, « Prolégomènes pour un futur Code de procédure civile : la consécration des principes directeurs du procès civil par le décret du 9 septembre 1971 » : *D.* 1972, chron. p. 91, spéc. n° 6, p. 92-93 ; H. MOTULSKY, « Le droit naturel dans la pratique jurisprudentielle : le respect des droits de la défense en procédure civile » in Mélanges Roubier, t. 2, p. 175 et Écrits : *Dalloz* 2010, p. 60 ; H. MOTULSKY, Le rôle respectif du juge et des parties dans l'allégation des faits, rapport au IVe congrès de droit comparé, 1954 : Études de droit contemporain, 1959, p. 257. et s ; Écrits, t. I, p. 3 et s., spéc. n° 33 p. 58-59 ;

[794] V. sur cette expression G. Cornu et J. Foyer, *Première préface aux Écrits de procédure civile*, t. I, 2e éd. : Dalloz 2010, spéc. p. VI

[795] G. CORNU, Association H. CAPITANT, *Vocabulaire juridique*. Ed. PUF 2011, p. 307 définissant les droits de la défense –en matière civile- comme l' « *ensemble des garanties fondamentales dont jouissent des plaideurs dans un procès civil pour faire valoir leur intérêt, au rang desquels figurent, l'essentiel le principe de la contradiction et la liberté de la défense* » ; J. HERON et Th. Le BARS, *op. cit*., n° 291, p. 240, précisant que « *les droits de la défense ne se résument pas au seul droit de la contradiction, même si ce dernier constitue le principal d'entre eux* ».

[796] G. CORNU et J. FOYER, *Procédure civile*, Thémis, 3e éd., 1996, p. 371

[797] H. VIZIOZ, *Etudes de procédures*, éd. Dalloz 2011, n° 240, p. 449

[798] H. MOTULSKY, *Ecrits, études et notes de procédure civile*, éd. Dalloz 2010, n° 12, p. 68 ; V. aussi dans le même sens G. WIEDERKEHR, « Droit de la défense et procédure civile », *D*. 1978, Chron. 36

[799] V. Y. STRICKLER, op. cit., expliquant que dans le code de procédure civile, « le principe de la contradiction (…) est un principe autonome ».

[800] Cette omission a été expliquée par le fait qu'il s'agit d'une notion à connotation pénale G. CORNU, Association H. CAPITANT, *op. cit*. et que « *sa puissance évocatrice lance si fort l'esprit vers le pénal qu'il n'est pas sain de propager, dans un procès entre parties égales, l'image intimidante de l'inculpé face à la société* » G. GIUDICELLI-DELAGE, « Droit de la défense », in L. CADIET L. (dir.), *Dictionnaire de la justice*, éd. PUF 204, p. 369. V. toutefois l'explication prémonitoire d'Henri MOTULSKY sur l'utilisation de ce terme en matière civile qui précisait : « *il faut s'entendre sur la portée du mot « défense » : de ce que l'idée se manifeste d'une manière particulièrement spectaculaire dans le domaine répressif, il suit que l'on ne songe souvent, en procédure civile, qu'au « défendeur », homologue du prévenu ; il suffit donc de préciser que si l'on parle, dans notre matière, des droits de la défense, il faut prendre le terme dans l'acceptation large de « défense des intérêts de chacune des parties » »,* H. MOTULSKY, Ecrits, études et notes de procédure civile, *op. cit.*, n° 12, p. 68

[801] V. pour les raisons de cette omission G. CORNU, Association H. CAPITANT, *op. cit*., p. 307

plus du principe du contradictoire, d'autres principes importants énumérés par MOTULSKY comme faisant partie intégrante des « droits de la défense »[802] figurent bien dans le chapitre I du code de procédure civile français intitulé : les principes directeurs du procès. Il s'agit notamment de : la liberté de la défense ; du droit à la preuve, le caractère public de l'audience. Pour ce qui concerne les autres principes à savoir l'obligation de motivation des jugements, l'obligation pour le législateur d'organiser des voies de recours, ils ont été prévus dans d'autres chapitres du code de procédure civile.

C'est là l'un des apports d'Henri MOTULSKY à la pensée processuelle civiliste[803].

Aussi, la doctrine est-elle unanime aujourd'hui pour dire que le principe du contradictoire est un élément des droits de la défense[804], le plus important au point qu'il a été affirmé que : « *tout est dans tout et que ce qui s'écarte du noyau dur de la contradiction peut y être rattaché en considérant qu'il s'agit de garanties permettant de s'assurer de son respect* »[805].

Par suite, c'est de la violation du principe du contradictoire ainsi entendu qu'il sera question ici et non de celui des droits de la défense. Mais avant d'exposer en quoi consiste cette violation du principe du contradictoire, il sied de faire une autre précision terminologique, cette fois-ci entre ce principe et celui dit de la contradiction. Cette démarche vise à justifier non seulement l'utilisation de principe du contradictoire plutôt que celui dit de la contradiction mais aussi de montrer que ces deux principes ne sauraient être utilisés indistinctement.

348. Le principe du contradictoire et le principe de la contradiction-. Le terme « principe du contradictoire » est bien souvent désigné sous le vocable de « principe de la

---

[802] H. MOTULSKY, op. cit., p. 68 et s. citant comme faisant partie intégrante des « droits de la défense » : l'obligation de donner connaissance de l'introduction de l'instance ; l'obligation de permettre la discussion contradictoire ; l'obligation d'observer un minimum de loyauté ; l'obligation d'observer une stricte neutralité ; l'obligation de soumettre l'ensemble de la matière litigeuse à la discussion contradictoire ; l'obligation pour le juge de motiver le jugement et pour le législateur d'organiser les voies de recours

[803] S. AMRANI-MEKKI, « qu'est devenue la pensée de Henri Motulsky ? Les droits de la défense », Actes de colloques de Caen, 20 janvier 2012, *Procédures* mars 2012, p. 18-22

[804] G. COUCHEZ et X. LAGARDE, *Procédure civile*, op. cit., n° 238, p. 267 ; J. HERON et Th. LE BARS, *Droit judiciaire privé*, éd. MONTCHRESTIEN, 5e éd. 2012, n° 291, p. 240 ; S. GUINCHARD, C. CHAINAIS et F. FERRAND, *Procédure civile. Droit interne et droit de l'Union européenne,* éd. Dalloz, 31e éd. 2012, n° 737 et s., p. 528 et s. ; G. GIUDICELLI-DELAGE, op. cit. ; P. JULIEN et N. FRICERO, *Procédure civile*, éd. L.G.D.J., 4e éd. 2011, n° 254, p. 140 ; J. NORMAND, « le rapprochement des procédures civiles à l'intérieur de l'Union européenne et le respect des droits de la défense », in *Mélanges PERROT R.*, Dalloz, 1996, Paris, 1995, 337 ; M. DOUCHY-OUDOT, *Procédure civile*, éd. GUALINO, 5e éd. 2012, n° 328 et s., p. 182 et s. ; G. FLECHEUX, « le droit d'être entendu, », in *Mél. BELLET*, *P.*, Litec, 1991, 149 ; S. AMRANI-MEKKI, op. cit., n° 6, qui précise que « cette perception (ndlr : des droits de la défense) est clairement acquise en procédure civile » ; L. CADIET, « contradictoire », in D. ALLAND et S. RIALS (dir.), Dictionnaire de la culture juridique », PUF- Lamy, 1re éd., 2003, p. 271 et s. ; L. MINIATO, *Le principe du contradictoire en droit processuel*, L.G.D.J. 2006, n° 29, p. 26 et s.

[805] *Id.*

contradiction ». Cette utilisation indifférenciée de ces deux termes tire sa source dans le code de procédure civile. En effet l'article 14 de ce code, qui est le premier de la section VI intitulée : la contradiction, laquelle section fait partie du chapitre I sur les principes directeurs du procès, dispose : « *Nulle partie ne peut être jugée sans avoir été entendue ou appelée* ». Or règle est traditionnellement désignée par le vocable de « principe du contradictoire ». C'est donc le fait qui a consisté pour le législateur à énoncer une règle désignant traditionnellement le « principe du contradictoire » dans une section intitulé « principe de la contradiction », qui a amené une partie de la doctrine à assimiler ces deux notions.

Cette confusion terminologique entre les deux notions a été plus tard nourrie par l'utilisation par le législateur français, ici -le pouvoir réglementaire- dans le même code, de l'expression « principe du contradictoire », pour désigner la même réalité que celle qu'il a définie plus en arrière -dans les dispositions liminaires-. L'article 524 créé par le Décret *n° 2004-836 du 20 août 2004, art. 8, en vigueur le 1er janv. 2005* dispose en effet que : « *le premier président peut arrêter l'exécution provisoire de droit en cas de violation manifeste du principe du contradictoire ou de l'article 12 et lorsque l'exécution risque d'entraîner des conséquences manifestement excessives* ». Cette assimilation linguistique a été répétée par le Décret n° 2005-790 du 12 juillet 2005 relatif aux règles de déontologie de la profession d'avocat. L'article 16 dudit décret dispose : « *l'avocat se conforme aux exigences du procès équitable. Il se comporte loyalement à l'égard de la partie adverse. Il respecte les droits de la défense et le principe du contradictoire* ».

Sur la base de ces différentes dispositions, une partie de la doctrine expose que ces deux termes sont synonymes. Ainsi, selon le Doyen CORNU, les deux termes seraient des synonymes[806]. Cette position a été soutenue par d'autres auteurs[807]. Mais la thèse contraire a été aussi défendue

[806] G. CORNU, Association HENRI CAPITANT, *Vocabulaire juridique*, *op. cit*. p. 255. Sur cette question, le point de vue de l'auteur semble avoir été mal rapporté par L. MINIATO, « « La « consécration » du principe du contradictoire par le décret du 20 août 2004 portant modification de la procédure civile », *D*. 2005, 308. Ce dernier expose : « le Doyen Cornu, qui, dans son *Vocabulaire juridique* donne du principe du contradictoire la définition suivante : « Opération (judiciaire ou extrajudiciaire) à laquelle tous les intéressés ont été mis à même de participer, même si certains n'y ont pas été effectivement présents ou représentés, mais à la condition que tous y aient été régulièrement convoqués de telle sorte que le résultat de cette opération leur est à tous opposable ». Or cette définition n'est autre que celle que donne le Doyen CORNU du mot contradictoire et non celle du « principe du contradictoire ».

[807] V. not. S. GUINCHARD, C. CHAINAIS et F. FERRAND, *Procédure civile. Droit interne et droit de l'Union européenne*. éd. Dalloz 2012, 3e éd., n° 768, p. 768 ; J. HERON et Th. LE BARS, *Droit judiciaire privé*, éd. MONTCHRESTIEN, 3e éd. 2012, n° 290, p. 239 où il a été exposé que « le principe de la contradiction est également appelé principe contradictoire ou du contradictoire » ; G. COUCHEZ et X. LAGARDE, *Procédure civile*, éd. SIREY, 17e éd. 2014, n° 238, p. 266 ; S. GUINCHARD (dir.), *Droit et pratique de la procédure civile. Droit interne et de l'Union Européenne.*, éd. Dalloz, 8e éd. 2014, n° 222.20, p.762

en doctrine. Dans sa thèse consacrée à l'étude du principe du contradictoire, Mme FRISON-ROCHE explique que « *le droit organise non la contradiction, mais le contradictoire... En effet, seule une partie peut, grâce au contradictoire qui lui en assure la possibilité concrète et la puissance, apporter la contradiction qui meut le procès. Il s'agit... de la même opération, mais d'abord à l'état de puissance, puis à l'état d'acte* »[808].

M. CADIET et M. JEULAND, parlant de l'article 14 du code de procédure civile précisent : « *le code n'érige en principe que la nécessité de la contradiction, du contradictoire devait-on dire* »[809]. Cette affirmation met clairement l'accent sur une erreur terminologique de la part du législateur. C'est aussi dans ce même sens qu'abonde un auteur lorsqu'il affirme que : « Le *contradictoire* est le principe, la *contradiction est l'une des applications possibles de ce principe avec les autres dialogues, lesquels permettent, à l'instar de la contradiction, la défense des parties et l'établissement de la vérité judiciaire* »[810]. D'ailleurs poussant loin sa critique, cet auteur préconise le remplacement du terme « contradiction » dans le code de procédure civil par celui de « principe du contradictoire ». Il objecte : « *la section VI intitulée « La contradiction » devrait s'intituler « Le principe du contradictoire ». Et l'article 16, alinéa 1er, devrait disposer : « Le juge doit, en toutes circonstances, faire observer et observer lui-même le principe du contradictoire » (et non « le principe de la contradiction »)* »[811].

La thèse de la réfutation mérite approbation. En effet, une identité terminologique ne saurait être établie entre le principe de la contradiction et le principe du contradictoire.

En réalité il n'existe pas un principe de contradiction, la contradiction étant entendue comme « *l'action de contredire, de s'opposer à* »[812]. Il faudrait plutôt parler de « principe du contradictoire » qui s'entend d'une règle élémentaire de justice sociale qui veut que les prétentions d'un sujet de droit quel qu'il soit, ne puissent être opposées à un autre sujet de droit sans que l'occasion n'ait été auparavant donnée à ce dernier, soit de les acquiescer, soit de les rejeter. Ainsi donc, la mise en œuvre du principe du contradictoire peut conduire soit à une

[808] A. FRISON-ROCHE, *Généralités sur le principe du contradictoire (droit processuel)*, thèse Paris II, 1988, p. 343
[809] L. CADIET et E. JEULAND, *Droit judiciaire privé*. éd. LexisNexis, 8e éd. 2013, n° 517, p. 397
[810] L. MINIATO, *précit*.

[811] L. MINIATO, « Le « principe du contradictoire » : nouveau principe directeur du procès ? » *D*. 2005. 2537

[812] Le petit larousse illustré, éd. 2015, entrée : contradiction, p. 294

reconnaissance par le sujet contre lequel les prétentions ont été exprimées de ces dernières –première hypothèse-, soit à leur contradiction –seconde hypothèse-.

C'est donc une mauvaise manipulation conceptuelle qui a conduit à l'utilisation indifférenciée des termes « principe de la contradiction »[813] et « principe du contradictoire » pour désigner dans le code de procédure civile une même notion juridique. Par conséquent, cet emploi malencontreux mérite d'y être corrigé. Il en va de la nécessité du respect du principe constitutionnel d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi.

Dès lors c'est du non-respect du principe du contradictoire qu'il sera question dans les développements suivants.

2- Un principe préexistant au droit positif

349. La consubstantialité du principe du contradictoire au procès, source du cantonnement-. La contradiction révèle le procès et « *il n'y a pas de procès digne de ce nom qui ne respecte le principe du contradictoire* »[814]. Cette imbrication notionnelle entre le principe du contradictoire et le procès fait conclure à une consubstantialité entre ces deux notions. C'est de cette consubstantialité au procès qu'a été victime le principe du contradictoire. Ainsi, aussi bien dans l'imaginaire populaire, dans la doctrine juridique, que dans la loi, le principe du contradictoire a été cantonné à la sphère judiciaire ou plus exactement décisionnelle[815]. De telle sorte qu'en dehors de ce cadre décisionnel, l'usage de l'expression « principe du contradictoire » ne se conçoit guère.

350. Les manifestations du confinement du principe du contradictoire à la sphère décisionnelle impliquant un tiers-juge[816]-. Jusqu'à un passé récent, avant la loi ***n°73-680 du 13 juillet 1973*** **relative à la résiliation du contrat de travail à durée indéterminée** qui impose un entretien contradictoire préalable au licenciement, l'évocation du principe du contradictoire n'a été que le seul apanage des codes de procédure. En tout cas, le droit au principe du contradictoire n'a été envisagé que dans le cadre d'un procès, à noter que son

[813] Article 16 al. 1re du CPC français
[814] L. CADIET, « Contradictoire » in D. ALLAND et S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, *op. cit.*, p. 271 et s.
[815] Ce principe étant aussi appliqué devant les autorités administratives indépendantes comme l'Autorité des marchés financiers notamment devant sa Commission des sanctions ou la Haute autorité de la concurrence. Ces organes ne sont pas des instances judiciaires, mais sont habilitées à prendre des décisions en tranchant entre deux intérêts opposés. La procédure devant ces instances reste contradictoire
[816] Ce juge s'entend de toute autorité judiciaire ou administrative doté des pouvoirs de prendre un décision susceptible de porter atteinte aux intérêts d'une personne –physique ou morale-.

application a été plus ou moins étendue plus tard à d'autres processus décisionnels. De telle sorte qu'au jour d'aujourd'hui, aussi bien dans l'espace juridique français qu'O.H.A.D.A, l'évocation de ce droit dans les rapports juridiques privés ne semble pas être un truisme.

En effet, en droit français, les articles 14 et 16 du code de procédure civile n'envisagent le droit d'être entendu que dans le cadre d'un procès. Il est notamment précisé à l'article : « *nul ne peut* ***<u>être jugé</u>*** *sans avoir été entendu ou appelé* ».

Quant aux conventions internationales ratifiées par la France et directement invocables devant le juge français, elles ne prévoient pas un droit autonome au principe du contradictoire invocable hors du cadre processuel dans les rapports juridiques privés. C'est plutôt le droit à un procès équitable qui a été prévu par la plupart de ces conventions, droit qui implique le droit au respect du principe du contradictoire, mais uniquement dans le cadre d'un processus décisionnel. C'est ainsi que le droit au principe du contradictoire ou plus exactement les droits de la défense auxquels appartient ce droit, ne peut être invoqué que dans le cadre d'un procès ou devant une autorité administrative[817] dotée d'un pouvoir décisionnel au visa du droit à un procès équitable [818].

Ainsi, la Conv. EDH, la Charte des droits fondamentaux de l'Union Européenne[819], le Pacte international relatif aux droits civils et politiques du 19 décembre 1966, ne font allusion qu'au droit à procès équitable[820].

Pour ce qui concerne le droit O.H.A.D.A, il convient *prima facie* de rappeler que celui-ci n'a nullement organisé la protection des droits fondamentaux, laquelle mission relève plutôt d'autres organisations régionales dont les traités ont été ratifiés par la plupart des pays membres de l'O.H.A.D.A. C'est le cas de l'Union Africaine[821] et de la C.E.D.E.A.O pour ne citer que

[817] V. sur cette interprétation dynamique du droit au procès équitable en matière de procédures extrajudiciaires mais uniquement à caractère décisionnel -par opposition aux procédures individuelles visant à mettre en œuvre un droit subjectif sans une issue décisionnelle-, L. FAVOREU et autres, *Droit des libertés fondamentales*, éd. DALLOZ, 6 éd. 2012, n° 573 et s., p. 534 et s.

[818] CEDH 28 mars 1990, *JDI* 1991. 782, note P.T. et pour la cour de cassation civ. 2e, 5 févr. 1992, *D*. 1992. 442, note BURGELIN

[819] Sur les péripéties liées à la force contraignante de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et son effectivité depuis le 1re décembre 2009, date d'entrée en vigeur du Traité de Lisbonne, V. S. GUINCHARD (dir.), *Examen d'entrée au CRFPA. Le grand oral. Protection des libertés et droits fondamentaux*, LEXTENSO éd. 2013, n° 1.26 et s., p. 34 et s.

[820] Art. 6 & 1 Conv. EDH, art. … pour la Charte des droits fondamentaux de l'Union Européenne, art. 14 pour le Pacte international des Nations Unies du 16 décembre 1966 relatif aux droits civils et politiques

[821] L'Union Africaine est une organisation africaine qui a remplacé l'Organisation de l'Unité Africaine. L'acte constitutif de sa naissance a été adopté à Lomé au TOGO le 11 juillet 2000. Elle est composé actuellement de 53 Etats africains. Ses organes sont prévus à l'article 5 dudit acte et sont : la Conférence de l'Union, le Conseil exécutif, le Parlement africain, la Cour de justice, la Commission, le Comité des représentants permanents, les

celles-là. La mission de protection des droits fondamentaux de l'U.A. s'appuie sur un corpus de texte composé de la Charte Africaine des Droits de l'Homme et des Peuples mais aussi sur tout instrument international de protection des droits de l'homme ratifié par l'Etat en cause[822], ladite mission étant assurée par deux organes complémentaires[823] : la Cour Africaine des Droits de l'Homme et des Peuples[824] et la Commission[825]. La protection judiciaire des droits fondamentaux par la C.E.D.E.A.O., en ce qui la concerne est assurée par la Cour de justice de la C.E.D.E.A.O. Tous ces instruments de protections des droits de l'homme, à l'instar des

Comités techniques spécialisés, le Conseil économique, social et culturel et les Institutions financières. l'U.A. a pour objectif entre autres comme précisé à l'article 3-h de son acte constitutif, de « promouvoir et protéger les droits de l'homme et des peuples conformément à la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples et aux autres instruments pertinents relatifs aux droits de l'homme ».

[822] V. sur ce point l'article 60 de la Charte Africaine des Droits de l'Homme et des Peuples qui dispose : « *La Commission s'inspire du droit international relatif aux droits de l'homme et des peuples, notamment des dispositions des divers instruments africains relatifs aux droits de l'homme et des peuples, des dispositions de la Charte des Nations Unies, de la Charte de l'Organisation de l'Unité Africaine, de la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme, des dispositions des autres instruments adoptés par les Nations Unies et par les pays africains dans le domaine des droits de l'homme et des peuples ainsi que des dispositions de divers instruments adoptés au sein d'institutions spécialisées des Nations Unies dont sont membres les parties à la présente Charte* » ; l'article 61 de la même charte : « *La Commission prend aussi en considération, comme moyens auxiliaires de détermination des règles de droit, les autres conventions internationales, soit générales, soit spéciales, établissant des règles expressément reconnues par les Etats membres de l'Organisation de l'Unité Africaine, les pratiques africaines conformes aux normes internationales relatives aux droits de l'homme et des peuples, les coutumes généralement acceptées comme étant le droit, les principes généraux de droit reconnus par les nations africaines ainsi que la jurisprudence et la doctrine* » et l'article 7 du Protocole relatif à la Charte Africaine des Droits de l'Homme et des Peuples portant création de la Cour Africaine des Droits de l'Homme et des Peuples entrée en vigueur le 25 janvier 2004 qui dispose : « *la Cour applique les dispositions de la Charte ainsi que tout autre instrument pertinent relatif aux droits de l'homme et ratifié par l'Etat concerné* ».

[823] V. en ce sens l'article 2 du Protocole relatif à la Charte Africaine des Droits de l'Homme et des Peuples portant création de la Cour Africaine des Droits de l'Homme et des Peuples entrée en vigueur le 25 janvier 2004 qui dispose : « La Cour, tenant dûment compte des dispositions du présent Protocole, complète les fonctions de protection que la Charte Africaine des Droits de l'Homme et des Peuples (ci-après dénommée "la Charte") a conférées à la Commission Africaine des Droits de l'Homme et des Peuples (ci-après dénommée "la Commission") ».

[824] La mission de la Cour semble être entravée par un obstacle important lié à sa compétence Celle-ci est d'une part logiquement conditionnée à la ratification par l'Etat en cause du protocole portant création de la Cour d'une part et d'autre part, à la déclaration de reconnaissance de la compétence de la cour et ce même malgré et après la ratification par l'Etat en cause dudit protocole. Cette règle pour le moins étonnante est prévue à l'article 34-6 du protocole. Il dispose : « *A tout moment à partir de la ratification du présent Protocole, l'Etat doit faire une déclaration acceptant la compétence de la Cour pour recevoir les requêtes énoncées à l'article 5(3) du présent Protocole. La Cour ne reçoit aucune requête en application de l'article 5(3) intéressant un Etat partie qui n'a pas fait une telle déclaration* ». V. en ce sens …

[825] Sur les pouvoirs de la Commission en matière de protection des droits fondamentaux, force est de constater qu'ils sont loin d'être efficaces. En effet, celle-ci ne dispose d'aucun pouvoir de condamnation de l'Etat en cause. Tout au plus, peut-elle produire un rapport sur les faits de violations des droits de l'homme dont un Etat s'est rendu coupable, rapport qui reste confidentiel jusqu'à ce que la Conférence des Chefs d'Etat, seul organe destinataire en décide autrement. Qui plus est, la Charte est restée imprécise sur les suites qui peuvent être données par la Conférence des Chefs d'Etat à ce rapport. Elle précise juste que cet organe peut demander à la Commission une étude détaillée sur les violations constatées ! V. sur ce point les articles 45 à 61 de la Chartes Africaine des Droits de l'Homme et des Peuples. Autant dire que la mission de protection des droits de l'homme est confiée à ladite commission

instruments européens et internationaux n'évoquent clairement que le droit au principe du contradictoire dans un cadre processuel ou plus exactement décisionnel.

Quant à l'étude du principe du contradictoire en doctrine, elle a été l'œuvre quasi exclusive de la doctrine processualiste.

Or, en tant que droit naturel, l'application du principe du contradictoire dépasse le seul cadre décisionnel pour innerver toutes les sphères des rapports juridiques, pour autant que ceux-ci deviennent conflictuels.

351. Le droit au principe du contradictoire : un droit naturel exorbitant l'unique cadre décisionnel.- Le principe du contradictoire fait partie de ces principes qui sont au fondement de toute société humaine[826], qui « *appartiennent d'abord à la conscience commune avant d'être un principe de droit positif* »[827], principes dont les auteurs ayant défendu le concept de droit naturel, ont souligné à juste titre les caractères éternels et immuables[828]. Au demeurant, ce caractère éternel et immuable du principe du contradictoire est illustré par sa présence depuis la nuit des temps et à travers les âges dans quasiment toutes les civilisations.

Ces attitudes aussi bien du législateur que de la doctrine ont conduit à un enfermement du principe du contradictoire dans la sphère décisionnelle. Or force est de constater que la nature dudit principe combinée avec l'impératif de justice postulent l'extension du principe du contradictoire par-delà la sphère décisionnelle. Le principe du contradictoire a vocation naturelle à s'appliquer à chaque fois qu'une décision ou que la mise en œuvre d'un droit subjectif est susceptible de nuire aux intérêts d'une ou de plusieurs personnes.

B- Un domaine d'application extensible par-delà de la sphère décisionnelle

[826] V. dans ce sens, G. CORNU, Association H. CAPITANT, *Vocabulaire juridique*, éd. PUF, 10e éd. 2014, p. 465 définissant entre les droits fondamentaux comme « bases de la vie en société dotées d'une valeur intrinsèque première et d'une prééminence naturelle »

[827] L. ASCENCI, op. cit., n° 43, p. 38, cit. M-A. FRISON-ROCHE, *Généralités sur le principe du contradictoire. Droit processuel, op. cit*., p. 7

[828] L'idée d'un droit naturel éternel et immuable est fort ancienne. V. SOPHOCLE, *Antigone* (494-406 av. J.-C.) cit. par J.-L. AUBERT, *Introduction au droit*, éd. PUF, 10e éd. 2007, Paris, p. 12 où Antigone oppose à Créon : « *je ne croyais pas tes édits, qui ne viennent que d'un mortel, assez fort pour enfreindre les lois sûres, les lois non écrites des dieux : ce n'est pas d'aujourd'hui ni d'hier, mais toujours qu'elles vivent et nul n'en connaît l'origine* » ; V. aussi B. OPPETIT, *Philosophie du droit*, éd. Dalloz 1999, spéc., n° 102, p. 117 estimant que le droit naturel exprime des règles éternelles et immuable ; P. MORVAN, *Le principe de droit privé*, LGDJ, éd. PANTHEON-ASSAS, 1999, n° 115, p. 108, et n° 117, p. 118, cit. par L. MINIATO, Le principe du contradictoire en droit processuel, thèse, LGDJ, 2006, *op. cit*., précisant que le « *contradictoire appartient au droit naturel puisqu'il constitue une exigence universelle, immuable, supérieure et rationnelle évidente du procès (…)* » ;

352. Plaidoyer pour une application systématique du principe du contradictoire par-delà la sphère décisionnelle.- En tant que principe de droit naturel[829] et donc principe fondamental, le principe du contradictoire devrait être d'une application naturelle dans toutes les relations juridiques où s'opposent au moins deux intérêts distincts, car comme le soulignait à juste titre le Doyen CARBONNIER, le droit est « *l'art du contradictoire* ».

L'application dont il est question ici consistera dans le fait d'une obligation pour toute personne publique ou privée –morale ou physique-, préalablement à la mise en œuvre de son droit subjectif potentiellement conflictuel, de susciter systématiquement les observations de toute personne dont les intérêts viendraient à être atteints par la mise en œuvre dudit droit, obligation dont l'inobservation sera sanctionnée.

Or, force est de constater avec un auteur que : « *le contradictoire n'a pas vocation, dans le cadre des mesures non répressives (ndlr : et en général hors du cadre décisionnel), à s'appliquer de façon systématique, mais qu'il est subordonné à l'existence d'un texte prévoyant expressément son application, ce que conteste non sans raison la doctrine* »

Cette inquiétude doit toutefois être tempérée.

353. Division.- Il existe en droit positif des applications parcellaires du principe du contradictoire dans la mise en œuvre d'un droit subjectif potentiellement conflictuel dans une relation juridique opposant au moins deux intérêts privés hors du cadre décisionnel. Aussi, de cette application parcellaire (1) peut être déduite une reconnaissance universelle du principe du contradictoire (2).

1- Une application parcellaire du droit au respect principe du contradictoire

354. Une application infiniment parcellaire du droit au principe du contradictoire hors le cadre décisionnel.- La nécessité de soumettre préalablement la mise en œuvre hors du cadre décisionnel, d'un droit potentiellement conflictuel au principe du contradictoire semble être reconnue, aussi bien par le législateur que par la jurisprudence. Cette reconnaissance est toutefois timidement exprimée et infiniment parcellaire puisqu'elle ne concerne que seulement

[829] *Id*., et aussi H. MOTULSKY, « Le droit naturel dans la pratique jurisprudentielle », *op. cit*., p. 60 et s. pour qui le principe du contradictoire est un élément des droits de la défense affirmait : « *que le respect des droits de la défense constitue, au sens plein, une donnée du droit naturel, c'est ce qui ne paraît guère niable* » ; M.-A. FRISON-ROCHE, *Généralités sur le principe du contradictoire. Droit processuel*, *op. cit*., spéc. p. 341 et s ;

trois domaines de relation de droit privé et non caractérisé par un procès[830] : la mise en œuvre du droit de licenciement d'un travailleur (a), celle du droit de révocation *ad nutum* des dirigeants sociaux (b) et enfin la radiation de membres d'associations (c).

a- L'application du principe du contradictoire au droit au licenciement de l'employeur

355. Une instauration récente.- Le droit pour un employeur de licencier un salarié répond au principe d'interdiction des engagements perpétuels[831]. Ce dernier pouvait donc mettre en œuvre ce droit sans devoir informer préalablement le salarié des motifs de sa décision ni recueillir les observations éventuelles de ce dernier pourtant concerné au premier chef par l'exercice de ce droit qui au demeurant est susceptible de nuire à ses intérêts ! Seul l'abus dans la mise en œuvre de ce droit –licenciement abusif- pouvait faire l'objet d'une sanction judiciaire[832]. Mais fort heureusement ce déficit injustifiable du contradictoire, droit pourtant fondamental de toute personne humaine et donc du salarié a été corrigé en France par la loi *n°73-680 du 13 juillet 1973* relative à la résiliation du contrat de travail à durée indéterminée et plusieurs fois modifiée. Cette loi a conditionné la mise en œuvre du droit au licenciement de l'employeur à l'application du principe du contradictoire. Cette application du principe du contradictoire est assurée par dispositifs procéduraux : il y a d'une part l'obligation de convocation à un entretien préalable de licenciement (a-1) et d'autre part l'obligation de notification du licenciement (a-2).

a-1) L'obligation de convocation à un entretien préalable au licenciement

Elle est prévue à l'article L. 1232-2 et suivants du code du travail et impose à un employeur -sauf en cas de licenciement collectif pour motif économique- qui envisage de licencier un salarié, de convoquer ce dernier à un entretien préalable. Au cours de cet entretien, il est fait obligation à l'employeur, d'indiquer au salarié les motifs de la décision envisagée et de recueillir les explications de ce dernier. Aussi -détail important-, le salarié dispose du droit d'être assisté par un conseiller durant cet entretien. Par ailleurs, le législateur impose un délai d'ajournement de l'entretien préalable susceptible de permettre au salarié d'être en mesure de pouvoir contredire les motifs de son licenciement éventuel. Cet entretien ne peut en effet se tenir moins de cinq jours à compter de la date d'envoi de la lettre recommandée ou de la remise

[830] V. sur les exigences d'application du principe du contradictoire dans les relations entre l'administration et les administrés L. MINIATO, Le principe du contradictoire en droit processuel, thèse, LGDJ, 2006, op. cit., n° 60 et s.
[831] A. JEAMMAUD, *Le licenciement*, Dalloz, 1993.
[832] V. sur ce point, F. FAVENNEC-HERY et P.-Y. VERKINDT, *Droit du travail*, LEXTENSO éd. 4ème éd. 2014, n° 642, p.444

en main propre de la lettre de convocation. Tout ceci constitue à n'en point douter une application concrète du principe du contradictoire. C'est aussi le cas, mais dans une moindre mesure de l'obligation de notification du licenciement.

a-2) L'obligation de notification du licenciement

Celle-ci impose à l'employeur de faire connaître au salarié dans l'hypothèse du maintien du licenciement nonobstant les éventuelles explications fournies par ce dernier lors de l'entretien préalable, les motifs du licenciement. Ainsi, même si contrairement à l'entretien préalable, le salarié n'a pas la possibilité d'avoir un débat contradictoire direct avec l'employeur sur lesdits motifs, tout au moins cette notification a la vertu de permettre au salarié de connaître les motifs de son licenciement et de préparer sa contradiction, cette fois-ci dans le cadre d'un procès. Car, comme l'exige la jurisprudence depuis l'arrêt *Rogié*[833], les motifs contenus dans la lettre de licenciement « fixent les limites du litige ».

Ces deux dispositifs procéduraux constituent une application concrète du principe du contradictoire à la mise en œuvre d'un droit subjectif potentiellement conflictuel en l'occurrence le droit au licenciement de l'employeur. Il s'agit d'autant d'une application concrète que son inobservation est clairement sanctionnée. En effet, en cas de manquement à cette obligation, la procédure de licenciement est qualifiée d'irrégulière et peut donner lieu à une réparation au profit du salarié comme le prévoient les articles L. 1235-2 et suivants du code du travail[834].

Cette application concrète du principe du contradictoire hors le cadre processuel à la mise en œuvre d'un droit subjectif potentiellement conflictuel s'observe également en matière de révocation des dirigeants sociaux.

b- L'application du principe du contradictoire à la révocation ad nutum des dirigeants sociaux

356. Une règle jurisprudentielle de découverte récente.- Une société dispose du droit de révoquer à tout moment le mandat d'un de ses dirigeants sociaux[835]. Dans la mise en œuvre de son droit de révoquer librement ses dirigeants, la société n'avait aucun devoir, ni de préavis ni d'information vis-à-vis du dirigeant social sur les motifs de la révocation. L'exercice de ce

[833] Cass. soc., 29 nov. 1990, Dr. soc. 1991, p. 99, note SAVATIER

[834] V. sur les distinctions F. FAVENNEC-HERY et P.-Y. VERKINDT, *Droit du travail*, 4e éd., Lextenso, 2014.., n°653 et s., p. 448 et s. ; A. CRISTAU, Droit du travail, éd. HACHETTE SUPERIEURE, 9ème éd. 2013-2014, n° 375 et s., p. 109 et s.

[835] V. sur les types de dirigeants concernés, MEMENTO PRATIQUE, Sociétés commerciales, éd. FRANCIS. LEFEBVRE 2014, n° 12482, p. 219

droit se faisait donc au mépris du principe du contradictoire. Mais par arrêt de revirement du 3 janvier 1996, la chambre commerciale de la Cour de cassation a clairement conditionné la mise en œuvre du droit de révocation *ad nutum* des sociétés au respect du principe du contradictoire, règle dont les prémisses semblaient déjà posées dans un précédent arrêt dit arrêt *Pesnelle*[836].

Ainsi la chambre commerciale affirma dans un motif de principe que : « *la révocation n'est abusive que si elle a été accompagnée de circonstances ou a été prise dans des conditions qui portent atteinte à la réputation ou à l'honneur du dirigeant révoqué ou si elle a été décidée brutalement sans respecter le principe de la contradiction* »[837]. Dès lors, obligation est faite aux organes sociaux désireux de révoquer le mandat d'un dirigeant social, d'informer ce dernier des motifs de sa révocation et de recueillir s'il le désire ses observations[838]. A défaut, la révocation est qualifiée d'abusive et est sanctionnée sur le terrain de l'abus de droit.

……

c- L'application du principe du contradictoire à la radiation des membres d'un groupement

Un groupement de personnes qui envisage de radier un de ses membres, doit mettre ce dernier à même de connaître et de contredire les motifs de sa radiation[839].

2- Une reconnaissance universelle du droit au respect du principe du contradictoire

357. Division.- Une interprétation extensive des cas de reconnaissances parcellaires d'un droit au principe du contradictoire hors du cadre processuel, permet de conclure à une reconnaissance en droit français, d'un droit universel au principe du contradictoire. La recherche des prémisses de cette interprétation (a) précèdera l'exposé de celle-ci (b).

a- La recherche des prémisses d'une interprétation extensive

---

[838] Com. 24 févr. 1998, Quentin c. Soc. Ydrel électronique, n° 95-12.349, JCP 1998, I, 163, n° 6

358. La recherche de la règle préexistante dont la violation est sanctionnée dans les cas de reconnaissance parcellaire.- Le non-respect du principe du contradictoire dans la mise en œuvre du droit au licenciement de l'employeur ou du droit à la révocation *ad nutum* d'une société engage la responsabilité civile des auteurs de ces omissions. Il s'agit ici d'une responsabilité fondée sur une faute. Dès lors, la question de la nature de cette faute se pose[840]. Ce qui revient en réalité à s'interroger sur la règle préexistante dont la violation est ici sanctionnée. *Planiol* définissait la faute dans une formule restée célèbre comme la «*violation d'une obligation préexistante* ». Alors, en quoi peut consister dans les hypothèses ci-dessus évoquées la règle préexistante dont la violation emporte ici l'engagement de la responsabilité civile ? Les cas du licenciement (a-1) et celui de la révocation *ad nutum* (a-2) seront successivement examinés.

a-1) Le cas du licenciement

359. L'obligation légale du respect du droit au contradictoire du salarié.- L'obligation préexistante semble tirer ici sa source de la loi. En effet, c'est cette dernière qui prévoit expressément le respect du principe du contradictoire dans la mise en œuvre du droit au licenciement ainsi que la sanction du non-respect de cette règle. Ce faisant, le législateur a entendu clairement protéger le droit au respect du principe du contradictoire du salarié. D'autant que la tenue de l'entretien préalable n'est pas de nature à faire échec au droit au licenciement de l'employeur et que nonobstant celui-ci, ce dernier peut en toute légitimité maintenir sa décision de licencier le salarié. Par suite, la seule et unique vertu de la règle de la convocation à l'entretien préalable puis celle de l'exposé dans la lettre de notification du licenciement des motifs du licenciement reste la protection du droit au respect du principe du contradictoire.

a-2) Le cas de la révocation ad nutum

360. La reconnaissance jurisprudentielle du droit au respect du contradictoire du dirigeant social.- Selon la Cour de cassation, la révocation décidée brutalement sans respecter le principe du contradictoire est abusive et engage la responsabilité civile extracontractuelle de la société vis-à-vis du dirigeant révoqué. Il s'agit là de l'application du principe selon lequel

[840] Rennes, 1re A, 31 mai 1994, *Ridel c. Soc. Des steeple chasse de France*, *Juris-data,* n° 053330, s'agissant d'une société de courses hippiques ; TGI Paris, 1ère Ch. sect. 1, 28 juin 1995, *Davenas c. Congrégation du Saint-Esprit, Juris-data* n° 050819, s'agissant d'une congrégation réligieuse ; Paris, 14e C, 20 sept. 1996, *Steve c. Assoc. La Grande loge de France, Juris-data n° 022397*, s'agissant d'une loge maçonnique ; Civ., 14 déc. 2004, *Ginioux c. Assoc. SM Club de France, Bull*. I, n° 308 et Civ. 1re, 21 nov. 2006, Bull. I, n° 496, s'agissant d'une association

l'obligation préexistante peut être découverte par le juge[841]. Mais alors en quoi consiste-t-elle en l'espèce ?

M. LE CANNU estime qu'il s'agit d'un « *devoir de concertation à l'intérieur de la société, pour définir les voies de l'intérêt social* », car argumente-t-il, le débat contradictoire sur les motifs de révocation est susceptible d'éclairer du mieux possible les personnes appelées à décider la révocation, toutes choses utiles à l'intérêt social[842]. Par ailleurs, pour cet auteur, « *dans un système qui maintient le principe de la révocabilité ad nutum, il ne semble pas que ce soit l'intérêt propre du dirigeant qui puisse constituer le critère majeur d'appréciation* »[843].

Mais ce raisonnement ne saurait être approuvé pour deux raisons qui tiennent d'une part à la qualité de la victime (a-2-1) et d'autre part à la nature du préjudice ici réparé (a-2-2).

a-2-1) <u>La qualité de la victime en contradiction avec la qualification de faute entendue au sens de la non-recherche de l'intérêt social</u>

361. L'hypothèse injustifiable d'une faute pour non-respect de l'intérêt social.- Si la faute ici sanctionnée était la non-recherche de l'intérêt de la société comme l'explique M. LE CANNU, comment expliquer alors qu'il soit reconnu au profit du dirigeant et non de la société -dont l'intérêt aurait été méconnu-, un préjudice réparable comme le reconnaît le professeur LE CANNU lui-même[844] ? L'idée d'une existence d'un lien causal entre la faute consistant dans la non-recherche de l'intérêt social et le dommage du dirigeant est-elle raisonnablement soutenable ? Il n'est pas un seul instant pensable que la non-recherche d'un intérêt social puisse entraîner un quelconque préjudice à une personne autre que celle que protège cette règle. Quid dans ces conditions du caractère personnel et direct du dommage ?

En réalité, la faute dont la violation est ici sanctionnée se déduit aisément de la nature du préjudice réparé.

a-2-2) <u>La déduction de la faute de la nature du préjudice réparé</u>

362. Une faute pour violation du droit au principe du contradictoire du dirigeant.- La Cour de cassation précise que le non-respect du principe du contradictoire dans la mise en œuvre du droit à la révocation est constitutive d'une révocation abusive qui ouvre droit à

---

[841] V. sur cette règle M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations, 2- Responsabilité civile et quasi-contrats*, éd. PUF, 2ème éd. 2010, p. 89
[842] P. LE CANNU, « Le principe de contradiction et la protection des dirigeants », *Bull. Joly* 1996. 11, n° 20
[843] *Id.*
[844] …….

réparation au profit du dirigeant. Il est intéressant de s'interroger sur l'intérêt de sanctionner le non-respect du principe du contradictoire ici dans la mesure où la tenue d'un débat contradictoire n'a aucune sorte d'incidence sur le droit à révocation du dirigeant en vertu du principe de la libre révocabilité.

En vérité, la seule explication raisonnable est le besoin de protéger un droit au respect du principe du contradictoire au profit du dirigeant. Ainsi le préjudice réparé ici est l'atteinte au droit au respect du principe du contradictoire. Par suite, la faute sanctionnée ici par la jurisprudence est de même nature que celle sanctionnée par la loi en matière du droit au licenciement. Il s'agit du non-respect du droit au respect du principe du contradictoire. Mais mieux que la reconnaissance au profit du salarié objet d'un licenciement ou du dirigeant social objet d'une révocation, c'est en réalité dans le sens d'une reconnaissance universelle du droit au respect du principe du contradictoire qu'il convient d'interpréter les deux règles ci-dessus exposées.

b- L'interprétation extensive

La nature fondamentale (b-1) du droit au respect du principe du contradictoire, le principe d'égalité (b-2) des citoyens devant la loi ainsi que le raisonnement par analogie (b-3) permettent de déduire de la règle de sanction du non-respect du principe du contradictoire au profit du dirigeant, un droit universel au respect du principe du contradictoire reconnu à tout citoyen.

b-1) La nature fondamentale

363. Le caractère fondamental du principe du contradictoire postulant son application universelle.- La nature fondamentale du principe du contradictoire s'est d'abord évincée de la jurisprudence des cours suprêmes en matière judiciaire et administrative. Dans une très ancienne décision, la Cour de cassation laissait déjà supposer la consécration du caractère fondamental du principe[845]. Mais plus tard, et au fil des décisions, la Cour de cassation a clairement consacré le contradictoire comme un principe fondamental[846]. Pour ce qui concerne le Conseil d'Etat, c'est sous le vocable de « *règles générales de procédure* »[847]que celui-ci a

[845] Civ. 7 mai 1828 : S. 1828. 1. 93. Dans cette décision, la Cour de cassation rappelle que : « la défense étant un droit naturel, personne ne doit être condamné sans avoir été interpellé et mis en demeure de se défendre ».
[846] V. sur cette consécration et notamment la variété d'expressions utilisées par la haute cour au fil du temps pour consacrer le caractère fondamental du contradictoire L. MINIATO, Le principe du contradictoire en droit processuel, thèse, LGDJ, 2006, op. cit., n° 123 et s., p. 114 et s.
[847] V. néanmoins sur l'usage du visa de « principe général de droit » en ce qui concerne le contrôle de la légalité des décrets de procédure civile et même s'agissant du contentieux administratif, L. MINIATO, Le principe du contradictoire en droit processuel, thèse, LGDJ, 2006, *op. cit*., n° 136 et s., p. 115 et s.

reconnu le caractère fondamental de ce principe. Quant au Conseil constitutionnel, c'est en se basant sur les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République, et sans doute en tenant compte de cette jurisprudence des Cours suprêmes judiciaire et administrative, qu'il a élevé au rang de principe fondamental les droits de la défense[848] et par voie de conséquence le principe du contradictoire.

Toutefois, il convient de souligner avec un auteur que la nature fondamentale d'un droit ne saurait en réalité dépendre de son rang dans la hiérarchie formelle des normes[849]. Elle tient plutôt à sa valeur intrinsèque. Et en l'occurrence, la valeur intrinsèque du principe du contradictoire se déduit des garanties qu'il permet de mettre en œuvre à savoir : la possibilité pour les parties de se défendre et l'établissement de la vérité[850]. Au demeurant, les termes de la Cour de cassation dans sa décision de 1828[851] démontrent parfaitement cette vérité. Elle affirmait en effet : « la défense **étant** un droit naturel (…) ». Il faut bien voir ici qu'elle ne consacrait pas en réalité la défense comme « droit naturel », mais plutôt se contentait de rappeler cet état de fait, ce qu'atteste bien le mot « étant ». Et c'est précisément ce caractère « naturel » mis en avant par la Cour de cassation dans cette décision qui permet d'insister sur le fait qu'un droit fondamental n'a son sens que quand il est reconnu de façon naturelle et systématique à tous les hommes sans distinction en tant qu'ils sont hommes, c'est-à-dire de façon universelle.

Ainsi, le droit au principe du contradictoire est entendu comme le droit pour toute personne d'être informée préalablement à la mise en œuvre de tous actes, décisions ou mesures – fussent-ils extrajudiciaires- susceptibles de porter atteinte à ses intérêts. En tant que tel, le droit au principe du contradictoire, doit être reconnu à tout citoyen et non au seul dirigeant social objet d'une révocation ou au salarié objet d'un licenciement. C'est là aussi une exigence du principe d'égalité des citoyens devant la loi[852].

b-2) Le principe d'égalité devant la loi

364. La nécessité d'une égalité des sujets de droit s'agissant de la reconnaissance du droit au contradictoire.- Ce principe suppose que « *tous les citoyens sans distinction, sont*

---

[849] V. sur ce point L. MINIATO, Le principe du contradictoire en droit processuel, thèse, LGDJ, 2006. op. cit., n° 22, p. 19 précisant : « *la valeur fondamentale d'un principe ne peut donc en aucun cas être assimilée à son rang privilégié au sein de la hiérarchie formelle des normes* »

[850] V. en ce sens, *Id*. L'auteur parle plutôt de « vérité judicaire ». Mais le mot vérité semble plus pertinent, car conformément à ce qui a été démontré ci-haut, la nécessité et l'utilité du principe du contradictoire ne saurait être cantonnée à la sphère décisionnelle.

[851] Civ. 7 mai 1828, précit. cit.

égaux en droit, c'est-à-dire ont les mêmes droits et les mêmes devoirs »[853]. En vertu de ce principe, le droit au respect du principe du contradictoire reconnu au dirigeant social objet d'une révocation doit être aussi reconnu à tout citoyen auquel la mise en œuvre d'un droit est susceptible de porter atteinte. C'est aussi une question d'analogie.

b-3) Le raisonnement par analogie

365. La *ratio légis* de la protection d'un droit fondamental comme base du raisonnement par analogie.- Le raisonnement par analogie est défini comme un : « *procédé classique d'interprétation rationnelle, relevant de la méthode exégétique qui consiste à étendre la solution édictée par un texte pour un cas à un cas semblable non prévu par le texte, en montrant que la raison d'appliquer la règle a la même force dans les deux cas, ce qui est démontré lorsque, la ratio légis, ce en quoi les cas sont semblables est déterminant pour l'application de la règle (...)* »[854]. En l'espèce, le droit au respect du principe du contradictoire est reconnu par le législateur uniquement au profit du salarié dans la mise en œuvre par son employeur de son droit au licenciement, puis par la jurisprudence au profit du dirigeant social en cas de sa révocation.

Or, la reconnaissance de ce droit au profit de ces deux sujets de droit procède de la protection d'un droit fondamental. Au demeurant c'est dans cette même logique de protection de droits fondamentaux en l'occurrence le droit à la protection de l'intégrité physique et du droit à la dignité de l'homme que la deuxième chambre civile de la cour de cassation a sanctionné par un récent arrêt[855] du 3 juin 2010, la non-délivrance par un médecin, d'informations relatives à une intervention chirurgicale. Ainsi, la *ratio légis* ici, est la protection d'un droit fondamental à savoir en l'espèce le droit au respect du principe du contradictoire.

Or cette même *ratio légis* se retrouve dans toutes les hypothèses dans lesquelles la mise en œuvre d'un droit subjectif, fut-elle dans un cadre extra-décisionnel, est susceptible de porter préjudice à un sujet de droit. Dès lors, il est permis de conclure que la protection du droit au respect du principe du contradictoire peut être étendue par analogie à tous ces cas. C'est ce qu'il convient d'appeler la reconnaissance universelle du droit au respect du principe du contradictoire.

[853] G. CORNU, Association H. CAPITANT, *Vocabulaire juridique*, *op. cit*., , p. 386
[854] *Idem*, p. 64

C'est précisément ce droit au respect du principe du contradictoire que viole le mécanisme d'attribution immédiate de la force exécutoire à l'acte juridique privé.

Sous-section II : Un droit fondamental possiblement violé

366. Division.- En remettant entre les mains d'une personne en l'occurrence le « créancier désigné », un titre exécutoire, qui plus est, dont la mise en œuvre n'est pas subordonnée à sa notification préalable, le législateur lui donne la possibilité de violer le droit au respect du principe du contradictoire du débiteur tel que défini ci-dessus. En effet, avant la mise en œuvre du titre (A) c'est-à-dire la notification des actes de saisie *stricto sensu*, le débiteur désigné n'est pas mis à même de faire ses observations sur les motifs de l'inexécution et éventuellement de présenter ses moyens (B).

A- Le droit de mise en œuvre de l'acte privé exécutoire …

367. Précision.- Seule la phase allant de la détention du titre à l'acte de saisie sera exposée ici. Car le non-respect du droit au respect du contradictoire du débiteur désigné dont il est question ici s'observe essentiellement à cette étape-là. Par suite, les phases suivantes de la saisie –incidents, conversions, ventes, etc.- ne seront pas évoquées des développements suivants.

368. Le droit de saisie sur les biens du débiteur désigné.- Le droit de mise en œuvre de l'acte privé exécutoire consiste dans la possibilité donnée à son détenteur d'exercer des mesures de contrainte sur les biens du débiteur y désigné. Ces mesures de contraintes peuvent être conservatoires (1) ou exécutoires (2).

1- Les mesures conservatoires

369. Une variété de mesure.- Le droit des procédures civiles d'exécution[856]prévoit une panoplie de mesures conservatoires que le bénéficiaire d'un titre exécutoire doté de la force exécutoire peut prendre sur les biens du débiteur qu'il désigne. Ces mesures sont fonctions de la nature de la créance réclamée. Ainsi peut-il s'agir d'une saisie conservatoire de biens meubles

[856] V. sur l'utilisation de cette nouvelle appellation en droit français en lieu et place de celle de « voies d'exécutions », R. PERROT et Ph. THERY, *Procédures civiles d'exécution*, éd. DALLOZ, 3e éd. 2013, spéc. avant-propos, p. VIII. Comp. à celle de « voies d'exécution » qui a encore cours en droit O.H.A.D.A not. Du fait de l'intitulé de l'Acte uniforme qui réglemente la matière à savoir : « Acte uniforme portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution ».

corporels[857], de biens meubles incorporels - des créances[858], des droits d'associés et des valeurs mobilières[859], et tous autres biens meubles incorporels[860]- pour réclamer le paiement d'une créance monétaire, d'une saisie-revendication[861] pour réclamer la délivrance ou la restitution d'un bien meuble corporel et enfin de la saisie des biens placés dans un coffre-fort[862].

Le point commun à toutes ces saisies conservatoires est que leur mise en œuvre ne requiert aucune autorisation préalable à un saisissant détenteur d'un titre exécutoire, précisément du fait de ce titre[863]. Aussi, ce titre confère-t-il à son détenteur le droit de pratiquer sur les biens du « débiteur désigné », des mesures de saisie beaucoup plus contraignantes et plus lourdes de conséquences que les mesures conservatoires. Ces mesures ne sont rien d'autre que les mesures exécutoires.

2- Les mesures exécutoires

370. Trois grandes catégories de saisies.- La détention d'un titre exécutoire doté de la force exécutoire donne le droit à son bénéficiaire d'exercer sur les biens du débiteur y désigné, une mesure d'exécution forcée. Ce dernier dispose d'une panoplie de mesures d'exécution forcée. Celles-ci peuvent être classées en trois grandes catégories[864] : les mesures sans vente (a), les mesures avec vente (b) et les mesures mixtes (c).

a- Les mesures sans vente

371. Deux types de mesures.- Il peut s'agir de l'exécution d'obligations de faire ou de la saisie de créances monétaires.

372. L'exécution des obligations de faire.- Deux mesures principales peuvent être envisagées en fonction de la nature de la créance cause de la saisie : l'expulsion et la saisie-appréhension. Aussi bien l'AUVE[865] que le CPCE[866] ont régi la saisie-appréhension. Cette

[857] Article 64 de l'AUVE et s. en droit O.H.A.D.A., et R. 522-1 à R. 522-14 du CPCE
[858] Art. 77 et s. de l'AUVE et R. 523-1 à R. 523-10 du CPCE
[859] Art. 85 et s. de l'AUVE et R. 524-1 à R. 524-6 du CPCE
[860] Seules les saisies conservatoire de créances et celle des droits d'associés et des valeurs mobilières ont été régies aussi par le CPCE que l'AUVE. Il est toutefois admis que la saisie conservatoire peut porter sur n'importe quel bien incorporel du débiteur du fait de la formulation de L. 521-1 du CPCE et de l'article 54 de l'AUVE desquels il s'évince que la saisie conservatoire peut porter sur tous les biens incorporels appartenant au débiteur sans exception.
[861] Art. 173 et s. de l'AUVE et L.222-2 et R.222-17 à R. 222-25 du CPCE
[862] Ce type de saisie conservatoire n'est pas régi par l'AUVE. Ce qui n'est pas le cas en droit français ….

[864] V. sur cette classification, Ph. HOONAKKER, *Procédures civiles d'exécution. Voies d'exécution. Procédures de distribution*, éd. Larcier, coll. PARADIGME, 2e éd. 2012, n° 261 et s., p. 131 et s.
[865] Art. 218 et s.
[866] Art. L. 222-1 et R. 222-1 à R. 222-1

mesure permet au créancier titulaire d'un titre exécutoire autorisant la délivrance ou la restitution d'un bien meuble corporel, de pratiquer une saisie exécutoire sur ledit bien à cet effet. En revanche, l'AUVE ne régit pas l'expulsion à la différence du CPCE[867]. De fait, cette mesure d'exécution forcée relève des législations internes de chaque Etat partie. Pour ce qui est de la mise en œuvre de cette mesure en droit français, le seul acte juridique privé exécutoire susceptible de la fonder est le procès-verbal de conciliation signé du juge et des parties, tous les autres étant exclus en vertu de l'article L. 411-1 du CPCE. Ainsi, sur la base de cet acte privé exécutoire constatant le non-paiement de loyers échus ainsi que l'accord des parties imposant au preneur de libérer les locaux loués à une échéance donnée, le bénéficiaire du titre peut, en cas d'inexécution volontaire, diriger à l'encontre de celui-ci une mesure d'expulsion.

373. Les saisies de créances monétaires.- Une panoplie de mesures d'exécution forcée sont là aussi à la disposition du bénéficiaire du titre et ce en fonction de la créance cause de saisie. Il s'agit de : la saisie-attribution, de la saisie des rémunérations[868] de travail et du paiement direct des créances d'aliments.

Le droit de mise en œuvre d'une saisie-attribution reste ouvert au bénéficiaire d'un titre exécutoire quel qu'il soit, pour le recouvrement d'une créance monétaire constatée dans le titre[869]. Ainsi, aussi bien en droit français[870] qu'en droit OHADA[871], la détention d'un acte juridique privé exécutoire donne le droit à son bénéficiaire, de pratiquer une saisie-attribution sur toutes sortes de créances monétaires que détient le débiteur désigné sur un tiers et entre les mains de celui-ci, à l'exception de celles exclues, notamment les rémunérations de travail.

Celles-ci peuvent toutefois faire l'objet d'une mesure spécifique qu'est la saisie de rémunération de travail. Il ne peut s'agir que de rémunérations perçues en vertu d'un travail accompli dans un lien de dépendance. C'est le cas des salariés, des travailleurs indépendants tel

[867] Art. L. 411-1 et R. 411-1 et s.

[868] En générale, cette mesure est traitée avec la cession des rémunérations de travail. Toutefois, au regard de la problématique ici exposée à savoir les mesures de saisie que permet de mettre en œuvre la détention d'un acte juridique privé exécutoire, la cession de rémunération ne sera pas exposée, et pour cause, sa mise en œuvre n'est pas subordonnée à la détention d'un titre exécutoire. V. dans ce sens art. 205 et s. de l'AUVE et en droit français l'art. L. 3252-12 et R. 3252-49 du code de travail.

[870] Art. L. 162-1, L. 211-1 à L. 211-5 et R. 162-1 et R. 211-1 à R. 211-23 du CPCE

[871] Art. 153 et s. de l'AUVE.

qu'il cela ressort de façon non-exhaustive de la jurisprudence – un gérant de succursale[872] ou de station-service[873], des dirigeants de société[874], un époux travaillant pour son conjoint[875]- et des rémunérations assimilées[876]. Néanmoins, la mise en œuvre de cette saisie est entourée de quelques mesures protectrices de certains droits du saisi[877].

Quant au paiement direct de créances d'aliments, il s'agit d'une mesure d'exécution forcée qui en tant que telle requiert pour sa mise en œuvre la détention d'un titre exécutoire. Toutefois, en droit français, seule une décision judiciaire fixant la créance alimentaire et exécutoire permet de mettre en œuvre cette mesure. Cette limitation résulte de l'article L. 213-1, al. 2 du CPCE. Il en résulte que les actes juridiques exécutoires qui constatent un accord de volonté des parties ne confèrent pas ce droit. Cette exigence a été rappelée par la jurisprudence au sujet des contrats judiciaires[878].

Le droit O.H.A.D.A. en ce qui le concerne ne requiert que la détention d'un titre exécutoire pour la mise en œuvre de cette mesure. L'article 213 de l'AUVE dispose en effet : « *pour le dernier arrérage échu et les arrérages à échoir, les créanciers d'aliments peuvent, en vertu d'un titre exécutoire, pratiquer une saisie simplifiée sur la parties saisissable des salaires, rémunérations, traitements et pensions payés au débiteur d'aliment sur des fonds publics ou particuliers. (...)* ». Il en résulte donc que contrairement au droit français, le droit O.H.A.D.A autorise la mise en œuvre de cette saisie sur la base d'actes privés exécutoires.

b- Les mesures avec vente

Il s'agit essentiellement des saisies mobilières et de la saisie immobilière.

374. Les saisies mobilières.- La mise en œuvre de l'acte juridique privé peut donner lieu soit à une saisie-vente de meubles corporels soit à des saisies de meubles incorporels.

[872] Ch. réunies, 23 juin 1966, n° 62-10004, Bull. ch. réunies, n° 3
[873] Soc. 18 déc. 1975, n° 74-12549, Bull. civ. V, n° 621
[874] Soc. 11 mars 1982, n° 81-10241, Bull. civ. V, n° 169
[875] Soc. 22 oct. 1959, n° 57-12272, Bull. civ. V, n° 1037
[876] V. sur ce point Ph. HOONAKKER, *Procédures civiles d'exécution. Voies d'exécution. Procédures de distribution*, op. cit., n° 380, p. 187
[877] Il s'agit de la nature judiciaire de la mesure, de l'exigence d'une conciliation préalable, de la définition d'une fraction insaisissable de ladite rémunération. Celle-ci est déterminée en France selon un barème défini par l'article R. 3252-2 du code du travail. L'AUVE prévoit aussi cette insaisissabilité. Toutefois, il renvoie à la loi nationale de chaque Etat partie pour la détermination du barème de saisissabilité (art. 177) –V. pour ce qui concerne le Bénin les art. …- . A cette interdiction s'ajoute celle de saisie du RSA bancaire en droit français, règle non prévue dans la plupart des pays membres du Traité O.H.A.D.A.
[878] Civ. 2e, 7 mars 2002, n° 00- 11228, Bull. civ. II, n° 29 ; *RTD civ*. 2002, p. 567, obs. R. Perrot

La saisie-vente. Elle est précédée d'un commandement de payer signifié au moins huit jour avant la saisie soit au débiteur soit à un tiers qui détient les biens de ce dernier. A l'issue de ce délai, un acte de saisie-vente portant sur les biens corporels – y compris les sommes en espèce à concurrence du montant de la créance cause de saisie et les récoltes sur pieds[879] - saisissables[880] du débiteur est dressé et notifié à celui-ci ou le cas échéant, au tiers détenant les biens puis ensuite au débiteur saisi lui-même.

La saisie des meubles incorporels. Elle peut porter sur les droits d'associés et des valeurs mobilières et autres biens meubles incorporels[881]. C'est ici le lieu de relever le manque de

[879] En tant que meubles par anticipation, les récoltes sur pied doivent se voir appliquées le régime de saisi-vente des meubles corporel (art. 91 ; 151 et 152 de l'AUVE et art. L. 221-1 du CPCE). Toutefois, ces dispositions sont complétées par des dispositions particulières à la saisie des récoltes sur pied (articles R. 221-57 et R. 221-61 du CPCE et articles 147 à 152 de l'AUVE), Il est à préciser que cette saisie était anciennement appelée « *saisie brandon* », expression qui comme le précise le professeur HOONAKKER, « tirait son origine de l'ancienne pratique qui consistait à matérialiser la saisie en dressant sur les lieux des faisceaux de paille, soutenus par des bâtons, que l'on appelait des brandons », Ph. HOONAKKER, *Procédures civiles d'exécution. Voies d'exécution. Procédures de distribution,* op. cit., n° 550, p. 268

[880] Aussi bien le droit OHADA que le droit français frappe certains biens d'insaisissabilité. En droit français, deux types d'insaisissabilité des biens corporels peuvent être relevés. Il s'agit de l'insaisissabilité accessoire et de celle principale. L'insaisissabilité accessoire concerne les biens rendus incessibles par la loi (art. L. 112-2 du CPCE). L'insaisissabilité principale quant à elle frappe un bien cessible. Elle peut être légale ou volontaire. L'insaisissabilité légale concerne soit les biens « nécessaires à la vie et au travail » du débiteur et ceux « nécessaires aux handicapé et aux malades ». Elle est relative quant aux premiers types de biens, et absolue quant aux second. La liste des « biens nécessaires à la vie » insaisissables a été fixée de façon exhaustive par l'article R. 112-2 du CPCE, ce qui n'est pas le cas de ceux nécessaires au travail en raison de la variété des situations possibles. La jurisprudence retient toutefois que cette insaisissabilité ne concerne pas les personnes morales (Jex Lyon, 14 juin 1994, D. 1995. 207, note J. Prévault). L'insaisissabilité volontaire quant à elle est décidée par le propriétaire du bien selon les modalités définies par la loi. Deux types de personnes sont concernés. Il s'agit du donateur ou du testateur et de l'entrepreneur individuel. La déclaration d'insaisissabilité des premiers ne peut porter que sur les biens faisant partie de la quotité disponible. Elle n'a de durée d'existence que celle de la vie du donataire et ne peut être opposée qu'aux créanciers postérieurs à la déclaration. Quant à l'entrepreneur individuel, sa déclaration d'insaisissabilité répond à la notion de patrimoine d'affectation issue de l'article 8 de la loi du 1re août 2003 sur l'économie dite loi « *Dutreil* » et renforcée par la loi du 4 août 2008 de modernisation de l'économie. Elle peut porter sur tout bien foncier ou non (art. L. 526-1 à L.526-5 et R. 526-1 et R. 526-2 du C. com.). Aussi, ce dernier peut-il constituer un patrimoine affecté dans le cadre d'une entreprise individuelle à responsabilité limité selon les modalités instituées par la loi n° 2010-658 du 15 juin 2010 complétée par l'ordonnance n° 2010-1512 du 9 décembre 2010 (remarque directeur illisible). A noter qu'à côté de l'insaisissabilité, le droit français comporte une règle subsidiarité qui impose au créancier dont la créance n'excède pas 535 euros de ne pratiquer cette mesure que si la saisie par voie d'un compte de dépôt ou par des rémunérations de travail est impossible[880], règle non prévue en droit OHADA (Art. L. 221-2 et R. 221-2)

Le droit OHADA en ce qui le concerne a purement et simplement laissé à chaque Etat partie le soin de définir les biens et droits insaisissables. L'article 51 de l'AUVE dispose en effet : « *les biens et droits insaisissables sont définis par chacun des Etats parties* ». Toutefois, il faut reconnaître que la plupart des Etats parties ont adopté quasiment le même régime que celui du droit français ci-haut décrit (V. sur ce point N. DIOUF, « Commentaire de l'Acte uniforme portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution » in OHADA. Traité et actes uniformes, éd. JURISCOPE, 3e éd. 2008, spéc. art. 51, p. 783) , mis à part quelques point notamment les récentes évolutions liées au statut d'entrepreneur individuel, institution encore inconnues de la plupart des Etats parties au Traité OHADA.

[881] Il peut s'agir des droits de propriété industrielle, des attributs d'ordre patrimonial des droits de la propriété littéraire et artistique ainsi que du monopole d'exploitation dès lors que l'auteur a exercé son droit moral à la divulgation, des licences ou autorisation sous la seule condition d'être dissociable du fond du commerce dont elles

lisibilité des dispositions de l'AUVE sur la saisie exécutoire des meubles incorporels. En effet, deux reproches principaux peuvent être faits sur ce point à l'AUVE. Le premier est qu'il ne ressort pas clairement des termes de cet acte que les biens incorporels du débiteur peuvent faire directement l'objet d'une saisie-vente. Tout au plus ressort-il des articles 54 et 55 et 69 de cet acte que tous les biens mobiliers corporels ou incorporels du débiteur peuvent faire l'objet d'une saisie conservatoire et que, muni d'un titre exécutoire, le créancier peut procéder à la conversion de cette saisie conservatoire en saisie-vente. L'AUVE n'a nullement disposé sur la possibilité de pratiquer directement une saisie-vente des biens incorporels du débiteur[882]. Il est donc permis de se demander si le législateur OHADA a entendu imposer une saisie conservatoire préalable des biens incorporels du débiteur. Cette question ne peut recevoir qu'une réponse négative. Car une pareille exigence n'aurait eu aucun intérêt, d'autant que les meubles corporels n'y sont pas soumis. Aussi, il y a tout lieu de considérer qu'il ne s'agit que d'une omission involontaire du législateur OHADA et que ces types de biens sont bel et bien assujettis à une saisie-vente.

Le second reproche trouve sans doute sa justification dans le premier. Il consiste dans le fait de n'avoir pas prévu le mode opératoire de la saisie des biens meubles incorporels. Seul la saisie-vente des droits d'associés et de valeurs mobilières a été régie. Il convient à cet égard, d'approuver le choix du législateur français qui a pris le soin de déclarer applicable à toutes les saisies-vente de biens incorporels, le régime de la saisie-vente des droits d'associés et des valeurs mobilières. Le législateur OHADA aurait dû aussi se livrer à un pareil exercice, ce qui aurait permis de rendre plus intelligible l'AUVE.

375. La saisie immobilière.- La détention d'un acte juridique privé exécutoire[883] permet sous les conditions impératives[884] définies par la loi, de poursuivre la vente par expropriation forcée des biens immobiliers[885] saisissables de son débiteur. Il lui suffira pour ce faire de faire

font partie. V. sur cette question Ph. HOONAKKER, *Procédures civiles d'exécution. Voies d'exécution. Procédures de distribution*, op. cit., n° 591, p. 291

[882] Comp. au droit français notamment le titre III du livre II intitulé : « la saisie des droits incorporels » et plus spéc. l'article L. 231- 1 qui prévoit clairement la saisie-vente des droits incorporels.

[883] Contrairement au droit français qui exige que le titre constate une créance liquide - Article L. 311-2 du CPCE. V. sur ce point Ph. HOONAKKER, *Procédures civiles d'exécution. Voies d'exécution. Procédures de distribution,* op. cit., n° 615 qui insiste sur la nouveauté de cette exigence qui rompt avec le droit antérieur- , l'alinéa 2 de l'article 247 de l'AUVE autorise que la saisie puisse être initiée sur la base d'un titre constatant une créance en espèce non liquidée, mais qui conditionne l'adjudication à liquidation de la créance.

[884] Ce caractère ressort en droit OHADA de l'article 246 de l'AUVE

[885] Sur la nature des biens immobiliers saisissables, tandis que l'AUVE s'est juste contenté de d'indiquer qu'il s'agit des immeubles (art. 246 à 253), le législateur français s'est investi dans un effort de pédagogie. Il précise en effet qu'il s'agit de « tous droits réels afférents aux immeubles, y compris leurs accessoires réputés immeubles, susceptibles de faire l'objet d'une cession ». Sont donc saisissables, le droit de propriété sur l'immeuble qui se confond donc avec l'objet de la saisie, des droits réels démembrés que sont l'usufruit et la nue-propriété. A noter s'agissant de la nue-propriété que selon la Cour de cassation une hypothèque prise sur la nue-propriété d'un

signifier au débiteur désigné par l'acte ou le cas échéant à un tiers-détenteur, un commandement de payer valant saisie. La simple signification du commandement de payer vaut -comme son nom l'indique- saisie en droit français. Tandis que le droit OHADA conditionne cet effet à sa publication à la conservation foncière. Toutefois en droit OHADA, l'huissier ou l'agent d'exécution instrumentaire doit justifier à peine de nullité du commandement, d'un pouvoir spécial[886] qui ne peut lui être délivré que par le créancier[887], exigence non posée en droit français.

Aussi, chose curieuse, l'huissier ou l'agent d'exécution dispose en droit OHADA, du droit de « *pénétrer dans les immeubles sur lesquels doit porter la saisie avec, si besoin est, l'assistance de la force publique* »[888] .

Tous ces droits de saisie résultant de la détention de ces titres exécutoires et plus généralement de tous les titres exécutoires doivent néanmoins s'exercer s'agissant de l'assiette de la saisie,

immeuble affecte nécessairement sa pleine propriété dès extinction de l'usufruit en sorte que la saisie immobilière peut porter sur le droit de propriété toute entière (Com. 13 mars 2012, n° 11-10289).

Sans doute qu'en se contentant de cette indication, le législateur OHADA entend le mot « immeuble » dans ce sens là. Mais il eut été plus intéressant par souci d'intelligibilité de la loi, que le législateur OHADA fît cette précision.

Il convient aussi de relever une précision que le législateur OHADA a jugée utile de faire. Il s'agit de celle concernant le régime foncier de l'immeuble objet de la saisie. En effet, l'article 253 oblige le poursuivant à requérir judiciairement et préalablement à la signification du commandement de payer, l'immatriculation des immeubles non immatriculés à condition qu'une pareille immatriculation soit requise. Ce disant, le législateur OHADA tient compte de la complexité qui caractérise le régime foncier de certains pays membres du Traité OHADA. Car dans certains pays comme le Bénin par exemple, il peut arriver que le seul titre qui sanctionne la possession et l'occupation d'un immeuble ne soit juste qu'un « *permis d'habiter* » délivré par l'autorité publique et que cette situation dure parfois plusieurs décennies. Mais avant de pouvoir se prétendre propriétaire d'un pareil bien, cet occupant légitime devra justifier d'un titre de propriété en bonne et due forme appelé « *titre foncier* », titre que seul l'autorité publique est habilitée à délivrer et parfois après plusieurs années. C'est ce titre de propriété qui consacre l'immatriculation de l'immeuble au nom de son légitime occupant. C'est cette immatriculation qui est évoquée dans l'article 253 en question. Il est évident que le droit français n'est nullement concerné par cette question du fait de la sophistication de son régime foncier en tout cas en comparaison à celui de plusieurs pays africains membres du Traité OHADA. Par suite c'est tout naturellement que le CPCE ne comporte aucune disposition du genre.

[886] Art. 254-2. Il n'est pas exigé que ce pouvoir spécial soit à peine de nullité légalisé, enregistré et avoir date certaine *CCJA*, Arrêt n° 28 du 15 juillet 2004, Dame MONDAGOU Jacqueline c/Société commerciale de Banque Crédit Lyonnais Cameroun dite SCB-CL, Rec. n° 4, juill.-déc. 2004, p. 16 ; Penant n° 853, p. 525, note BAKARY Diallo. Aussi, l'existence d'un pouvoir spécial précédant celui délivré à un nouvel huissier instrumentaire ne saurait entrainer la nullité de la procédure de saisie alors même que le requérant ne peut justifier de préjudice subis du fait de la désignation d'un autre huissier CCJA, arrêt n° 2 du 9 mars 2006, Monsieur L.E., Société Camerounaise de Transformation dite SOCATRAF c/ Caisse Commune d'Epargne dite CCEI- Bank SA – ohada. Com/Ohadata J-07-09

[887] V. sur ce point TGI Ouagadougou, jugement n° 031 du 29 janvier 2003, KAFANDO KASSOUM c/ OUEDRAOGO RASMANE, ohada. Com/Ohadata J-04-333

[888] …….

dans le respect des règles de proportionnalité et de subsidiarité, règles au sujet desquelles quelques divergences[889] s'observent entre le droit français et le droit OHADA.

c- Les mesures mixtes

376. Notion de mesures mixtes.- Sont ainsi qualifiées, les saisies exécutoires qui conduisent à une vente ou à la remise du bien saisie. Deux types de mesures peuvent recevoir cette qualification à savoir : la saisie de véhicule terrestre à moteur qui peut déboucher sur une délivrance ou une vente du véhicule en fonction de la nature de la créance cause de saisie et la saisie des biens contenus dans un coffre-fort qui peut aussi déboucher sur une remise ou à une vente en fonction de la nature de la créance cause de saisie. La détention d'un acte juridique privé exécutoire donne à leur bénéficiaire le droit de mettre en œuvre ces deux mesures en fonction de la créance dont le recouvrement est poursuivi.

377. La saisie de véhicule terrestre à moteur.- En droit OHADA, cette mesure se voit appliquer le régime du droit commun de la saisie-vente avec la seule nuance que son immobilisation doit être requise devant le *Jex* compétent à condition que le véhicule fasse partie des meubles saisis. Mais il convient de souligner les limites de cette attitude du législateur OHADA. En effet, le véhicule peut constituer un élément important du patrimoine du débiteur et en tant que tel intéresser au plus haut point les créanciers. Seulement, certaines difficultés liées d'une part à sa localisation et d'autre part à l'hétérogénéité des droits des créanciers que celui-ci est susceptible d'intéresser, peuvent rendre inefficace les règles décrites ci-dessus. Ainsi, si le créancier -gagiste ou crédit bailleur- n'arrive pas à localiser le véhicule, ce dernier ne disposerait d'aucune autre alternative pour saisir un bien pour l'achat duquel il a pourtant

[889] Il doit y avoir une certaine proportionnalité entre la créance cause de la saisie et l'assiette de la saisie. A défaut, le saisi peut obtenir de la juridiction compétente le cantonnement de la saisie aux seuls immeubles dont le prix de vente suffirait à désintéresser les « créanciers » en principal intérêts et frais. Ce principe résulte de l'article 264 de l'AUVE et des articles L. 321- 6 et R. 321-12 du CPCE. Une innovation est apparue sur ce point en droit français. En effet, le « *débiteur désigné* » peut obtenir de la juridiction compétente la transformation partielle des saisies en hypothèque judiciaire qui prendront rang au jour de la publication de la saisie sous réserve de l'inscription de la sûreté dans le mois de la notification de la décision.
Mais c'est sur la question de la subsidiarité que les deux droits s'éloignent le plus. En effet, des trois occurrences de subsidiarité prévues par le droit français, une seulement est aussi prévue par le législateur OHADA. Il s'agit de l'obligation pour le créancier hypothécaire de saisir préalablement les biens grevés et de ne saisir ceux qui ne le sont pas que s'il ne peut être rempli de ses droits (article 251 de l'AUVE et article L. 311-5 al. 2). Quant aux deux autres, elles sont inconnues du droit OHADA. La première concerne la discussion préalable des meubles des mineurs même émancipés et des majeurs incapables ou sur curatelle sous certaines réserves (art. 311-8 CPCE). La seconde – qui est une innovation- impose au « créancier » qui a saisi *ab initio* un immeuble du saisi de n'étendre la saisie a d'autre immeubles que si ceux préalablement saisis se révèle insuffisant pour désintéresser le « créancier ».

apporté son concours financier. Ce traitement peut paraître inéquitable par rapport au créancier chirographaire qui n'aura pas grand mal à accepter cette situation.

C'est dans le but de corriger ces limites que le législateur français a opté pour le choix d'un régime spécial de la saisie des véhicules terrestres à moteur. Ainsi, celle-ci peut prendre deux formes à savoir : la saisie par déclaration et la saisie par immobilisation. La première consiste à faire auprès de l'autorité administrative compétente, en l'occurrence la Préfecture, une déclaration de saisie du véhicule terrestre à moteur puis de notifier ensuite celle-ci au débiteur. Ce type de saisie est particulièrement adapté au créancier gagiste et au crédit bailleur, car ces derniers de par la cause de leur créance n'auront aucun mal à mentionner le numéro d'immatriculation ainsi que la marque du véhicule tel que l'exige la loi, ce qui ne sera pas toujours le cas des créanciers chirographaires. Ces derniers pourront toutefois utiliser la seconde voie, celle de la saisie par immobilisation. Aussi, eu égard aux effets limités de la saisie par déclaration – indisponibilité du véhicule et interdiction de délivrance de tout nouveau certificat d'immatriculation-, la saisie par immobilisation demeure la saisie mesure possible pouvant permettre l'enlèvement et la vente du véhicule terrestre à moteur. La mise en œuvre de cette saisie ne requiert en droit français ni un commandement préalable, ni une autorisation judiciaire comme c'est le cas en droit OHADA, la seule condition étant la détention d'un titre exécutoire doté de force exécutoire.

378. La saisie de biens placés dans un coffre-fort.- La saisie des biens placés dans un coffre-fort reste régie en droit OHADA par le droit commun de la saisie-vente ou de la saisie-appréhension et ce nonobstant les limites[890] qu'accusent ces règles au regard des spécificités propres à ce type de saisie. Tel n'est pas le cas du droit français qui, tenant compte desdites spécificités, a prévu un régime spécifique[891] à ce type de saisie. Ici, la notification de l'acte de saisie précède[892] celle du commandement de payer ou de délivrer ou de restituer et la saisie peut être effectuée sur un coffre-fort appartenant au débiteur (à voir) ou sur celui qu'un tiers loue à ce dernier qu'il soit ouvert ou fermé.

La mise en œuvre de cette mesure ainsi que de toutes celles exposées ci-dessus en ce qui concerne le fondement de l'acte juridique privé exécutoire se fait en parfaite violation du droit

[890] Sur ces limites qui ont conduit le législateur français à prévoir ce régime spécial de saisie, V. Ph. HOONAKKER, *Procédures civiles d'exécution. Voies d'exécution. Procédures de distribution,* op. cit., n° 766 qui précise toutefois que cette mesure « *est restée essentiellement théorique car il est très difficile, en pratique, de localiser de tels coffres (…)* »

[891] Article R. 224-1 à R. 224-12.

[892] Le but est d'éviter que le débiteur ne vide le coffre-fort suite à la signification du commandement de payer.

au respect du contradictoire du débiteur tel que précédemment défini puisque ce dernier ne reçoit pas préalablement la notification du titre et ne peut a *fortiori* présenter ses observations.

B- … Sans notification préalable au débiteur

379. L'absence de notification préalable, source du non-respect du droit au respect du contradictoire du « débiteur désigné ».- Les actes juridiques privés dont il est question dans la présente étude présentent cette particularité[893] d'acquérir la force exécutoire sans notification préalable[894]. Ceci prive évidemment le « débiteur désigné » de toute possibilité de pouvoir s'expliquer sur les motifs de son inexécution. Il est évident que dans ces conditions, le droit au respect du principe du contradictoire de ce dernier tel que défini ci-dessus se trouve violé. Car même si la notification préalable en elle seule ne pourrait suffire à protéger ce droit du « débiteur désigné », elle reste le premier acte permettant sa mise en œuvre. Encore faudrait-il pour ce faire que ladite notification indique au « débiteur désigné » qu'il dispose d'un délai pour s'exécuter ou pour élever une contestation en justice.

D'ailleurs c'est dans ce sens qu'un auteur, dans le houleux débat suscité au Québec sur la nécessité ou non de consacrer la force exécutoire de l'acte notarié[895], après avoir fait observer que la procédure d'établissement de l'acte notarié exécutoire dans les pays de droit latin[896] viole la règle *audi alteram partem,* a proposé entre autres solutions à ladite violation, que le titre fasse l'objet d'une notification préalable au débiteur qui « *disposerait d'un délai pour s'exécuter ou pour s'opposer* »[897].

Ainsi donc l'absence de notification préalable à toute mesure exécutoire prive le débiteur de cette possibilité de contredire les prétentions du bénéficiaire du titre. C'est essentiellement en cela que réside la violation de son droit subjectif au respect du principe du contradictoire. Cette situation est injustifiable en droit. Elle l'est d'autant que, comme exposé ci-dessus[898], le rapport

[893] Les décisions de justices ainsi que les actes administratifs exécutoires ne peuvent acquérir la force exécutoire qu'après avoir été notifiés au débiteur qu'ils désignent.
[894] V. sur ce point R. PERROT et Ph. THERY, *Procédures civiles d'exécution*, *op. cit*., n° 150 pour les actes notariés et n° 145 pour les autres actes juridiques privés exécutoires

[897] F. BROCHU « L'indépendance judiciaire et l'application de la règle *audi alteram partem* au titre exécutoire », in N. KASIRER et P. NOREAU (dir.), Sources et instruments de justice en droit privé, Éditions Thémis, Montréal, 2002, p. 551-563

d'obligation peut avoir évolué depuis la signature de l'acte et que le « débiteur désigné » pourrait justifier de sérieux motifs de non-exécution de l'acte.

C'était sans doute la raison d'être de l'ancienne instance de validité qui constituait un important rempart contre cette violation.

380. L'ancienne instance de validité comme rempart (voir commentaire du directeur) contre la violation du droit au contradictoire.- Le bénéficiaire d'un titre exécutoire devait auparavant initier une instance en validité de ce dernier notamment pour les mesures exécutoires. (Expliquer) Malheureusement, celle-ci, a été supprimée par la loi n° 91-650 du 9 juillet 1991 présentée comme loi de déjudiciarisation des voies d'exécution. Or cette déjudiciarisation, comme son nom l'indique présente le fâcheux inconvénient, outre la violation du droit fondamental au respect du principe du contradictoire du « débiteur désigné », d'engendrer aussi celle de son droit au juge, corollaire inévitable de la première. Et il se trouve que, cette violation du droit au juge du « débiteur désigné », ajoutée à l'absence de garanties procédurales qui caractérise les procédures conduisant à la délivrance de ces actes juridiques privés exécutoires, peut faire conclure à la violation du droit à une procédure équitable du « débiteur désigné ».

Section II : Le droit à une procédure équitable

381. Notion de « droit à une procédure équitable ».- Le droit à une procédure équitable se distingue du droit à un procès équitable tout en s'en inspirant. La distinction tient au fait que les procédures déjudiciarisées ne sont pas des procédures contentieuses, donc caractérisées par le procès. D'où l'appellation de « procédures » plutôt que celle de « procès ». Pour autant, celles-ci ne sauraient de ce seul fait, s'affranchir de certaines règles dégagées dans le cadre d'un procès équitable, qui au fond, sont dictées par les exigences de l'Etat de droit.

382. Contenu du droit à une procédure équitable, objet d'un risque de violation.- Ce droit, à l'instar du droit à un procès équitable, comporte d'abord et avant tout le droit à un recours juridictionnel effectif (Sous-section I) en tant que donnée fondamental de l'Etat de droit, et conditionnant la reconnaissance de tous les autres droits. Par ailleurs, le droit à une procédure équitable s'entend aussi de certaines garanties de procédures (Sous-section II) prévues par les textes sur le droit à un procès équitable. Aussi, force est-il de se rendre compte que les conditions d'établissement et de mise en œuvre de l'acte juridique privé exécutoire emporte un risque de violation du droit à une procédure équitable ainsi entendu.

Sous-section I : Le droit à un recours juridictionnel effectif

383. Analyse notionnelle.- « *Nul n'a le droit de se faire justice à soi-même* »[899]. Cette règle est l'apanage des sociétés organisées. Elle marque le passage de l'Etat de nature à l'Etat de droit. Chaque signataire du contrat social perd sa liberté naturelle qui n'est autre chose que la possibilité de la justice privée. En contrepartie, il gagne une liberté civile qui oblige le corps social à lui garantir et assurer la libre jouissance de ses droits élémentaires non seulement contre les velléités contraires d'initiative privée mais aussi contre celles provenant de la puissance publique[900].

Dans une société démocratique, cette garantie des droits est dévolue au pouvoir judiciaire[901] en vertu de la théorie de la séparation des pouvoirs. Et cette dévolution s'accompagne de règles fonctionnelles incluant des garanties procédurales qui sont propres à rapprocher la vérité de cette instance autant que faire se peut de la « vérité tout coup », la vérité des droits de chacun. Dans ces conditions, il est évident que la possibilité pour les signataires du contrat social de recourir à un pareil organe[902], -finalement seul habilité à assurer pareilles garanties- en cas de besoin, notamment pour voir ce dernier lui reconnaître contre des prétentions contraires tel ou tel autre de ses droits, relève d'un droit élémentaire dont l'effectivité conditionne finalement la réalisation d'un véritable Etat de droit[903]. Au point qu'il a pu être appelé : « *le droit au droit* »[904]. Ce droit élémentaire peut être désigné sous le vocable de : droit à un recours juridictionnel effectif. Celui-ci se trouve être gravement violé par le mécanisme d'attribution de force

---

[899] M. LESAGE, L'Adage « Nul n'a le droit de se faire justice à soi-même », Rapport des journées de l'ASSOCIATION HENRI CAPITANT DES AMIS DE LA CULTURE FRANCAISE (LYON, GRENOBLE, AIX-EN-PROVENCE, 24-28 novembre 1966), pp. 938-942 spéc. p. 941 qui considère cet adage : «comme une donnée première de tout système juridique évolué ».

[900] V. J.-J. Rousseau, *Du contrat social*, Flammarion, GF, 2001 (préface de Bruno Bernardi), qui traduisait cette créance du citoyen envers le corps social ainsi : « *trouver une forme d'association qui **défende et protège de toute la force commune la personne et les biens de chaque associé**, et par laquelle chacun s'unissant à tous, n'obéisse pourtant qu'à lui-même, et reste aussi libre qu'auparavant. Tel est le problème fondamental dont le contrat social donne la solution* ».

[901] Les auteurs de la théorie de la séparation des pouvoirs ont envisagé trois pouvoirs à savoir : le pouvoir exécutif, le pouvoir législatif et le pouvoir judiciaire. Mais curieusement, la constitution française du 4 octobre 1958 parle d' « autorité judiciaire » (Titre VIII).

[902] Georges Scelle avait vu juste quand il affirmait que: « *la fonction juridictionnelle est la clé de toute organisation sociale* » cit. par J. RIDEAU, « Le droit au juge : conquête et instrument de l'Etat de droit » in J. RIDEAU (dir.), *Le droit au juge dans l'Union européenne*, LGDJ, 1998, p. 3

[903] Il convient de souligner que la réalisation d'un Etat de droit véritable, Etat dans lequel la garantie parfaite des droits est assurée est une quête permanente et ne saurait donc se satisfaire de la simple proclamation « d'Etat de droit ».

exécutoire à un acte juridique privé dès sa création. L'exposé de la nature et du contenu de ce droit (A) permettra d'en faire la démonstration (B).

Aussi, force est de constater qu'en doctrine, le droit à un recours juridictionnel effectif est aussi évoqué à travers d'autres notions qui le recoupent, l'incluent ou parfois même l'excluent. C'est le cas des expressions comme : le « droit au juge », le « droit à un juge », le « droit à un tribunal », le « droit d'accès à un tribunal », le « droit d'accès à la justice », le « droit à un recours », le « droit à un recours effectif », le « droit d'action », Aussi, quelques précisions terminologiques s'avèrent indispensables pour cerner l'exacte nature ainsi que le contenu du droit à un recours juridictionnel effectif.

A- Nature et contenu

384. Un droit fondamental internationalement reconnu.- Le droit à un recours juridictionnel effectif est reconnu par des conventions internationales ratifiées aussi bien par la France que la quasi-totalité des Etats africains. Tel est le cas de la Déclaration universelle des droits de l'homme et du Pacte international relatif aux droits civils et politiques du 19 décembre 1966. Cette reconnaissance s'évince clairement de l'article 8 de la DUDH dispose : « *Toute personne a droit à un recours effectif devant les juridictions nationales compétentes contre les actes violant les droits fondamentaux qui lui sont reconnus par la Constitution ou par la loi* ». Cet article prévoit aussi bien le droit à un recours juridictionnel que son effectivité.

La même précision ne semble pouvoir s'inférer du PIDCP. Celui-ci dispose en effet en son article 14, & 1, 2e phrase, que : « *Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement et publiquement par un tribunal compétent, indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle, soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil* ». L'incertitude dans la reconnaissance du droit au juge dans le PIDCP réside dans le fait que cet article 14 n'ait pas été cité par l'article 4 & 2 parmi les dispositions du pacte auxquelles les Etats ne peuvent pas déroger[905]. Mais cette incertitude a été levée par le Comité des droits de l'homme de l'ONU dans les affaires de condamnation à mort en Jamaïque[906]. Ce dernier relève : « *le Comité est*

[905] V. sur cette question, S. GUINCHARD, « Procès équitable », *Rép. Proc. civ*. mars 2013 (mise à jour janv. 2014), n° 20 cit. MERON, *Human Rights* Law-making in the United Nations, A critique of instruments and processes, 1986, Oxford, Clarendon Press, spéc. p. 93

[906] Décis. du 31 mars 1993, aff. 282/1988, Leaford Smith c/ Jamaïque. - 24 mars 1993, aff. 307/1988, John Campbell c/ Jamaïque ; aff. 330/1988, Albert Berry c/ Jamaïque ; aff. 333/1988, Lenford Hamilton c/ Jamaïque ; aff. 353/1988, Llyod Grant c/ Jamaïque ; aff. 356/1989, Trevor Collins c/ Jamaïque, A/48/40 ; aff. no 377/1989,

d'avis que prononcer la peine de mort au terme d'un procès où les dispositions du Pacte n'ont pas été respectées et sans que cette peine ne soit plus susceptible d'appel [donc violation du droit à un juge d'appel] constitue une violation de l'article 6 du Pacte […] ; les garanties procédurales prescrites dans le Pacte doivent être observées, y compris le droit à un jugement équitable rendu par un tribunal indépendant […] ; dans le cas présent il faut conclure que la condamnation à mort définitive a été prononcée sans que les garanties d'un procès équitable énoncées à l'article 14 aient été observées et que, de ce fait, le droit consacré à l'article 6 du Pacte a été violé ».

Indépendamment de ces reconnaissances internationales, des reconnaissances propres aux droits internes français (1) et africains (2) peuvent être relevées.

1- En droit français

La reconnaissance du droit à un recours juridictionnel effectif comme droit fondamental en droit européen (a) a précédé sa constitutionnalisation (b).

a- La consécration du caractère fondamental en droit européen

Elle s'est faite aussi bien dans le droit issu du Conseil de l'Europe (a-1) que celui issu de l'Union européenne (a-2).

a-1 Le droit issu du Conseil de l'Europe

385. Une reconnaissance textuelle controversée.- Le droit à un recours juridictionnel effectif pourrait être rattaché à trois articles de la convention européenne des droits de l'homme à savoir l'article 5 paragraphe 4, l'article 13 et enfin l'article 6 paragraphe 1. Mais aucune de ces dispositions n'a été exempte de reproches quant à une quelconque aptitude à servir de fondement clair au droit à un recours juridictionnel effectif[907].

L'article 5&4. Cet article prévoit le droit à un recours juridictionnel. Toutefois, seule se trouve protégé ici la détention arbitraire contrairement à l'article 13.

L'article 13. Cet article garantit le droit à un recours effectif en cas de violation des droits que garantit la convention, ce qui inclut aussi bien le droit à la liberté individuelle que les contestations sur les droits et obligations de caractères civil. Mais il n'en ressort pas *expresis*

Anthony Currie c/ Jamaïque, rapport du Comité pour 1994, A/49/40, vol. 1, p. 83-84 ; aff. 445/1991, Lynden Champagnie et alii c/ Jamaïque, A/49/40, p. 78

[907] V. en ce sens Th. S. RENOUX, « Le droit au recours juridictionnel », *JCP G*, 1993, I, étude 3675, n° 1, p. 212

verbis un droit à un recours juridictionnel puisque cet article parle de recours devant toute « instance nationale ».

Toutes ces insuffisances sont donc parfaitement justifiées dans ces deux cas. En revanche pour ce qui concerne l'article 6 & 1 de la convention, les insuffisances dont il a été argué sont difficilement justifiables.

L'article 6 & 1. Cet article consacre le droit à un procès équitable. Les termes de cette disposition pouvaient aussi s'interpréter dans le sens d'un droit d'accès à un tribunal puisqu'il dispose que « *toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue (…) par un tribunal (…) qui décidera, soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil, soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle* ». Mais cette interprétation a été contestée par la Grande Bretagne dans l'affaire dite *GOLDER*. En effet un détenu britannique souhaitant assigner un gardien qu'il considère l'avoir diffamé, a demandé en vain au Ministre de l'intérieur l'autorisation de pouvoir communiquer à cet effet avec son avocat. Estimant que son droit d'accès à un tribunal a été violé, il a actionné son pays devant la Cour EDH sur le fondement de l'article 6 & 1. Mais la Grande-Bretagne considère que l'article 6 & 1 n'a pas prévu expressément une telle garantie[908] et conclut à l'absence de violation du droit d'accès à un juge de M. Golder.

386. Une consécration jurisprudentielle.- Se fondant sur « le texte et le contexte » de l'article 6 & 1[909], la Cour EDH a estimé, contrairement à l'argumentation de la Grande Bretagne que le droit d'accès à un tribunal est « *un droit inhérent au droit à un procès équitable* »[910] ; « *qu'on ne comprendrait pas que l'article 6 & 1 décrive en détail les garanties de procédure accordées aux parties à une action civile en cours et qu'il ne protège pas d'abord ce qui seul permet d'en bénéficier : l'accès au juge ; équité, célérité, publicité du procès n'offrent point d'intérêt en l'absence de procès* »[911]. Cette argumentation procède en vérité d'une logique fonctionnelle de l'article 6 & 1 en accord avec le but et l'objet de la Conv. EDH[912]. À ce motif,

---

[908] V. sur cette contestation en doctrine id. qui précise que : « *ni l'article 6 de la convention, ni aucune autre disposition ne reconnaît explicitement la droit d'accès aux tribunaux* ».

[909] V. sur cette expression Ibid. ; V. aussi sur cette question MILANO, Le droit à un tribunal au sens de la Convention européenne des droits de l'homme, thèse, Montpellier, déc. 2004, compte rendu ROLIN, RFDA 2006. 157 ; COSTA, « Le droit à un tribunal et ses limites, selon la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », Mélanges Buffet, 2004, LPA/LGDJ, p. 159. ; G. COHEN-JONAHTHAN, « Le droit au juge », in Mélanges J. WALINE, Paris, Dalloz 2002, p. 477 ;

[910] CEDH 21 févr. 1975, Golder c/ Royaume-Uni, série A, nº 18, § 36 ; GACEDH, 2011, PUF, nº 25, obs. Gouttenoire.

[911] CEDH 21 févr. 1975, Golder c/ Royaume-Uni, op. cit.

[912] V. dans ce sens S. GUINCHARD, « Procès équitable », op. cit., n° 22

s'ajoutent deux autres à savoir : la prééminence du droit affirmée par le préambule de la Convention et les « principes fondamentaux de droit universellement reconnus » notamment l'interdiction du déni de justice.

Ainsi selon la Cour EDH, le droit à un recours juridictionnel est l'un des aspects du droit à un procès équitable encore appelé le droit à un tribunal ou le droit au juge, les deux autres étant le droit à une bonne justice et le droit à l'exécution des décisions de justice[913].

La jurisprudence *GOLDER* a été confirmée depuis lors à plusieurs reprises. Ainsi dans l'affaire WINTER WERP c/ Pays-Bas, la Cour EDH a constaté la violation du droit d'accès au juge d'une personne aliénée dont l'internement emportait de plein droit le dessaisissement de son droit d'administrer son patrimoine sans que cette décision ne soit assortie d'aucun recours judiciaire[914]. Plus récemment encore, la Cour EDH a réaffirmé le droit à un recours juridictionnel dans les arrêts Brumarescu et Yagtzilar.

Dans le premier rendu le 28 octobre 1999 dans l'affaire Brumarescu c/ Roumanie[915], la Cour EDH a considéré que la cour suprême de la Roumanie avait porté atteinte au droit d'accès à un juge d'une personne victime d'un décret de naturalisation portant sur ses biens. En effet, la cour suprême de la Roumanie avait décidé dans cette affaire que l'appréciation de la légalité de ladite mesure échappait au juge, ce dernier étant frappé d'une incompétence absolue et que seul le Parlement était habilité à se prononcer sur sa légalité. Cet arrêt peut être rapproché du second rendu le 6 décembre 2001 dans l'affaire Yagtzilar et alii c/ Grèce[916], où la Cour EDH a estimé que l'interprétation de la forclusion faite par les juridictions nationales (cour d'appel puis cour de cassation) qui a conduit à retenir que des ressortissants turcs expropriés de leur terres en 1925 étaient forclos à agir en indemnisation depuis 1971 était contraire à leur droit à un recours juridictionnel. Pour la Cour EDH, « *le fait d'avoir pu emprunter des voies de recours internes, mais seulement pour entendre déclarer ses actions irrecevables par le jeu de la loi, ne satisfait pas toujours aux impératifs de l'article 6, § 1* ».

---

[913] V. dans ce sens Id., n° 23 ou encore N. FRICERO, « Le droit au juge devant les juridictions civiles », in *Le droit au juge dans l'Union européenne*, *op. cit*., pp. 11-21, spéc. p. 12

[914] CEDH 24 oct. 1979, Winter Werp c/ Pays-Bas, série A, nº 33

[915] CEDH 28 oct. 1999, Brumarescu c/ Roumanie, *JCP 2000. I.* 203, nº 10, obs. Sudre ; *D.* 2000. Somm. 187, obs. Fricero

[916] CEDH 6 déc. 2001, Yagtzilar et alii c/ Grèce, Journ. des droits de l'homme, supplément au nº 7 du 31 janv. 2002 des Annonces de la Seine

Le droit à un tribunal est ainsi nettement consacré dans la jurisprudence de la Cour EDH. Mais mieux que cette consécration, la Cour exige que le droit à un recours juridictionnel soit un droit concret et effectif.

387. L'exigence jurisprudentielle de l'effectivité du droit d'accès au juge.- C'est dans l'arrêt dit *Airey*[917] que la Cour EDH a posé le principe de l'effectivité du droit à un recours juridictionnel. La reconnaissance formelle du droit d'accès à un tribunal par la législation des Etats parties n'est pas en soi suffisante, encore faut-il que ce droit fasse l'objet d'une mise en œuvre effective, ce qui implique que son exercice ne rencontre pas d'obstacles démesurés notamment sur le plan matériel ou financier[918]. L'effectivité implique donc l'absence d'obstacles de fait ou de droit à la mise en œuvre du droit d'accès au juge. Ceci se traduit par exemple par l'obligation faite aux Etats de mettre en place un système d'aide juridictionnelle[919] pouvant permettre un accès effectif au juge à des personnes dont les ressources ou encore de la « *simplification des règles de procédures* »[920].

Toutefois, le droit au juge n'est pas absolu. Il peut faire l'objet de limitations[921] notamment en étant concilié avec d'autres droits dont la protection est particulièrement nécessaire dans une société démocratique, tel la sécurité juridique par exemple. Mais la CEDH veille à ce qu'il existe entre cette limitation et l'objectif à atteindre une proportionnalité qui impose en tout état de cause, que la limitation ait pour finalité exclusive une bonne administration de la justice[922].

Si le droit fondamental à un recours juridictionnel effectif en droit du Conseil de l'Europe résulte d'une interprétation de la Cour EDH, tel n'est pas le cas en droit de l'Union européenne où ce droit est prévu *expresis verbis* par la Chartes des droits fondamentaux de l'union européenne.

a-2 Le droit de l'Union européenne

388. Un droit expressément prévu.- Il n'y a aucune ambigüité sur le fait que le droit à un recours juridictionnel effectif soit reconnu en droit de l'Union européenne[923]. L'article 47 de

---

[917] CEDH, 9 octobre 1979, *Airey c. Irlande ou la Cour EDH précise que : « la Convention a pour but de protéger des droits non pas théoriques ou illusoires, mais concrets et effectifs* »
[918] V. en ce sens Th. S., op. cit., n° 1, p. 212 ; G. COHEN-JONATHAN, « Le droit au juge », *précit*., p. 479 et s.
[919] CEDH, 28 octobre 1998, Aït-Mouhoub c/ France
[920] CEDH, 16 déc. 1992, De Geouffre de la Pradelle c/ France ; 4 déc. 1995 Bellet c/ France
[921] CEDH, arrêt du 28 mai 1985, aff. Aschingdame c/ Royaume-Uni, Série A, n° 93
[922] CEDH, 28 nov. 1993, aff. Poitrimol c/ France, Série A, n° 277-A ; 14 déc. 1999, Aff. Kalfaoui c/ France, D., 2000 ; 27 juill. 2006, Aff. X… c/ France, Requête n° 73695/01, & 58
[923] V. sur ce point, Th. S. RENOUX & A. SENATORE, Droit au juge, in Dictionnaire des droits de l'homme, éd. PUF, 1ère éd. 2008, Paris, p. 245

la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne dispose en effet que : « *toute personne dont les droits et libertés garanties par le droit de l'Union européenne ont été violés a droit à un recours effectif devant un tribunal dans le respect des conditions prévues au présent article. Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi. Une aide juridictionnelle est accordée à ceux qui ne disposent pas de ressources suffisantes, dans la mesure où cette aide serait nécessaire pour assurer l'effectivité de l'accès à la justice* ». Cet article a été présenté comme capitalisation de la jurisprudence croisée de la Cour de justice et de la Cour EDH[924], car avant l'entrée en vigueur de la Charte qui date seulement de …, le droit au juge avait déjà été consacré par l'ex Cour de justice des Communautés européennes.

389. La reconnaissance du droit au juge en droit de l'Union européenne antérieurement à l'entrée en vigueur de la Charte.- Avant l'entrée en vigueur de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, l'ex Cour de justice des Communautés européennes a trouvé des principes généraux de droit communautaire issus des traditions constitutionnelles communes aux Etats membres, traditions qu'elle a dégagées sur la base des textes de droits primaires et dérivés ainsi que sur la Conv. EDH. Au nombre desdits principes figure le droit au juge que l'ex Cour de justice des Communautés européennes a dégagé au visa des articles 6 et 13 de la Conv. EDH[925]. Certaines dispositions du droit dérivé venaient en complément de cette jurisprudence dans des domaines particuliers[926].

b- La constitutionnalisation du droit à un recours juridictionnel effectif

390. L'absence de consécration constitutionnelle formelle.- Le texte de la constitution française du 4 octobre 1958 ne consacre pas *expresis verbis* le droit à un recours

[924] PICOD, « Le droit au juge en droit communautaire », in *Le droit au juge dans l'Union européenne*, *op. cit.,* p. 141 ; S. CAROTENUTO & J. MENDES-CONSTANTE, « L'inscription de la justice dans la Charte des droits fondamentaux de l'union européenne », *LPA*, 5 juillet 2002, n° 134, p. 4 ; DUTHEIL DE LA ROCHÈRE, Droit au juge, accès à la justice, in Pouvoirs 2001-96, p. 123, Les Cours européennes ; BARAV, Le droit au juge devant le Tribunal de Première Instance et la Cour de Justice des Communautés Européennes, in *Le droit au juge dans l'Union européenne*, op. cit., p. 191

[925] CJCE 15 mai 1986, Marguerite Johnston, aff. 222/84, Rec. CJCE 1651. - CJCE 15 oct. 1987, Heylens aff. 222/86, Rec. 1987, p. 4097; D. 1986. IR 454, obs. Cartou. - CJCE 3 déc. 1992, Borelli, aff. C-97/91, Rec. CJCE I-6313. - CJCE 22 sept. 1998, Belinda J. Coote, aff. C-185/97, Rec. CJCE I-5199, point 21

[926] Dir. nº 64/221/CEE du 25 févr. 1964, JOCE, nº 56, 4 avr. : sur le fait que l'étranger doit disposer des mêmes recours que les nationaux contre les actes administratifs leur causant grief (mesure d'éloignement, titre de séjour, etc.) ; Dir. nº 76/207 du 4 févr. 1976, JOCE, nº L 39, 14 févr. et nº 86/378/CEE du 24 juill. 1986, JOCE nº L 225, 12 août pour l'égalité homme-femme

juridictionnel effectif contrairement à ceux qui l'ont précédés[927]et aux constitutions de certains pays européens comme l'Allemagne[928], l'Espagne[929], la Grèce[930].

Ce mutisme du constituant français a été fort heureusement suppléé par le juge constitutionnel.

391. La consécration par le Conseil constitutionnel-. L'œuvre de consécration par le Conseil constitutionnel d'un droit d'accès à un juge s'est faite progressivement. Ainsi trois décisions majeures ont participé de cette consécration.

La décision du 13 août 1993. Elle a été rendue sur un recours contre la loi relative à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée, d'accueil et de séjour des étrangers en France dont la promulgation devait intervenir le 24 août 1993. Le Conseil y reconnais le droit au recours invoqué par le requérant mais seulement pour la garantie d'une liberté fondamentale de valeur constitutionnelle[931]. Mais ni le fondement ni l'autorité garante n'ont été indiqués par le Conseil[932]. A ces imprécisions, la décision du 21 janvier 1994 a apporté quelques réponses.

La décision du 21 janvier 1994. Elle a été rendue sur un recours contre la loi portant diverses dispositions en matière d'urbanisme et de construction promulguée le 9 février 1994. Il était reproché à son article 3 introduisant dans le code un article L 600-1 de priver les requérants de la faculté de soulever par voie d'exception l'illégalité pour vice de forme ou de procédure de certaines décisions six mois après leur prise d'effet. L'apport de cette décision[933] réside dans le fait que le Conseil constitutionnel y reconnaissait implicitement que la séparation des pouvoir

---

[927] V. en ce sens Th. S. RENOUX, « La constitutionnalisation du droit au juge » in J. RIDEAU (dir.), *Le droit au juge dans l'Union européenne*, LGDJ, 1998, p. 109, citant : « constitution révolutionnaire de 1791, Constitution du Consulat de 1795, Constitution de la Restauration monarchique de 1814 et 1830, Constitution Républicaine de 1848 » et même le projet de déclaration des droits de l'homme inscrit dans le projet de constitution du 19 avril 1946 qui fût rejeté par référendum et dont l'article 11 disposait : « *la loi assure à tous les hommes le droit de se faire rendre justice et l'insuffisance des ressources ne saurait y faire obstacle* ».

[928] Article 19 al. 4 du Grundgesetz : « toute personne lésée dans ses droits par la puissance publique dispose d'un recours juridictionnel. Lorsqu'aucune juridiction n'est compétente, le recours est portée devant la juridiction ordinaire » V. sur l'interprétation de cette disposition par le Conseil constitutionnel allemand, M. PECHSTEIN, *La constitutionnalisation du droit au juge en Allemagne*, in in Actes du colloque du CEDORE, op. cit., p. 50

[929] Article 24 de la Constitution espagnole : « toute personne a droit à une protection effective de la part des juges et des tribunaux dans l'exercice de ses droits ou la défense de ses intérêts légitimes ; en aucun cas, elle ne peut se trouver sans défense », V. sur le contenu –extensif- de ce droit, L. BURGOGUE-LARSEN, « La constitutionnalisation du droit au juge en Espagne », in J. RIDEAU (dir.), *Le droit au juge dans l'Union européenne*, LGDJ, 1998, p. 69

[930] V. S. GUINCHARD, Procès équitable, op. cit.

[931] Décision n° 93-325 DC du 13 août 1993, maîtrise de l'immigration clandestine, *RJC*, p. I. 539 ; Rec. Const. p. 224

[932] V. en ce sens L. FAVOREU, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, 7e éd., p. 854 ; Th. S. RENOUX, La constitutionnalisation d droit au juge, op. cit., p. 111

[933] Décision n° 93-335 DC du 21 janvier 1994, urbanisme et construction, JO du 26 janv. 1994 ; Rec. Const. p. 40

était bien le fondement constitutionnel du droit au recours[934]. Mais il faut noter ici encore comme ce fût le cas dans la première décision, que le caractère constitutionnel du droit au recours n'a été reconnu que pour garantir un principe constitutionnel[935] en l'occurrence le principe de la légalité. Jusque-là donc, le droit à un recours ne bénéficiait pas encore d'une reconnaissance autonome en tant que droit fondamental. C'est sur ce point que se situe l'apport de la troisième décision.

La décision du 9 avril 1996. Cette décision a été rendue au sujet de la loi organique portant statut de l'autonomie française. Elle a consacré le droit à un recours juridictionnel comme un droit fondamental autonome et indique explicitement l'article 16 de la *DUDHC* comme son fondement[936]. Le Conseil y a décidé notamment qu'en « *principe, il ne doit être porté atteintes substantielles au droit des personnes intéressées d'exercer un recours effectif devant une juridiction* »[937].

Cette décision précise aussi la portée de l'effectivité du droit d'accès à un juge.

392. La portée de l'effectivité du droit d'accès à un juge selon le Conseil constitutionnel.- La portée réside notamment dans l'interdiction de porter des « *atteintes substantielles* »[938] au droit au recours juridictionnel des personnes intéressées. Ainsi s'il est reconnu au législateur le pouvoir d'encadrer, de limiter l'exercice de ce droit, de le concilier avec d'autres droits dont la protection représente un impératif deeeans un Etat de droit, c'est à condition de ne pas le dénaturer, en le rendant purement formel[939]. À cet égard, le standard utilisé par le Conseil constitutionnel est celui de la proportionnalité posé par le Cour EDH[940].

---

[934] V. sur cette analyse Th. S. RENOUX, « La constitutionnalisation du droit au juge », précit., p. 111 ; M. BRANDAC, L'action en justice droit fondamental, in Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs ? Mélanges en l'honneur de ROGER. PERROT, éd. Dalloz 1996, Paris, p. 9

[935] V. N. MOLFESSIS, *Le Conseil constitutionnel et le droit privé*, thèse Paris II 1994, n° 296 sur le point que le Conseil constitutionnel rattachait déjà dans une décision de 1980 le droit d'agir à la compétence du législateur en matière de libertés publiques ou encore Th. S. RENOUX, « Le droit au recours juridictionnel », *précit*., p. 214

[936] V. sur les autres fondements constitutionnels de ce droit Th S. RENOUX, « Le droit au recours juridictionnel », *op. cit*., p. 213 ; *La constitutionnalisation du droit au juge en France, op. cit.*, p. 111-113 qui cite le principe d'égalité notamment l'égal accès à la justice et pour les principes non-écrits issus des PFRLR : l'interdiction du déni de justice, l'abolition de la mort civile et les droits de la défense

[937] Décision n° 96-373 DC du 9 avril 1996, loi organique portant statut d'autonomie de la Polynésie française, Rec. Cons. Const. p. 43, considérant n° 83 à 85 ; *AJDA* 1996, p. 371, obs. SCHRAMEK ; *JORF* du 13 avril 1996, p. 5724

[938] Id.

[939] Cons. const., déc. n° 96-373 DC, 9 avril 1996, *précit.* ; 21 déc. 1999, préc.

Appliqué au titre exécutoire, le droit à un recours effectif s'analyse dans la possibilité donnée à la personne contre laquelle le titre est dirigé de pouvoir contester tant le bien-fondé de l'obligation de payer que la procédure d'exécution forcée[941].

Par ailleurs le recours juridictionnel doit être adapté au droit qu'il est censé garantir. Ainsi, le recours juridictionnel contre une mesure de reconduite à la frontière n'est opportun que s'il s'accompagne de la possibilité pour le requérant de demander et surtout d'obtenir du juge que ce dernier prononce en sa faveur un sursis à exécution[942]. Du reste, le Conseil constitutionnel voit dans la possibilité d'obtenir un sursis à exécution contre des décisions individuelles particulièrement graves, un principe de valeur constitutionnel[943].

……

2- En droit africain

393. Division.- Le traité OHADA ne couvre que le droit des affaires. Il ne comporte donc pas d'acte uniforme sur les droits fondamentaux. Pour autant les règles qu'il édite ne doivent guère s'affranchir de l'exigence du respect desdits droits. Mais alors la question se pose de savoir s'il existe en droit africain un corpus de règles sur les droits fondamentaux, à l'aune duquel pourra s'apprécier la conformité des actes uniformes OHADA ainsi que les règles que ceux-ci éditent à l'exigence du respect des droits fondamentaux et plus particulièrement du droit à un recours juridictionnel effectif. C'est la question du cadre réglementaire de référence (a). L'examen de celui-ci révèle une consécration indirecte du droit à un recours juridictionnel effectif en droit africain (b) comme le confirme la doctrine de la Commission africaine des droits de l'homme en la matière (c).

a- Le cadre réglementaire de référence

394. Le choix de la ChADHP (remarque directeur : à mettre dans les abréviations).- Le traité OHADA n'a disposé que sur le droit des affaires. L'examen de la conformité des dispositions des actes uniformes aux droits fondamentaux de la personne humaine ne peut donc se faire qu'à l'aune des instruments de protection invocables dans les Etats parties. A ce titre la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples offre un cadre

[941] Cons. Const., déc. n° 9-416 DC, Couverture maladie universelle, 23 juill. 1999, *Rec. cons. const*., p. 100 consid. 39 ; Cahier du Conseil const., n° 7
[942] CE, 29 juin 1991, M. ENGIN, M. HABLANI : *Rev. Fr. dr. adm*. 1990, 543, concl. de la Verpillère ; *D*. 1991, 61, note DUGRIP
[943] Cons. Const., déc. n° 86-224 DC, 23 janv. 1984, Conseil de la concurrence, *Rec. Cons. Const*. p. 8 ; GDCC, n° 41

réglementaire appréciable. Elle est en effet la seule convention à vocation protectrice des droits fondamentaux de la personne humaine applicable à l'échelle du continent africain, puisque ratifiée par la quasi-totalité des pays africains. De fait, son domaine d'application s'étend à tous les Etats parties au traité OHADA. C'est du reste la raison pour laquelle elle sera préférée à d'autres instruments de protection africains qui, nonobstant leur originalité n'ont d'influence que sous régionale même si pour ce qui concerne le droit fondamental ici étudié, à savoir le droit d'accès au juge, celui-ci n'est prévu qu'indirectement par la ChADHP.

b- Une consécration textuelle indirecte du droit à un recours juridictionnel effectif ?

395. Une absence de consécration textuelle ?- L'article 7 de la ChADHP dispose en son point 1-a que : « *toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue. Ce droit comprend :*

a) *Le droit de saisir les juridictions nationales compétentes de tout acte violant les droits fondamentaux qui lui sont reconnus et garantis les conventions, les lois, règlements et coutumes en vigueur (...)* ».

Il s'agit là du droit à un procès équitable tel que prévu par la Conv EDH. Dès lors, l'état du droit positif en droit de la Conv. EDH avant l'arrêt *GOLDER* peut raisonnablement conduire à affirmer que la ChADHP n'a pas prévu expressément le droit à un recours juridictionnel effectif. Du reste c'est dans ce sens qu'il a été affirmé que « *l'article 7-1-a ne garantit pas l'effectivité du recours* »[944] et que la version initiale de cet article parlait plutôt de : « *droit inaliénable à un recours effectif* »[945]. Même s'il convient de regretter avec cet auteur la suppression de cet article tel qu'initialement formulé[946], il n'en demeure que, contrairement à cette analyse, une interprétation exégétique de la ChADHP permet de déterminer les droits garantis par la Charte par référence à des sources auxiliaires auxquelles renvoie cette dernière.

396. La détermination des droits garantis par la ChADHP par référence à des sources auxiliaires.- La codification africaine en matière de droit de l'homme a ceci d'original qu'elle puise aux « *sources de l'universel* »[947] tout en contextualisant les droits garantis[948].

[944]S. NGONDO, « Commentaire de l'article 7, &1 de la ChADHP » in M. KAMTO (dir.) *La Charte africaine des droits de l'homme et des peuples et le protocole y relatif portant création de la Cour africaine des droits de l'homme. Commentaire article par article*, éd BRUYLANT 2011, p. 183

[945] F. OUGUERGOUZ, *La Charte africaine des droits de l'homme et des peuples. Une approche juridique des droits de l'homme entre tradition et modernité*, éd. PUF 1993, p. 108

[946] Son maintien aurait enrichi la ChADHP sur ce point.

[947] H. K. T. GASTING, *Le système africain de protection des droits de l'homme. Un système en quête de cohérence*, éd. HARMATTAN 2014, Cameroun, p. 31

Ainsi, contrairement à la plupart des instruments de protection des droits de l'homme qui ont un corpus de règle clos, ne contenant que leurs propres normes, et avec pour toute ouverture que la « clause de liberté la plus favorisée », la ChADHP a opéré une véritable ouverture à d'autres textes internationaux comme sources auxiliaires de détermination de la règle de droit[949]. Ce principe s'évince de la lecture croisée des articles 60 et 61 de la Charte faisant partie du chapitre IV intitulé : les principes applicables.

L'article 60 dispose en effet : « *la commission s'inspire du droit international relatif aux droits de l'homme et des peuples, notamment des dispositions des divers instruments africains relatifs aux droits de l'homme et des peuples, des dispositions de la Charte des Nations Unies, de la Charte de l'Organisation de l'Unité Africaine, de la Déclaration Universelle des droits de l'Homme (...)* ».

Cet article à lui seul ne permet pas de déduire clairement le principe de renvoi aux sources auxiliaires, du fait notamment de l'emploi du terme « s'inspire du » qui peut renvoyer tout aussi bien à une idée « d'interpréter à la lumière de » que celle d'une « application *praeter legem* », car étant finalement « peu juridique »[950]. Or l'idée d'une « interprétation à la lumière de », ne saurait conduire à retenir le texte d'inspiration - ici les instruments de « *droit international relatif aux droits de l'homme et des peuples* »- comme source de détermination de le règle applicable. D'où l'incertitude quant à la nature de source de droit ou non desdits instruments.

Fort heureusement, cette incertitude est tout de suite levée par l'article suivant, l'article 61. Celui-ci dispose que : « *la Commission prend aussi en considération, comme moyens auxiliaires de détermination des règles de droits, les autres conventions internationales, soit générales, soit spéciales, établissant des règles expressément reconnues par les Etats membres (...)* ». Cet article présuppose que les instruments relatifs au « *droit international relatif aux droits de l'homme et des peuples* » mentionnés dans l'article 60 sont des sources auxiliaires –à la Charte- de détermination de la règle de droit, et qu'à côté de ceux-ci, la Charte retient également comme sources auxiliaires de détermination des règles de droit « *les autres*

[949] V. en ce sens E. DECAUX, « Commentaire de l'article 60 de la ChADHP », in M. KAMTO (dir.), *La Charte africaine des droits de l'homme et des peuples et le protocole y relatif portant création de la Cour africaine des droits de l'homme. Commentaire article par article*, op. cit., p. 1106 et s.
[950] V. sur cette expression id., p. 1112

conventions internationales, soit générales, soit spéciales » à condition que ceux-ci aient fait l'objet d'une adhésion par l'Etat en cause[951].

Par suite les droits garantis par la ChADHP peuvent être déterminés par application des sources auxiliaires que sont : les instruments relatifs au « *droit international relatif aux droits de l'homme et des peuples* » d'une part et « *les autres conventions internationales, soit générales, soit spéciales* » à condition que ceux-ci aient fait l'objet d'une adhésion par l'Etat en cause, d'autre part[952].

Cette analyse est du reste confirmée par la ComADHP qui a, dans une affaire, expressément visé la Charte des Nations Unies. Cette dernière indique : « *le « Body of Benchers » est dominé par des représentants du gouvernement et jouit d'un grand pouvoir discrétionnaire. Cette ingérence au droit de libre association du Barreau du Nigéria n'est pas conforme au préambule de la Charte africaine et des* ***principes fondamentaux des Nations unies sur l'indépendance du pouvoir judiciaire*** *et constitue donc une violation de l'article 10 de la Charte africaine* »[953].

Il est très significatif de souligner qu'après avoir invoqué la violation des principes fondamentaux des Nations unies sur l'indépendance du pouvoir judiciaire, la ComADHP conclut à celle de la Charte. Or parmi ces sources, il y en a qui consacre *expresis verbis* le droit à un recours juridictionnel effectif. Dès lors, il y a lieu de soutenir, en bonne logique, que la ChADHP a consacré le droit à un recours juridictionnel effectif, mais par emprunt normatif.

397. La consécration du droit à un recours juridictionnel effectif par emprunt normatif.- Parmi les sources auxiliaires de détermination des droits garantis ci-dessus évoquées, figure la Charte des Nations Unies nommément mentionnée par l'article 60. Or celle-ci consacre *expresis verbis* le droit à un recours juridictionnel effectif. Partant, il est permis de conclure que la ChADHP consacre expressément le droit à un recours juridictionnel effectif, fut-il par emprunt normatif. Il s'agit d'une consécration indirecte.

---

[951] V. en ce sens M. OKAMTO, « Commentaire de l'article 61 de la ChADHP » in M. KAMTO (dir.), *La Charte africaine des droits de l'homme et des peuples et le protocole y relatif portant création de la Cour africaine des droits de l'homme. Commentaire article par article,* op. cit., p. 1120-1121

[952] V. dans le même sens id. ; E. DECAUX, « Commentaire de l'article 60 de la ChADHP », in M. KAMTO (dir.), *La Charte africaine des droits de l'homme et des peuples et le protocole y relatif portant création de la Cour africaine des droits de l'homme. Commentaire article par article,* op. cit. p. 113

[953] Communication n° 101/93 8e, *Affaire Civil Liberties Organisation c/ Nigéria*, rapport annuel d'activité de la ComADHP 1994-1995, p. 28

En tout état de cause, le droit à un recours juridictionnel effectif est très présent dans la doctrine de la ComADHP, s'évinçant aussi bien de sa jurisprudence que ses résolutions.

c) Le droit à un recours juridictionnel effectif dans la doctrine de la ComADHP

398. La jurisprudence de la ComADHP sur le droit à un recours juridictionnel effectif.- Il ressort de la jurisprudence de la ComADHP que cette dernière contrôle et relève les violations du droit à un recours juridictionnel effectif par les Etats parties à la ChADHP s'agissant aussi bien des contestations portant sur des droits et obligations à caractère civil que sur les accusations en matière pénales comme l'illustrent bien les deux affaires suivantes.

***Affaire Civil Liberties Organisation c/ Nigéria*[954]**. Les faits de cette affaire sont les suivants : le gouvernement du Nigéria a créé par décret en 1993 un nouveau Conseil d'administration de l'Association du barreau du Nigéria dite « *Body of Benchers* ». Ledit décret a attribué à ce conseil, dont seulement trente des cent vingt-huit membres sont membres du Barreau, les autres étant des représentants du gouvernement, le pouvoir de prescrire le niveau des honoraires - dont un dixième est versé chaque année au « *Body of Benchers* »- et de veiller à la discipline des praticiens du droit. Mais le gouvernement nigérian a surtout exclut le recours aux tribunaux et qualifie d'infraction le fait d'initier ou de nourrir une action ou toute autre procédure de quelque nature qu'elle soit en rapport ou émanant de l'exercice des pouvoirs conférés au "*Body of Benchers*". C'est sur ce dernier point notamment qu'il lui a fait le grief de la violation de l'article 7 de la ChADHP[955]. La ComADHP a adhéré à cette analyse. Elle a précisé que : « *toute personne a le droit d'avoir sa cause entendue ... »* et que *« les pouvoirs conférés au « Body Benchers » englobent des questions financières ou disciplinaires. L'interdiction de contestation de ses pouvoirs, viole le droit de faire appel aux juridictions nationales pour défendre ses droits. Cela constitue une violation de l'article 7 de la Charte* ».

***Affaire Constitutional Rights Project c/ Nigéria*[956]**. En application du décret n° 5 de 1984, certaines personnes avaient été condamnées à mort par un tribunal militaire spécial. La pomme de discorde résidait dans le fait que ledit décret interdisait tout recours juridictionnel contre les décisions du tribunal militaire spécial. Tout au plus, sa décision pouvait faire l'objet de confirmation ou de rejet de la part du Gouverneur d'Etat. Tirant prétexte de cette interdiction,

[954] Communication n° 101/93 8e, *Affaire Civil Liberties Organisation c/ Nigéria*, op. cit.
[955] Il a été aussi reproché à ce décret la violation des articles 6 et 10 de la Charte.
[956] Communication n° 60/91 8e, *Affaire Constitutional Rights Project c/ Nigéria*, rapport annuel d'activité de la ComADHP 1994-1995, p. 18

la plaignante à savoir l'ONG Constitutional Rights Project agissant en lieu et place des condamnés a reproché à l'Etat du Nigéria la violation du droit de saisir les juridictions nationales compétentes contre toute décision violant les droits fondamentaux garantis par l'article 7-1 (a) de la Charte.

Cet argument a été entendu par l'organe de Banjul. Ce dernier constate, s'agissant du seul recours possible devant le Gouverneur que : « ce pouvoir est à considérer comme une voie de recours discrétionnaire et extraordinaire d'une nature non-judiciaire. L'objectif du recours est d'obtenir une faveur et non de réclamer un droit », avant de préciser que : « *il serait incorrect d'obliger les plaignants à user des voies de recours qui ne fonctionnent pas de façon impartiale et qui ne sont pas tenues de statuer conformément aux principes du droit. Le recours n'est ni adéquat, ni efficace* ». La ComADHP en conclut que le droit à la vie et le droit à la liberté des condamnés n'ont pas été en eux-mêmes violés par le prononcé des peines de mort, mais que l'interdiction de recours auprès des juridictions nationales compétentes viole l'article 7, 1 (a) de la Charte.

Cette doctrine de la ComADHP a été confirmée plus tard en 1999, dans une résolution détaillée sur le droit à un procès équitable.

399. Le droit à un recours juridictionnel effectif vu par la ComADHP dans sa résolution *Rés. 41 (XXVI) 99 (1999)* sur le droit à un procès équitable.- Il résulte de cette résolution[957] que l'article 7 de la Charte implique le droit à un recours juridictionnel effectif. Aussi, la Commission y vise expressément une autre résolution de 1992[958] sur le droit au recours et à un procès équitable qui recommande notamment aux Etats parties, de « *prendre les dispositions nécessaires pour que leurs ressortissants soient informés de ce que les voies de recours leur sont accessibles et de fournir aux nécessiteux une assistance judiciaire* ». Une auteure affirme d'ailleurs qu'au sujet de l'article 7 de la Charte, « *la commission décide qu'il découle de cette disposition un droit implicite d'accès à un tribunal impartial, droit à un recours efficace, à une assistance judiciaire* »[959].

[957] ACHPR /Res.41(XXVI) 99: Résolution sur le Droit à un Procès Equitable et à l'Assistance Judiciaire en Afrique (1999) in http://www1.umn.edu/humanrts/africa/resolutions/f-resolutions.html
[958] Visant expressément ACHPR /Res.4(XI) 92: Résolution sur la procédure relative au droit de recours et à un procès équitable (1992) in in http://www1.umn.edu/humanrts/africa/resolutions/f-resolutions.html
[959] R. I MAIKASSOUA, *La Commission africaine des droits de l'homme et des peuples. Un organe de contrôle au service de la Charte africaine*, éd. KARTHALA 2013, n° 209, p. 100

En résumé, il ne fait l'ombre d'aucun doute que le droit à un recours juridictionnel effectif est garanti par la ChADHP dans des termes identiques à ceux européens et internationaux. En vérité, il convient de reconnaître avec un auteur que le droit à un recours juridictionnel effectif est « un véritable *jus cogens* qui s'impose à tous les Etats dans une société démocratique »[960]. Mais force est de constater que malgré ce caractère de droit fondamental, le droit à un recours juridictionnel effectif est allègrement violé par le mécanisme d'attribution de la force exécutoire aux actes juridiques privés dès leur établissement.

B- La violation du droit au juge par le mécanisme d'attribution de la force exécutoire

Les droits à un recours juridictionnel effectif d'une personne est violé dès lors que celle-ci se prévaut de l'existence de droits lésés (1) sans pour autant disposer de recours juridictionnels effectifs pour que justice lui soit rendue (2). Tel est potentiellement le cas du « débiteur désigné » dans un acte juridique privé exécutoire.

1- L'existence de droits lésés

400. La nature du droit lésé.- Il a été exposé précédemment que postérieurement à l'établissement de l'acte juridique privé exécutoire, et avant sa mise en œuvre, le débiteur peut justifier de certains griefs, contre celui-ci – la sincérité de l'acte, sa validité, sa caducité pour imprévision[961]-. Il peut aussi être fondé à contester l'étendue des obligations que ce titre constate ou à retenir sa propre exécution du fait de l'inexécution par le créancier de la sienne. Dans tous ces cas, il s'agit de contestations portant sur des droits et obligations à caractère civil et plus précisément sur le bien-fondé des obligations. Et en tant que telles, elles devraient pouvoir être soumises à un tribunal en vertu du droit à un recours juridictionnel effectif, d'autant plus que la nature de l'acte exécutoire[962] ainsi que la procédure de son établissement rendent lesdites contestations possiblement pertinentes.

401. Des contestations possiblement pertinentes.- En principe, la pertinence d'une contestation ne peut être déterminée qu'après son examen par le juge. Par conséquent, il peut paraître un peu prétentieux d'en gager avant l'intervention de ce dernier. En tout état de cause,

[960] G. COHEN-JOHNATHAN, « Le droit au juge », *op. cit*. p. 476

le droit d'être entendu par un juge n'est pas conditionné par la pertinence des contestations ou des prétentions du justiciable[963], ce qui du reste peut sembler rendre inutile tout débat sur la pertinence possible ou non des contestations du débiteur désigné dans un acte juridique privé exécutoire. Mais en réalité ce débat trouve toute sa justification dans le fait qu'il pourrait être objecté que celles-ci n'ont aucune raison d'être eu égard au consensus exécutoire.

En effet, les limites du consensus exécutoire comme fondement à la force exécutoire des actes juridiques privés autorisent à considérer les contestations du « débiteur désigné » dans l'acte comme toute autre contestation. Dès lors, leur pertinence possible ne fait l'ombre d'aucun doute et le droit du « débiteur désigné » de pouvoir les soumettre à un tribunal se justifie amplement. Ce droit est d'autant justifié que l'intervention de l'officier public ou du juge ne permet pas de purger l'acte juridique privé des vices inhérents à sa nature même, lesquels sont forcément inconnus du débiteur au moment de la signature de l'acte. Mais l'inefficacité des recours disponibles rend ineffectif ce droit du débiteur désigné.

2- L'ineffectivité du droit au recours juridictionnel du « débiteur désigné »

L'ineffectivité du droit au recours juridictionnel du « débiteur désigné » dans un acte juridique privé exécutoire résulte du fait que celui-ci est l'objet d'atteintes substantielles (a) disproportionnées (b).

a- Des atteintes substantielles ...

402. Les atteintes substantielles formelles résultant de l'inefficacité des recours disponibles.- Les recours disponibles contre l'acte juridique privé exécutoire sont inefficaces, puisque ne permettant pas au « débiteur désigné » d'en obtenir le sursis à exécution le temps de l'examen des contestations[964]. Cette absence de recours appropriés constitue indubitablement une atteinte substantielle formelle –obstacle de droit- au droit à un recours juridictionnel du « débiteur désigné », tel qu'exposé ci-dessus. Aussi, cette inexistence de recours ne peut qu'exacerber le sentiment que peut avoir le « débiteur désigné » d'être en face d'un acte inattaquable.

403. Les atteintes substantielles matérielles résultant du sentiment de faire face à un acte inattaquable.- Le caractère exécutoire de part son symbole, sa force et ses effets, est de nature à donner l'impression aux parties que l'acte qui en bénéficie est inattaquable.

[964] V. sur ce point supra, p. 109 et s.

D'ailleurs, à ce propos, le Professeur Soraya AMRANI-MEKKI après avoir insisté sur la faiblesse des recours contre un acte instrumenté par un tiers substitué au juge[965], se demandait si les parties ont encore « *les ressources intellectuelles, psychologiques et financières de recourir contre une décision dont elles ont parfois le sentiment qu'elle est irrévocable ?* »[966]. Ceci est d'autant vrai en ce qui concerne l'acte juridique privé exécutoire que le « débiteur désigné » ne dispose contre celui-ci d'aucun recours efficace, toutes choses susceptibles de décourager toute initiative de recours de ce dernier. Il s'agit là d'atteintes matérielles –obstacle de fait- à son droit à un recours juridictionnel efficace.

Ces atteintes substantielles au droit à un recours juridictionnel du débiteur désigné ne s'expliquent pas au regard du critère de proportionnalité exigé par la jurisprudence.

b- … disproportionnées

404. Le déséquilibre significatif entre le but visé et la limitation du droit à un recours juridictionnel effectif du débiteur.- Le mécanisme d'attribution de la force exécutoire à certains actes juridiques privés aurait pour but la sécurité juridique[967]. Ainsi, éviterait-il une remise en cause facile par le débiteur, des obligations souscrites et donnerait au créancier une garantie d'exécution. Or il a été expliqué que la réalisation de cet objectif renvoie essentiellement sur le terrain probatoire[968] et ne nécessite pas de ce fait l'utilisation d'un moyen aussi énergique et lourd de conséquences comme celui de la force exécutoire. L'attribution à l'*instrumentum*, de l'authenticité, valeur probatoire la plus élevée dans le système probatoire, aurait amplement suffi à réaliser l'objectif de sécurité juridique.

L'attribution de la force exécutoire à certains actes juridiques privés dès leur établissement vise plutôt des objectifs économiques. Or l'*homo juridicus* a ses raisons que l'*homo oeconomicus* ignore et qui résident essentiellement dans le sentiment de s'être vu attribué ce qui lui revient de droit par la société, en un mot de lui rendre justice, et pour ce qui concerne le « débiteur désigné » dans l'acte juridique privé exécutoire, ce dernier aimerait pouvoir être entendu par un tribunal sur ses contestions sur ses obligations nées de celui-ci avant leur mise en œuvre. C'est sans doute la raison pour laquelle la CEDH a exigé que la limitation du droit d'accès à un

[965] S. AMRANI-MEKKI, « La déjudiciarisation », précit., n° 22. Au tiers substitué au juge il convient d'ajouter le juge lui-même dans son office se cantonnant juste à l'homologation de l'accord des parties.
[966] Id.

tribunal n'ait pour unique finalité qu'une bonne administration de la justice, ce qui n'est pas le cas en l'espèce, car le mécanisme ici critiqué plutôt que de permettre la réalisation d'une bonne justice en diminue substantiellement la valeur. Dès lors, la disproportion entre la limitation du droit à un recours juridictionnel du débiteur désigné et l'objectif qu'elle vise est assez significative. Dans ces conditions, il est permis d'affirmer que le mécanisme d'attribution de la force exécutoire à un acte juridique privé dès sa création est de nature à violer le droit d'accès à un tribunal du « débiteur désigné » dans ledit acte. Cette situation est hautement critiquable d'autant que les procédures qui conduisent à l'établissement desdits actes se caractérisent par une absence de garanties procédurales.

Sous-section II : Les garanties procédurales

405. Division.-

A- Notion de garanties de procédure dans les procédures déjudiciarisées

406. Une exigence non expressément prévue. Plus que la solution, la procédure qui y conduit est importante. Elle évite l'arbitraire et à ce titre est une bonne garantie des droits. A ce propos, le célèbre juriste allemand RUDOLF VON JHERING écrivait à juste titre : « *ennemie jurée de l'arbitraire, la forme est la sœur jumelle de la liberté* »[969]. Cette nécessité a été traduite aussi bien en droit interne qu'en droit conventionnel par certaines exigences de procédure.

Ces exigences résultent en droit conventionnel de l'article 6 paragraphe 1 de la Conv. EDH et de l'article 7 de la ChADHP sur le droit à un procès équitable et spécialement du droit à une procédure équitable, et en droit interne[970], des principes directeurs du procès ainsi que d'autres dispositions éparses notamment sur les voies de recours, la motivation des décisions de justice, etc. Il s'agit : du principe du contradictoire, de l'égalité des armes, de la possibilité de récuser son juge liée aux exigences d'impartialité et d'indépendance du tribunal, de la motivation des décisions. Mais force est de constater que toutes ces garanties ne s'appliquent que devant une

[970] Aussi bien française que de la plupart des Etats parties au traité OHADA

instance ayant le pouvoir de trancher une contestation, ce qui n'est pas le cas des tiers substitués au juge[971].

407. Une exigence résultant de la jurisprudence du Conseil constitutionnel.- Les procédures conduites par un tiers substitué au juge doivent-elles s'affranchir des exigences de garantie de procédure ? A cette question, certains auteurs répondent par la négative sur la base d'un critère de rationalité à partir des exigences d'un procès équitable. Ainsi a-t-il été affirmé que : « *si l'article 6 & 1 de la Conv. EDH ne s'applique pas formellement, en tant que tel, aux modes de solutions extrajudiciaires des litiges, il n'en demeure pas moins que certaines exigences du procès équitable valent, rationnellement, pour les règlements amiables (...)* »[972]. Mais plus que ce critère de bon sens, il semble qu'une réponse négative s'impose davantage au regard de la jurisprudence du Conseil constitutionnel qui pose le principe général de l'exigence de procédure juste et équitable[973]. Cette décision peut être considérée en droit interne comme le fondement du droit aux garanties de procédure dans les procédures déjudiciarisées (1), droit dont le contenu sera précisé (2).

1- Fondement de l'exigence de garanties de procédure dans les procédures déjudiciarisées

408. Une exigence découverte dans une procédure déjudiciarisée.- C'est au sujet d'une procédure conduite par une autorité substituée au juge en l'occurrence la procédure de l'injonction pénale conduite par le Procureur de la République que le Conseil constitutionnel a posé pour la première fois l'exigence d'une procédure « juste et équitable, garantissant l'équilibre des droits des parties ».

La Haute juridiction avait été saisie par soixante sénateurs en vertu de l'article 61 alinéa 2 de la Constitution de la conformité à celle-ci de la loi relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative. Alors que les sénateurs n'avaient relevé aucun grief à l'encontre de ladite loi, le Conseil constitutionnel a relevé d'office la non-conformité à la loi fondamentale du mécanisme de « l'injonction pénale »[974] prévu par celle-ci.

---

[971] V. en sens contr. E. JEULAND, « Principes procéduraux, médiation et procédure participative », *Gaz. Pal*. 24 mai 2014, n° 144, p. 19, soutenant que l'exigence d'un procès équitable à vocation à s'appliquer aux MARCs menés dans le cadre d'une instance judiciaire

[973] L. CADIET, J. NORMAND et S. AMRANI-MEKKI, *Théorie générale du procès*, *op. cit*., n° 52, p. 223

[974] V. sur ce dispositif, J. PRADEL, Procédure pénale, éd. CUJAS, 16 éd. 2011, Paris, n° 257, p. 210 ; « d'une loi avortée à un projet nouveau sur l'injonction pénale », *D*., *1995, chron*. p. 171, not. pp. 172 et 173

En vertu de ce mécanisme, le Procureur de la République pouvait faire une injonction consistant dans l'exécution de certaines obligations, à une personne physique majeure contre laquelle les éléments d'une enquête sont de nature à motiver l'exercice de poursuites pour une ou plusieurs des infractions mentionnées à l'article 48-2. Bien que cette mesure avait (remarque directeur thèse) la vertu d'éteindre l'action publique et était (remarque directeur thèse) subordonnée au consentement du mis en cause, le Conseil constitutionnel avait estimé qu'elle était contraire aux droits de la défense qui impliquent « *l'existence d'une procédure juste et équitable garantissant l'équilibre des droits des parties* »[975].

Cette décision est intéressante dans la mesure où elle a été prise dans une espèce où, il n'était pas question de trancher une contestation. Il était plutôt question d'un règlement consensuel d'un différend. Les parties à ce règlement amiable[976] étant, d'une part le Ministère public et la personne soupçonnée d'une infraction, et d'autre part le même mis en cause et la partie civile[977]. La décision *injonction pénale* permet donc d'affirmer que, même pour les procédures n'ayant pas vocation à trancher une contestation[978], mais dont le but est de régler amiablement un différend, un certain nombre d'exigences procédurales doivent être observées. Il y va d'ailleurs de la réalisation de l'Etat de droit[979].

409. Une exigence applicable à toutes les procédures déjudiciarisées. - Étant donné que la procédure de l'injonction pénale présente les mêmes caractéristiques qu'une procédure de conciliation ou de médiation –l'élément déterminant étant le consentement- à cette différence près, qu'elle porte sur la matière pénale, il ne fait aucun doute que les mêmes exigences procédurales peuvent s'appliquer *mutatis mutandis* à ces dernières et de façon générale à toute procédures déjudiciarisées y compris celles conduites par un notaire ou un huissier de justice – ou le greffier en droit UEMOA- et conduisant à la délivrance d'un titre exécutoire.

---

[975] Décision n° 95-360 DC du 02 février 1995, loi relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative, in http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/acces-par-date/decisions-depuis-1959/1995/95-360-dc/decision-n-95-360-dc-du-02-fevrier-1995.10620.html

[976] Le règlement amiable avait pour objet, la caractérisation de l'infraction, le déclenchement ou non de l'action publique et l'exécution d'une peine

[977] Cette fois-ci le règlement amiable porte sur la réparation civile

[978] V. déjà sur l'application du principe des droits de la défense à toutes mesures individuelles revêtant une certaine gravité, Décision, n° 77-92 DC du 18 janv. 1978, contre-visite médicale ; et pour l'application du principe en matière non juridictionnelle notamment fiscale et administrative, L. FAVOREU et autres, op. cit., n° 379, p. 389

[979] V. sur ce point Id., n° 380, p. 389

410. Une exigence réaffirmée.- Du reste, cette exigence a été réaffirmée par le Conseil constitutionnel en 2002, cette fois-ci en matière civile à propos de la loi relative à la *modernisation sociale du 12 janvier 2002* à travers une réserve d'interprétation visant à faire respecter « *le caractère juste, équitable et contradictoire de la procédure* »[980]toujours sur le fondement des droits de la défense. C'est donc les droits de la défense qui constituent le fondement du droit à une procédure juste équitable et contradictoire. Par suite, le droit à une procédure juste, équitable et contradictoire dans les procédures déjudiciarisées est lui aussi, et par emprunt au principe fondamental des droits de la défense, un droit fondamental.

411. Une exigence présente en droit comparé américain.- Le droit à une garantie de procédure existe aussi en droit américain. Contrairement au droit français dans lequel la consécration de du droit à des garanties de procédure résulte d'une œuvre jurisprudentielle, ce droit tire plutôt son fondement en droit américain de la Constitution. C'est en effet, la clause du « *due process of law* »[981] contenue dans le Ve Amendement de la Constitution fédérale américaine qui prévoit que « *nul (…) ne sera privé de vie, de liberté ou de propriété sans due process of law* ».

Avant d'appliquer le droit à des garanties de procédure, tels qu'exigé par la Haute juridiction, il convient de s'interroger sur son contenu.

2- Le contenu des garanties de procédure dans les procédures déjudiciarisées

412. Deux catégories de garanties envisagées.- Les garanties procédurales attendues des procédures déjudiciarisées ont été regroupées en deux catégories à savoir celles inspirées du procès équitable d'une part et celles spécifiques au règlement amiable d'autre part. Dans la catégorie de celles inspirées du procès équitable, ont été regroupés le principe du contradictoire, l'égalité des armes et l'exigence d'impartialité et d'indépendance du tiers. Dans celles qu'appelle la nature même de « règlement amiable », sont classés le principe de confidentialité et celui du consentement[982].

---

980 Décision n° 2001-455 DC du 12 janvier 2002, Loi de modernisation sociale**,** in http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/acces-par-date/decisions-depuis-1959/2002/2001-455-dc/decision-n-2001-455-dc-du-12-janvier-2002.668.html

981 V. sur cette notion J. Pradel, « *Due process of law* », in D. ALLAND et S. RIALS (dir.), Dictionnaire de la culture juridique », PUF- Lamy, 1re éd., 2003, p. 556

982 L. CADIET, J. NORMAND et S. AMRANI-MEKKI, *Théorie générale du procès*, *op. cit*., n° 52 et s.

L'exclusion des principes spécifiques au règlement amiable. Il sied de faire observer que le principe de confidentialité ne saurait être retenu comme une garantie de procédure. En effet, la confidentialité n'a en tout et pour tout pour fonction que de favoriser un bon climat de négociation. Du reste, les auteurs soutenant cette thèse, ont relevé à juste titre qu' « *en dehors de sa fonction protectrice de certains secrets des affaires, la confidentialité a donc pour but de favoriser l'échange des informations et la sincérité des discussions* ». Dès lors, il paraît un peu exagéré d'attribuer une fonction de garantie de droits à un principe dont le rôle ne se résume en réalité qu'à la création des conditions d'une réussite des négociations, les principes propres à garantir des droits étant plutôt de l'ordre de ceux-là qui assurent, par leur application, une répartition juste et équitable des droits de chaque partie.

Quant au principe de consentement, son importance a été soulignée dans l'hypothèse de la conciliation judiciaire où « *le statut du juge pouvant faire craindre qu'il soit porté atteinte aux intérêts des parties* », c'est-à-dire la possibilité que cette mesure soit imposée aux parties. En tout état de cause, il convient de relever que le consentement n'intervient qu'à deux niveaux à savoir : au moment de la mise en œuvre du règlement amiable et à la signature de l'accord qui en est issu. Autant dire que ce principe ne concerne pas à proprement parlé le déroulement de la mesure, c'est-à-dire la procédure. Il ne saurait donc être perçu comme une garantie de procédure.

Tout au plus est-il permis d'insister sur la *Recommandation sur la médiation civile du Conseil de l'Europe* qui préconise qu'un délai de réflexion soit accordé aux parties avant que celles-ci n'acceptent les termes du règlement amiable. Mais là encore l'application effective du principe du contradictoire devrait permettre de pallier le risque d'une acceptation incontrôlée des termes de l'accord.

La prise en compte des seules garanties issues du procès équitable. En résumé, seuls les principes inspirés du procès équitable à savoir le principe du contradictoire et l'égalité des armes d'une part et l'impartialité et l'indépendance d'autre part méritent d'être retenues au titre des garanties de procédure. C'est d'ailleurs ce à quoi incline l'expression « *le caractère juste, équitable et contradictoire de la procédure* »[983] : le caractère juste correspondant à l'exigence d'impartialité et d'indépendance, car il ne serait pas juste vis-à-vis d'une partie de faire conduire

[983] *Loc. cit*., n° 862

une procédure par un tiers dont l'office serait frappé de partialité ou dépendance vis-à-vis d'une des parties ; celui équitable à l'exigence de l'égalité des armes.

Par suite, le degré d'exigence desdites garanties – imposé par la loi ou par la jurisprudence- dans les procédures déjudiciarisées sera examiné. Car de cela dépendra la pertinence du mécanisme d'attribution de la force exécutoire à un acte juridique privé à l'issue des procédures déjudiciarisées.

B- L'examen du degré d'exigence des garanties de procédure dans les procédures déjudiciarisées

413. Division.- Les degrés d'exigence légale du respect du principe du contradictoire et de l'égalité des armes (1) ainsi que de celui d'impartialité et d'indépendance seront successivement évalués (2). Il s'agira concrètement de vérifier l'exigence par la loi, de l'application de ces garanties dans les procédures déjudiciarisées.

1- Le principe du contradictoire et l'égalité des armes

a- L'applicabilité du principe aux procédures déjudiciarisées

414. La controverse doctrinale sur l'application du principe du contradictoire et de l'égalité des armes aux MARC.- La question de l'applicabilité ou non du principe du contradictoire aux MARC fait l'objet d'une controverse doctrinale. Celle-ci est animée par les trois thèses suivantes : la thèse de l'inapplicabilité, celle de l'applicabilité et enfin celle qu'il convient de qualifier de centriste.

La thèse de l'inapplicabilité s'appuie sur deux arguments principaux. Le premier consiste à dire que le principe du contradictoire est une règle applicable dans le seul cadre du procès et que dès lors que les MARCs ne peuvent être qualifiés de procédures, ce principe ne saurait y trouver application[984]. Le second argument, plus technique oppose à la rigidité qu'impliquerait l'application du principe du contradictoire, la nécessaire souplesse qu'appellerait une

[984] C. JORROSSON, « Le principe de la contradiction s'applique-t-il à la médiation ? » *RGDP* 1999, p. 764 sq., spéc. p. 765 et 766

médiation[985]. Cette idée a été traduite par un auteur dans la formule suivante : « *l'impératif pratique se heurte à l'impératif juridique* »[986].

Ces arguments ne sauraient emporter conviction. Ainsi, outre les contre-arguments qui lui sont déjà opposés à juste titre en doctrine[987], un autre contre-argument de taille se dresse devant cette thèse. Il s'agit tout simplement de l'exigence posée par le Conseil constitutionnel et rappelée ci-dessus[988] qui veut qu'une procédure, même déjudiciarisée se déroule dans le respect du principe du contradictoire. Ce qui de *facto* crédite la thèse de l'applicabilité[989].

Quant à la thèse centriste, elle renvoie dos à dos les deux premières, arguant de l'inopportunité du débat sur l'application ou non du principe du contradictoire. Pour les tenants de celle-ci, ces deux thèses ramènent en réalité à une même nécessité, celle d'une recherche de loyauté du processus. Pour ces auteurs centristes, c'est à cette seule nécessité qu'il faut s'en tenir. Ces derniers avancent la nature hybride –contractuelle et procédurale- des MARCs[990]en insistant sur le fait que la loyauté est une exigence aussi bien contractuelle que processuelle.

Pour ce qui concerne le contenu de cette exigence de loyauté dans les procédures déjudiciarisées, les centristes allèguent que : « *ce que l'on dit de la vertu de la loyauté à propos du procès juridictionnel peut être étendu aux procédures contractuelles qui caractérisent les règlements amiables : avant de s'exprimer dans la substance du jugement prononcé ou du contrat conclu, la justice doit s'imposer dans le déroulement des procédures qui y conduisent (…)* »[991]. Or la loyauté au sens processuel revient à l'exigence de l'application du principe du contradictoire et de l'égalité des armes[992]. D'ailleurs, comment pourrait-il en être autrement dans le déroulement d'une procédure de médiation ? En effet, la connaissance par le médiateur de l'étendue des droits des parties est un préalable indispensable à toute bonne négociation, car

---

[985] G. PLUYETTE, « Principes et applications récentes des décrets des 22 juillet et 13 décembre 1996 sur la conciliation et la médiation judiciaires », *Rev. arb*. 1997, p. 505 sq.
[986] X. LAGARDE, « Droit processuel et modes alternatifs de règlement des litiges », *Rev. arb*. 2001, p. 423 sq., n° 10
[987] Ces contre-arguments tiennent d'une part au fait que le droit lui-même est « l'art du contradictoire » et que partant, l'affirmation selon laquelle le principe du contradictoire ne trouverait application que dans le seul cadre du procès est inexacte, et d'autre part au caractère excessif de l'opposition de la rigidité qu'impliquerait l'application du principe du contradictoire à la souplesse nécessaire aux MARC V. L. CADIET, J. NORMAND et S. AMRANI-MEKKI, *Théorie générale du procès*, *op. cit*., n° 53, p. 223 et s.
[988] V. supra n° ….
[989] V. dans le même sens D. POLLET, « Principe de contradiction et médiation », *Gaz. Pal.* 2-3 juin 1999, p. 3 sq., M. OLIVIER, « La conciliation et la médiation judiciaires en matière civile, aspects anciens et actuels », *Gaz. Pal*. 1996, p. 2, p. 1264 sq.
[990] Il est plus exact de parler des procédures déjudiciarisées dans le cadre de la présente étude
[991] L. CADIET, J. NORMAND et S. AMRANI-MEKKI, *Théorie générale du procès*, *op. cit*., n° 53, p. 226
[992] V. en ce sens S. GUINCHARD (dir), *Examen d'entrée dans un CRFPA. Le grand oral. Protection des libertés et des droits fondamentaux*, éd. LEXTENSOEDITION 2013, Paris, n° 10.101 et s., p. 652 et s.

avant de demander raisonnablement à une partie de faire telle ou telle autre concession, il faudrait en bonne logique que le médiateur ait une claire conscience de droits de celle-ci, en ce compris, ceux qu'elle revendique et ceux qu'elle gagnerait en évitant un procès, etc. Ceci suppose que chaque partie engagée dans le règlement amiable puisse apporter au médiateur sa version des faits et surtout ait la possibilité de faire ses observations sur les prétentions et pièces de son contradicteur. D'où la nécessité d'appliquer le principe du contradictoire. Par suite, il est permis d'affirmer que la thèse centriste crédite plutôt celle de l'applicabilité avec laquelle elle ne présente en réalité guère de différence.

415. La représentation obligatoire par avocat comme condition d'effectivité du principe du contradictoire et de l'égalité des arme.- L'effectivité de la contradiction réside ici dans la capacité d'une partie à déterminer avec justesse ses droits et intérêts qu'elle dépose dans la balance des négociations, car si le règlement à l'amiable suppose l'apaisement dans le règlement d'un conflit, il n'a pas vocation à ôter aux parties la recherche -d'ailleurs légitime- du gain de la partie de médiation. Or, il est d'une vérité évidente que de dire qu'un tiers médiateur à un règlement amiable, fût-il impartial, est par définition inapte à défendre avec justesse les droits ainsi définis de chaque partie. De sorte que la clause de style figurant dans le règlement de médiation des centres de médiation précisant que le médiateur aide les parties à rechercher une solution négociée à leur différend dans « *la loyauté et le souci du respect des intérêts de chaque parties* »[993] reste un vœu pieu ; pas plus que les parties elles-mêmes ne sont aptes à bien déterminer et défendre ces droits. En effet, la technicité de plus en plus accrue du droit, sous l'effet du phénomène d'inflation législative actuelle, rend illusoire toute possibilité de voir les plaideurs défendre efficacement leurs droits sans l'aide d'un professionnel du droit, de préférence un avocat. Ce manque de technicité des justiciables qui rend illusoire toute possibilité de contradiction, est dépeint s'agissant des procédures devant la juridiction consulaire et sociale par le Président *Coulon* en ces termes : « *(…) les magistrats qui ont été entendus n'ont pas manqué de relever qu'en cette matière, le défaut de l'argumentation juridique nuisait tout particulièrement aux plaideurs, incapables de justifier par eux-mêmes du bien fondé de leurs prétentions* »[994].

C'est du reste le sens de la représentation obligatoire par avocat qui malheureusement a été limitée par le législateur aux procédures devant les juridictions de droit commun. Pour toute

[993] Article 7.1 du règlement de médiation du CPAM
[994] J. –M. COULON, *Rapport aux Garde des sceaux, Ministre de la justice*, La documentation française 1997, Paris, p. 38

justification, cette limitation a été expliquée par une prétendue simplicité des procédures devant les juridictions d'exception. Or, force est de constater que ces procédures recèlent à la vérité de nombreux pièges susceptibles d'échapper à un non-professionnel. Au surplus, il peut être opposé à l'argument de la simplicité de la procédure devant les juridictions d'exception, le fait que cette prétendue simplicité ne rend pas la mise en œuvre du droit substantiel devant les juridictions d'exception moins technique que celle-ci ne l'est devant les juridictions de droit commun. Par suite, la représentation obligatoire des parties mérite d'être généralisée, il y va de l'effectivité de la mise en œuvre du principe du contradictoire.

D'ailleurs, le Président *Coulon* avait clairement préconisé dans son rapport de 1997 adressé au Garde des sceaux, l'extension de la représentation obligatoire aux procédures devant la juridiction consulaire et sociale[995]. Et regrettant que cette préconisation du Président Coulon n'ait pas été suivie, un auteur défendant la thèse de la généralisation de la représentation obligatoire[996], souligne à juste titre qu'elle serait le « *moyen d'établir entre les parties, et entre ces parties et le juge, l'égalité des armes* ».

Cette dernière affirmation mérite d'être soutenue, car comment parler d'égalité des armes dans une procédure où une partie bénéficie de l'assistance d'un avocat tandis que l'autre en est dépourvue ? La représentation par avocat d'une partie à une procédure étant sans doute l'une des plus importantes de ses armes, il va de soi qu'il ne saurait y avoir d'égalité des armes entre deux parties dont l'une fait défendre ses intérêts par un avocat et l'autre, pas. N'est-ce pas là ce qui explique que la recommandation *n° R (2002) 10 sur la médiation civile*[997] du Conseil de l'Europe ait préconisé aux Etats d'envisager l'aide judiciaire pour la phase de la médiation ? Quoiqu'il en soit, il est évident que la représentation par un avocat permet de réaliser la

[995] *Id*. p. 37 et s.
[996] R. MARTIN, « Représentation en justice », L. CADIET (dir), *Dictionnaire de la justice*, *op. cit*., p. 1148-1149, précisant que : *« l'opinion éclairée préconise la généralisation de la représentation obligatoire par un professionnel »*
[997] V. recommandation R (2002) 10, III. 9, du 18 sept. 2002, sur la médiation civile, sur www. coe.int

contradiction en même temps qu'elle réalise l'égalité des armes[998]. C'est du reste la raison qui justifie que ces deux principes soient souvent présentés ensemble.

b- L'absence quasi-totale d'une exigence légale du respect du principe dans les procédures déjudiciarisées

416. Subdivision.- Hormis la procédure participative (b-1), le respect du principe du contradictoire et l'égalité des armes ne semble être exigé par le législateur ni dans la procédure transactionnelle (b-2) ni dans aucune des autres procédures déjudiciarisées (b-3).

b-1- La procédure participative respectueuse du principe du contradictoire et de l'égalité des armes

417. L'assistance obligatoire par avocat.- La loi n° 2010-1609 du 22 décembre 2010 relative à l'exécution des décisions de justice, aux conditions d'exercice de certaines professions réglementées prévoient que les parties assistées de leurs avocats peuvent conclure une convention de procédure participative[999] sur les droits dont elles ont la libre disposition[1000]**.** Le décret d'application de la loi n° 2010-1609, le décret n° 2012-66 du 22 janvier 2012 précise que les parties sont assistées durant la procédure de leur avocat[1001]**.**

Les formulations de ces textes permettent-ils d'affirmer que l'assistance des parties par avocat est une condition de validité de la convention et de régularité de la procédure ? Dit autrement, l'assistance par avocat est-elle une obligation pour les parties à une procédure participative ? Cette question mérite d'être posée dans la mesure où ces deux textes évoquent juste le droit pour une partie assistée par avocat de signer une convention de procédure participative. Ils ne posent pas clairement l'interdiction de conclure une convention de procédure participative sans l'assistance d'un avocat. Et pourtant, il est évident que l'intention

---

998 V. dans le même sens, J. de CESSEAU, « Les Juridictions du 21ème siècle - quelques observations sur le compte rendu de Madame GLON, membre du Bureau du CNB » in http://www.cna-avocats.fr/fr/cpg1-565594--Les-Juridictions-du-21eme-siecle---quelques-observations-sur-le-compte-rendu-de-Madame-GLON--membre-du-Bureau-du-CNB..html précisant en propos introductif **:** *« Il est particulièrement intéressant de noter que Madame GLON, comme d'ailleurs l'ensemble des sensibilités professionnelles, vise à obtenir la présence de l'avocat dans tous types de traitements de litiges, soit en précontentieux, soit dans le cadre des procédures de médiation ou des procédures collaboratives ou participatives* »

999 Article 2064 du code civil

1000 L'article 2064 al. 2 exclut du domaine de la convention de procédure participative les litiges individuels de travail, V. dans ce sens S. AMRANI-MEKKI, « La convention de procédure participative », *Dalloz* 2011, 3007 affirmant qu'a *contrario*, les litiges collectifs de travail et à ceux de la sécurité social pour autant que ceux-ci portent sur des droits disponibles devraient relever de la convention de procédure participative

1001 Article 1544 code de procédure civile

du législateur est de faire de l'assistance de l'avocat une condition de validité de la convention et de régularité de la procédure[1002]. Il suffit pour s'en convaincre de lire l'article 1545 al. 2 qui précise que : « *la communication des écritures et pièces entre les parties se fait par l'intermédiaire de leurs avocats (…)* », ce qui revient à imposer leur assistance aux parties.

D'ailleurs, l'art. 4 de la loi n° 71-1130 du 31 déc. 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques tel que modifié par l'art. 37, III, de la loi du 22 déc. 2010 consacre clairement au profit de l'avocat un monopole quant à l'assistance des parties. Il dispose que « *nul ne peut, s'il n'est avocat, assister une partie dans une procédure participative prévue par le code civil* »**.**

Par suite, il eût été plus pertinent que l'article 2064 du code civil eut été rédigé de façon à faire apparaître clairement cette condition d'assistance obligatoire. La formulation suivante aurait été plus juste : « toute personne, à condition d'être assistée de son avocat, peut conclure une convention de procédure participative sur les droits dont elle a la libre disposition, sous réserve des dispositions de l'article 2067. (…) ».

En tout état de cause, l'assistance des parties à une procédure participative permet une réelle contradiction en même temps qu'elle réalise la condition de l'égalité des armes.

Les indices du respect du principe du contradictoire.- Le principe du contradictoire est exigé à toute hauteur de la procédure participative. Lors de la signature de la convention participative, les parties sont assistées de leurs avocats[1003], durant la procédure un véritable échange des pièces et écritures est exigé[1004] à l'image de ce qui est exigé pour une instance judiciaire contentieuse. Aussi toute mission d'expertise doit se dérouler dans le respect du principe du contradictoire[1005]. Enfin, la signature de l'accord se déroule le cas échéant en présence des avocats des parties[1006].

Par suite, il est permis d'affirmer que le respect du principe du contradictoire et de l'égalité des armes est bien une exigence légale dans le déroulement de la procédure participative. Tel n'est pas le cas des autres procédures déjudiciarisées même si faut-il le reconnaître, l'absence de cette

[1002] V. en ce sens S. GUINCHARD (dir), *Examen d'entrée dans un CRFPA. Le grand oral. Protection des libertés et des droits fondamentaux, op. cit*., (2014-2015), n° 327.41 précisant : « *seul un avocat peut assister une partie dans la procédure participative et cela tout au long de la négociation. Toutes les formalités devraient être accomplies par les parties avec l'assistance de leur avocat (…)* » et n° 325.16 « *elle implique pour chaque partie l'assistance obligatoire d'un avocat* »
[1003] Article 2064 du code civil
[1004] Art. 1545 al. 2 du code de procédure civil
[1005] Art. 1549 al. 2 du code de procédure civil
[1006] Art. 1555 n° 3 du code de procédure civil

exigence semble être plus ou moins corrigée en ce qui concerne la transaction par l'exigence jurisprudentielle de concessions réciproques. Ceci impose que le respect ou non du principe du contradictoire dans la procédure transactionnelle fasse l'objet d'une étude distincte.

b-2 L'absence d'exigence du respect du principe du contradictoire dans la procédure transactionnelle

418. L'exigence du contradictoire, une exigence relative.- La contradiction dans la procédure de transaction s'analyse surtout dans l'aptitude d'une partie ne bénéficiant pas de l'assistance d'un avocat à trouver les arguments techniques pouvant lui permettre de mener les négociations au mieux de ses intérêts. Aussi, le problème du contradictoire va se poser toutes les fois que les parties décideront de confier à un expert des missions techniques en vue de les éclairer sur l'étendue du litige ou sur celle des droits de chacun. L'obligation pour le technicien de conduire ces expertises dans le stricte respect du contradictoire sera particulièrement nécessaire. Hormis ces hypothèses, la question du respect du principe du contradictoire ne se pose pas en tant que tel dans le cadre de la transaction du fait de l'absence de tiers et de la nature même de la transaction qui reste une négociation directe entre les parties.

419. L'exigence d'égalité des armes, une exigence non posée par la loi.- Contrairement à l'exigence du contradictoire, celle de l'égalité des armes se pose avec acuité, car de celle-ci dépendra la bonne défense des droits de chaque partie et plus précisément de l'envergure des concessions. Or il n'est nul doute que l'assistance de chaque partie par avocat, condition *sine qua non* de l'égalité des armes n'est pas une exigence légale dans une procédure de transaction.

420. Le correctif jurisprudentiel de l'exigence de concessions réciproques.- C'est sans doute tenant compte de ce constat que la jurisprudence a subordonné la qualification d'une convention de « transaction » à la condition de « concessions réciproques »[1007]. Ceci a pour conséquence de corriger a *postériori* autant que possible l'absence d'égalité des armes lors des négociations.

421. Un correctif insuffisant pour la défense des droits des parties.- Il faut bien le reconnaître, le correctif d'exigence de concessions réciproques ne peut valablement remplacer l'exigence *a priori* de l'égalité des armes. En effet, comme semble le reconnaître la jurisprudence elle-même, l'étendue des concessions peut être relative, c'est-à-dire qu'elle peut

[1007] Civ. 1re, 3 mai 2000: *Bull. civ. I, n° 130 ;* Com. 27 nov. 2012: *Bull. civ. IV, n° 213; D. 2012. 2900*

ne pas correspondre à l'idéal entendu dans le sens de ce qu'elle aurait dû être si les droits de chaque partie avaient été bien défendus, cette exigence de concessions réciproques n'ayant pour vocation que de limiter le désavantage éventuel des concessions au détriment d'une partie à un seuil raisonnable. D'ailleurs, on comprend bien pourquoi le législateur n'a pas cru devoir imposer l'obligation de concessions réciproques s'agissant de l'accord conclu par les parties suite à une procédure participative. La raison en est bien que dans le cadre de cette procédure, l'égalité des armes est bien assurée par l'exigence de l'assistance des parties par avocat.

C'est pourquoi il est permis de se demander s'il n'aurait pas mieux valu de supprimer la transaction au profit de la convention de procédure participative qui en définitive, reste une figure de droit collaboratif beaucoup plus élaborée que celle-ci ?

Quoiqu'il en soit, force est-il de reconnaître que le correctif de concessions réciproques, fût-il a *postériori*, fait de la transaction une figure de droit collaboratif plus protectrice des intérêts des parties que la conciliation. À ce propos il convient de reprouver la thèse consistant à assimiler la conciliation à une transaction[1008], la loi n'exigeant aucunement des parties à une conciliation des concessions réciproques. D'ailleurs, l'existence de concessions réciproques est une condition de qualification de l'accord transactionnel[1009], ce qui n'est pas le cas d'une conciliation. Certes il est souhaitable que les parties à une conciliation consentent des concessions réciproques. Mais le défaut de cette condition n'en fait pas moins de l'accord des parties un accord de conciliation auquel la loi attache en tant que tel, toutes les conséquences liées à cette qualification.

b-3- La non-exigence du respect principe du contradictoire dans les autres procédures déjudiciarisées

422. L'analyse des textes applicables.- La loi ne fait pas du respect du principe du contradictoire et de l'égalité des armes une exigence dans les procédures déjudiciarisées. Pour s'en rendre compte, il conviendra d'examiner les textes applicables à chaque type de procédures déjudiciarisées.

423. Le cas de la conciliation[1010]**.-** La conciliation peut être conduite soit par un juge soit sur son initiative par un conciliateur judiciaire entre des parties à une instance. Il s'agit de

[1008] CADIET et JEULAND, 8e éd., 2013, n° 423
[1009] V. dans le même sens, C. JARROSSON, « La concessions réciproques dans la transaction », *D.* 1997, chron. 267
[1010] La conciliation est régie en France par le décret n° 78-381 du 20 mars 1978 relatif aux conciliateurs de justice, modifié par les décrets n° 81-583 du 18 mai 1981 précisant que les fonctions de conciliateur ne sont pas

la conciliation judiciaire. Elle est régie par les articles 127 à 131 du code de procédure civile. Mais les parties peuvent aussi en dehors de toute instance saisir un conciliateur de justice pour parvenir à un règlement amiable de leur différend. Dans cette hypothèse, ce sont les articles 1530 à 1531 et 1536 à 1541 du code civil qui s'appliquent.

Une dernière hypothèse de conciliation conventionnelle est envisageable, celle d'une conciliation conventionnelle confiée cette fois-ci non à un conciliateur de justice mais à un organisme de conciliation[1011]. Ce type de conciliation n'est pas prévu par le code de procédure civile. Toutefois, il réunit tous les critères de la médiation tels que définis par l'article 21 de la loi n° 95-125 du 8 février 1995. Cet article dispose en effet que la médiation *« s'entend de tout processus structuré, quelle qu'en soit la dénomination par lequel deux ou plusieurs parties tentent de parvenir à un accord en vue de la résolution amiable de leurs différends, avec l'aide d'un tiers* ». Depuis, cette définition a quelque peu évolué.

Ainsi, l'ordonnance n° 2011-1540 du 16 novembre 2011 qui a transposé la directive européenne n° 2008/52/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 mai 2008 sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale[1012], a complété cette définition par le groupe de mots : « *le médiateur, choisi par elles ou désigné, avec leur accord, par le juge saisi du litige* ». Cependant, cette évolution n'a guère changé cette assimilation de la conciliation conventionnelle menée par un organisme de conciliation à la médiation, cet ajout n'ayant somme toute qu'une vertu de précision, car il a juste consisté à préciser les modes de désignation du tiers –conventionnel ou judiciaire-. D'ailleurs la volonté d'assimilation de la conciliation et de la médiation conventionnelles a été clairement affirmée par le décret n° 2012-66, 20 janv. 2012, relatif à la résolution amiable des différends. L'article 1530 du code de procédure civile issu de ce décret donne de la conciliation et de la médiation judiciaire la même définition. Par suite, il est permis d'affirmer que la conciliation menée par un organisme de conciliation n'est autre chose qu'une médiation conventionnelle et à ce titre est régie par les articles 153 à 1535

incompatibles avec celles de suppléant de juge d'instance, n° 93-254 du 25 février 1993 modifiant le décret n° 78-381 du 20 mars 1978 modifié relatif aux conciliateurs, n° 96-1091 du 13 décembre 1996 modifiant le décret n° 78-381 du 20 mars 1978 relatif aux conciliateurs, n° 2008-484 du 22 mai 2008 relatif à la procédure devant la Cour de cassation, n° 2010-1165 du 1re octobre 2010 relatif à la conciliation et à la procédure orale en matière civile, commerciale et sociale, et n° 2012-66 du 2 janvier 2012 relatif à la résolution amiable des différends.

[1012] Ord. n° 2011-1540 du 16 novembre 2011 qui a transposé la directive européenne n° 2008/52/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 mai 2008 sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale, JO 17 nov. p. 19286

du code de procédure civile sur la médiation conventionnelle, même si il faut bien le reconnaître cette assimilation est bien critiquable d'un point de vue théorique[1013]. ……

Aucun des articles évoqués comme régissant la conciliation judiciaire menées par un juge ou sur initiative de ce dernier par un conciliateur de justice ou la conciliation conventionnelle menée par ce dernier n'impose ni du juge ni du conciliateur d'observer le principe du contradictoire.

Quant à l'égalité des armes, aucune de ces dispositions n'imposent la représentation obligatoire des parties par leur avocat. De sorte que l'éventualité qu'une partie se fasse représentée par un avocat tandis que l'autre en soit dépourvue est tout à fait envisageable. Tout au plus est-il permis aux parties de se présenter accompagnées d'une personne majeure de leur choix[1014]. Ainsi donc l'assistance des parties n'est qu'une faculté laissée à leur libre appréciation. Qui plus est, cette assistance peut selon la lettre de l'article 1537 al. 2 se faire par un non-juriste ! Dans la mesure où l'assistance de ce dernier n'est pas de nature à permettre aux parties de bien défendre leurs droits, en tout cas d'être bien informées sur la nature et l'envergure des droits qu'elles concèdent dans le cadre de la conciliation, il est permis de s'interroger sur la pertinence de son assistance. Il faut dire que ce texte aurait gagné en pertinence et en cohérence s'il avait imposé *a minima* que l'accompagnateur soit un professionnel du droit. Encore que s'agissant d'une assistance par un professionnel du droit, seul l'avocat en a reçu la mission et le monopole. En tout état de cause, le respect du principe du contradictoire et de l'égalité des armes n'est pas exigé par la loi dans la procédure de conciliation judiciaire ou conventionnelle menée par un conciliateur de justice. La situation paraît un peu nuancée en ce qui concerne la médiation.

424. Le cas de la médiation.- Il s'agit ici de la conciliation conduite par les organismes de conciliation[1015] analysée comme une médiation, de la médiation judiciaire[1016] et enfin de la médiation conventionnelle[1017]. Dans aucune de ces hypothèses, la loi n'exige l'application du principe du contradictoire et de l'égalité des armes, ni ne prévoit un règlement de médiation. Dès lors se pose la question de savoir si, à défaut pour la loi de prévoir un règlement de médiation et d'exiger l'application du principe du contradictoire et de l'égalité des armes à la

[1013] V. Sur les enjeux de la distinction entre conciliation et médiation S. GUINCHARD (dir.), *Droit et pratique de la procédure civile, droit interne et de l'Union européenne*, éd. Dalloz, 8e éd. 2014, Paris, n° 325.12
[1014] Article 1537 al. 2

[1016] Art. 131-1 à 131-15 du code de procédure civile
[1017] Art. 1530 et 1532 à 1535 code de procédure civile

procédure de médiation, le médiateur personne physique ou morale observe un règlement et si celui-ci prévoit l'application dudit principe ?

Il est à noter que dans la pratique, l'exercice du métier de médiateur professionnel indépendant est plutôt rare même si les articles 131-1 et 1532 du code de procédure civile laissent envisager cette éventualité. Les procédures de médiation sont plutôt conduites par des médiateurs inscrits sur la liste des médiateurs d'un centre de médiation. Ceux-ci disposent en général d'un règlement de médiation qui prévoit que la désignation du centre emporte le choix par les parties de son application. Aussi, s'agissant de conditions d'exécution de la mission du médiateur, les règlements de médiation imposent souvent à ce dernier deux obligations principales dont il convient de se demander si elles suffisent à réaliser pour la première l'exigence du principe du contradictoire et pour la seconde l'égalité des armes ? Le règlement fait obligation à ce dernier de :

- faire preuve dans l'exercice de sa mission de « *loyauté* » et d'un « *souci de respect des intérêts de chacune des parties* »[1018] ;
- d'assurer entre celles-ci « *un équilibre de traitement* »[1019].

La première exigence, à moins d'interpréter l'exigence de loyauté dans le sens ci-dessus exposé, est impropre à réaliser le principe du contradictoire pour toutes les raisons ci-dessus évoquées. Quant à la seconde exigence, elle ne permet de réaliser qu'imparfaitement l'égalité des armes, car même si le médiateur s'oblige à faire prévaloir une certaine égalité de traitement entre les parties, celle-ci serait irréalisable dans l'hypothèse où l'une des deux parties bénéficierait de l'assistance d'un avocat et l'autre pas. Et puisque ni la loi ni le règlement de médiation n'impose la représentation obligatoire par avocat, le médiateur non plus ne peut l'imposer, puisque tirant son pouvoir de ces textes.

Par suite, même si les règlements de médiation pallient l'absence de règles légales applicables à une procédure de médiation et prévoient un certains nombres de règles visant à assurer un traitement équitable des parties et une sauvegarde de leurs intérêts, force est de noter que celles-ci sont loin de réaliser l'application du principe du contradictoire et de l'égalité des armes.

425. La procédure conduite par les officiers civils et ministériels.-

[1018] Art. 7.1 du règlement de médiation CPAM
[1019] *Id.*

La procédure conduite par un notaire. **Réservé ……**

La procédure conduite par l'huissier de justice. La procédure à l'issue de laquelle l'huissier de justice -le greffier en droit U.E.M.O.A-, délivre un titre exécutoire au porteur du chèque revenu impayé ne fait aucune place au principe du contradictoire. L'inobservation d'un principe aussi important pour le respect des droits de la défense semble a *priori* se justifier par la logique du droit cambiaire laquelle logique s'explique elle-même par les exigences de rapidité et de sécurité propres au droit commercial. En effet, dans le but de garantir une certaine fluidité des échanges commerciaux, le droit d'escompter et de négocier les effets de commerce a été consacré. Pour en arriver là, il a fallu créer de toutes pièces un régime propre aux effets de commerce, construit faut-il le souligner, autour de la lettre de change. Cette construction a pour point de départ la théorie allemande dite du « *Wertpapier* »[1020]. Selon celle-ci, la lettre de change fait naître au profit du bénéficiaire, un engagement du tireur de faire payer une certaine somme par le tiré et à défaut, de le payer lui-même. Cet engagement est considéré comme abstrait et indépendant du rapport fondamental. Il est dit non causé[1021]. Autrement dit, la créance est considérée comme étant incorporée au titre. Dès lors, son porteur ne peut souffrir d'aucune exception liée au rapport fondamental : c'est l'inopposabilité des exceptions. Par conséquent, dès sa remise, la lettre de change opère instantanément un transfert « *irrévocable* » de la provision au profit du porteur de la lettre de change. Ce régime a été étendu au chèque.

Fort de ce rigorisme du droit cambiaire, et notamment de la règle dite de l'inopposabilité des exceptions, le législateur a cru devoir rendre exécutoire l'obligation constatée par le rapport cambiaire, considérant sans doute que puisqu'aucune exception n'était recevable, l'éventualité d'une contradiction serait d'une parfaite inutilité. Sauf que la règle de l'inopposabilité des exceptions n'est pas absolue. Et pour cause, la théorie allemande fondée sur le caractère totalement indépendant du rapport cambiaire vis-à-vis du rapport fondamental n'est pas appliquée telle qu'elle par le droit français. Celui-ci opère un compromis entre la règle de l'abstraction du rapport cambiaire et celle du respect de la volonté. Ce compromis est résumé par un auteur dans les termes suivants : « *notre droit cambiaire, pour des raisons de compromis entre une école allemande partisane de l'abstraction et un droit français imbu du respect de la volonté , n'a jamais été pur ; il constitue un assemblage ambigu. Il arrive que des éléments des rapports contractuels sous-jacents surgissent dans les rapports cambiaires* »[1022]. De fait, loin

[1020] V. Sur cette évolution législative R. Bonhomme, *Instruments de crédit et de paiement*, éd. LGDJ, 10e éd. 2013, n° 96

[1022] V. D. GUEVEL, « l'atomisation du droit cambiaire » in *Mélange* Ph. Simler, n° 46

de cette indépendance complète entre ces deux rapports, force est de relever une certaine interaction entre ceux-ci. De sorte que certaines exceptions propres au rapport fondamental viennent à être déclarées opposables au porteur du chèque.

C'est ainsi que la nullité d'un chèque émis par une personne protégée en dehors de toute mesure de protection, et prononcée pour incapacité par application de l'article 489 du code civil a été déclarée opposable au porteur de bonne foi[1023]. Idem pour le chèque de casino émis au profit d'un établissement de jeu pour permettre au joueur de continuer à jouer[1024] ou des effets de complaisance[1025]. La règle est un peu plus nuancée en cas d'absence ou d'illicéité de la cause du rapport fondamental. La nullité qui en résulte n'est opposable qu'au porteur de mauvaise foi[1026].

Quoiqu'il en soit, ces exceptions à la règle de l'inopposabilité des exceptions, c'est-à-dire l'éventualité que le tireur pourrait justifier de moyens de droit recevables à l'encontre du porteur, rend injustifiable d'un point de vue juridique l'absence du droit pour lui de pouvoir les soumettre à un juge avant la délivrance à son encontre d'un titre exécutoire. C'est du reste en abondant dans ce même sens qu'un auteur, après avoir évoqué le fait qu'en pratique la procédure d'établissement de titres exécutoires par un huissier de justice en cas de non-paiement d'un chèque « *soit très peu utilisée* » affirme que : « *ce titre n'est pas émis contradictoirement, et c'est peut-être une des raisons pour lesquelles les huissiers de justice éprouvent une certaine réticence à y recourir* »[1027]. C'est cette même préoccupation que semblent exprimer certains éminents auteurs quand ils affirment que ce « titre exécutoire est délivré à la suite d'une procédure expéditive (…) »[1028].

Quoiqu'il en soit, force est de constater qu'il est impossible de dégager des textes régissant les procédures déjudiciarisées un régime uniforme s'agissant de l'exigence d'application du principe du principe du contradictoire et de l'égalité des armes. Ainsi, tandis que le respect de ces principes est clairement une exigence pour certaines procédures, d'autres semblent quasiment exemptées de cette exigence, les textes n'y faisant aucunement allusion.

[1023] Idem ; Dijon, 31 mars 1998, D. aff. 1998, 1745 ; article L. 511-5 et L. 512-3 C. com.
[1024] civ. 1re 31 janv. 1984, Bull. n° 41 ; D. 1985. 40, note Diener ; RTD com. 1984. 493, obs. Cabrillac et Teyssié ; Civ. 1re, 20 juill. 1988, Bull. n° 275 ; D. 1989, Somm. 88, obs. Cabrillac
[1025] Idem ; R. Bonhomme, op. cit., n° 131 et s.
[1026] Com. 7 janv. 1997, bull n° 3
[1027] Commentaire sous article L. 111-3 du code des procédures civiles d'exécution, in CPCE, éd. Dalloz 2015,
[1028] R. PERROT et Ph. THERY, Procédures civiles d'exécution, *op. cit*., n° 154, p. 166-167

2- Le principe d'impartialité et d'indépendance

426. Réservé.

Conclusion chapitre premier :

La procédure d'établissement des actes juridiques privés exécutoires ne fait pas une place aux garanties de procédures. Plus concrètement elle n'est pas respectueuse du droit à une procédure équitable tel que reconnu par le Conseil constitutionnel, une sorte de due process of law. Mais encore plus grave, les conditions de mise en œuvre de cette catégorie de titres exécutoires constituent une entorse au droit d'accès au juge de la personne à la charge de laquelle le titre consacre des obligations, car conduisant finalement à une ineffectivité de ce droit. Par ailleurs, il est un autre un droit procédural, certes non souvent évoqué en doctrine, mais dont la reconnaissance se laisse appréhendée au travers d'une interprétation fine de la loi et de la jurisprudence, sur lequel la procédure de mise en œuvre des actes juridiques privés exécutoires laisse planer des risques de violation. Il s'agit du droit au principe du contradictoire. Tous ces risques de violation de droits fondamentaux procéduraux constituent en réalité des terrains favorables à des potentiels risques de violation d'autres droits fondamentaux, cette fois-ci substantiels.

CHAPITRE II :

La potentielle violation de droits fondamentaux substantiels

427. Notion de droits substantiels fondamentaux.- Il s'agit de droits liés au fond du droit par opposition aux droits liés à la procédure et reconnus comme droits fondamentaux aussi bien par le Conseil constitutionnel français que par les instruments internationaux de protection des droits de l'homme.

428. Une potentielle atteinte aux droits substantiels trouvant sa cause dans le non-respect des droits fondamentaux procéduraux.- Une violation de droits fondamentaux procéduraux entrainerait inévitablement, sinon certainement la violation de droits fondamentaux substantiels, ces deux droits pouvant être considérés comme étant des pièces d'un même puzzle. Dans le cas des actes juridiques privés exécutoires, le non-respect des garanties procédurales caractérisant les conditions d'établissement et de mise en œuvre de ces titres est de nature à rendre illégitime toutes mesures auxquelles ces derniers servent de fondements. Dès lors, l'appréhension de tout bien ou toutes données appartenant au « débiteur désigné » sur la base dudit titre s'analyserait nécessairement en une violation du droit fondamental de ce dernier lié au bien ou aux données concernées. Sont susceptibles d'être violés, les droits fondamentaux substantiels patrimoniaux (Section I) ainsi que les droits fondamentaux substantiels extrapatrimoniaux (Section II) du « débiteur désigné » dans un acte juridique privé exécutoire.

Section I : Les droits fondamentaux patrimoniaux

429. Division.- Une saisie quelle qu'elle soit porte atteinte au patrimoine du saisi. Toute la question reste alors de savoir si une telle atteinte est légitime ou non. Elle pourrait de prime abord paraître légitime dès lors que la saisie est fondée sur un titre exécutoire. Mais cette apparence de légitimité, s'agissant des actes juridiques privés exécutoires, semble s'effriter en raison des nombreuses insuffisances qu'accusent ces titres. Cet effritement se révèle notamment par une mise en rapport des règles posées dans le cadre de la protection constitutionnelle et internationale de la propriété (Sous-section I) avec lesdites insuffisances des actes privés exécutoires, ce dont il résulte un constat de la violation du droit de propriété du « débiteur désigné » dans ces titres (Sous-section II).

Sous-section I : La protection constitutionnelle et internationale de la propriété

430. Division.- La propriété fait l'objet d'une protection aussi bien constitutionnelle qu'internationale au titre d'un droit fondamental. Mais puisque le patrimoine d'un individu est composé d'éléments de nature distincts, la question se pose de savoir si ceux-ci sont tous appropriables et donc protégés au titre de droit fondamental. D'abord il est communément admis qu'un patrimoine se compose de trois éléments distincts à savoir : les biens, les droits personnels, donc les créances et enfin les droits réels. Le caractère appropriable des biens (A) ne fait l'objet d'aucune controverse, sans doute parce que ceux-ci sont des droits déjà réalisés puisque ne dépendant plus d'aucune autres circonstances extérieures à leur titulaire. Les deux autres composantes du patrimoine en ce qui les concerne, ne sont que des droits dont les réalisations dépendent des circonstances extérieures à leur titulaire. Ceci a sans doute été à l'origine d'une controverse doctrinale et quelques hésitations jurisprudentielles sur leur caractère appropriable ou non (B).

A- La propriété des biens patrimoniaux non discutée

Seront successivement abordée la protection en droit français (1) et celle du droit OHADA (2).

1- La protection en droit français

L'exposé du régime de protection en droit interne (a) précèdera celui du droit européen (b).

a- En droit interne

431. Division.- En droit interne français, le droit de propriété bénéficie d'une protection aussi bien constitutionnelle que judiciaire (a-1) de laquelle il résulte que sa limitation est strictement encadrée (a-2).

a-1) La double reconnaissance du caractère fondamental du droit de propriété

432. La reconnaissance par le Conseil constitutionnel.- Le caractère fondamental du droit de propriété a d'abord été affirmé par le Conseil constitutionnel. La reconnaissance du caractère fondamental du droit de propriété par le Conseil constitutionnel est intervenue dans un contexte de controverse entre deux conceptions extrêmes de la nature du droit de propriété. Il y avait d'un côté les partisans de la conception individualiste qui soutenaient le caractère fondamental de ce droit. De l'autre, les partisans de la conception sociale, au contraire déniait

au droit de propriété tout caractère fondamental. Pour ces derniers, la propriété privée doit dans certaines conditions céder devant la propriété collective[1029]. C'est dans ce climat que, saisi sur le fondement de l'article 61 alinéa 2 de la Constitution en contrôle de constitutionnalité d'une loi ayant prévu des nationalisations, le Conseil a rendu une décision qui marqua un tournant dans le statut du droit de propriété.

Aux termes d'une longue motivation, le Conseil constitutionnel affirma sur les visas des articles 2 et 17 de la DUDHC le caractère fondamental du droit de propriété. Il jugea notamment que « *les principes mêmes énoncés par la Déclaration des droits de ont pleine valeur constitutionnelle tant en ce qui concerne le caractère fondamental du droit de propriété (...) qu'en ce qui concerne les garanties données aux titulaires de ce droit* »[1030]. Le Professeur Sudre disait à propos cette décision du Conseil Constitutionnel du 16 janvier 1982 dans *l'affaire des nationalisations*, que celle-ci a « *fermement consacré la valeur constitutionnelle du droit de propriété* »[1031].

Il importe toutefois de souligner que le Conseil n'a pas entendu conférer une valeur absolue à cette reconnaissance dans la mesure où il admet que le droit de propriété supporte les « *limitations exigées par l'intérêt général* »[1032]. Ceci a fait dire à certains auteurs à juste titre que le Conseil a plutôt adopté une position intermédiaire entre les deux extrêmes ci-dessus exposées avec toutefois une légère inclinaison vers la position individualiste[1033]. Aussi, alors que l'analyse de la jurisprudence ultérieure du Conseil a fait dire à un auteur que celui-ci n'accordait désormais qu'une protection modeste au droit de propriété[1034], le Conseil a, par une décision du 28 juillet 1998[1035], marqué un renforcement de la protection constitutionnelle du droit de propriété.

Cette logique de protection constitutionnelle du droit de propriété a été récemment confirmée par le Conseil constitutionnel dans une affaire où celui-ci devait répondre à la question de savoir

---

[1029] V. sur cette controverse,. sous Cons. const. 16 janv. 1982, in GAJC, 12e éd., n° 2, p. 20, n° 6

[1030] Cons. const. 16 janv. 1982: *GAJC, 12e éd., no 2; D. 1983. 169, note L. Hamon; Gaz. Pal. 1982. 1. 67, note Dupichot et Piedelièvre ; JCP 1982. II. 19788, note Nguyen Quoc Vinh et C. Franck;*

[1031] F. SUDRE, « la protection du droit de propriété par la Cour européenne des droits de l'homme », *D.* 1988, chron. 71 ; V. dans le même sens F. ZENATI, « Du droit de disposer et des privatisations », *RTD civ*. 1990, p. 519 précisant que le « *le droit de propriété est une prérogative constitutionnelle depuis la décision rendue par le Conseil constitutionnel dans l'affaire des nationalisations* ».

[1032] Id.

[1033] obs. sous Cons. const. 16 janv. 1982, op. cit., p. 20, n° 7

[1034] N. MOLFESSIS, Le Conseil constitutionnel et le droit privé, thèse Paris II, éd. 1997, n° 64 et s.

[1035] Cons. const. n° 98-403 DC du 29 juillet 1998, Loi d'orientation relative à la lutte contre les exclusions ; V. dans le sens, obs. sous Cons. const. 16 janv. 1982, op. cit., p. 21, n° 7

si la définition du droit de propriété prévue à l'article 544 du code civil, présentant celui-ci comme un droit absolu de jouir et de disposer des choses, était compatible avec d'autres droits par ailleurs reconnus comme droits fondamentaux. Il s'agit du principe de sauvegarde de la dignité humaine[1036], du droit de mener une vie familiale normale[1037] et du droit au logement[1038]. Les espèces ayant donné lieu au renvoi par la Cour de cassation de cette QPC au Conseil constitutionnel concernaient une action en référé visant l'expulsion d'occupants illégaux de propriété d'autrui, en l'occurrence des communes[1039]. Le Conseil refuse de limiter les prérogatives du propriétaire fussent-elles fondées sur l'état de nécessité des occupants. Elle juge en effet que, le droit de propriété ne méconnaît par lui-même aucun droit ou liberté garanti par la Constitution ; que si le droit au logement est un objectif à valeur constitutionnelle, ce n'est pas au propriétaire d'en supporter la charge mais au législateur de le mettre en œuvre[1040].

C'est cette même ligne de protection du droit de propriété qui a été adoptée par la Cour de cassation.

433. La reconnaissance par la Cour de cassation.- La Cour de cassation n'est pas quant à elle restée en marge de ce mouvement d'affirmation de la valeur fondamentale du droit de propriété. Elle a en effet jugé dans un arrêt de principe[1041] rendu au visa de l'article 544 du code civil que le « *droit de propriété est un droit fondamental, de valeur constitutionnelle* »[1042]. Depuis lors l'expression de « droit fondamental » pour désigner le droit de propriété a été souvent répétée par les tribunaux[1043].

a-2) La protection du droit de propriété induite de son caractère fondamental

La reconnaissance du caractère fondamental du droit de propriété s'est traduite concrètement par sa protection contre toutes sortes de velléités susceptibles de lui porter atteinte, que celles-

[1036] Cons. const., 19 janv. 1995, *D*. 1997. 137, obs. Gaïa , AJDA 1995. 455, note Jorion ;
[1037] Cons. const., 9 nov. 2006, *D*. 2007. 1166, obs. Bernaud, Gay et Severino
[1038] Art. 1er de la loi n° 89-462 du 6 juillet 1989
[1039] A noter que le Conseil a jugé qu'outre les personnes privées, celles publiques pouvaient aussi prétendre au respect de leur droit de propriété. V ; en ce sens Cons. const., n° 94-346 DC, 21 juillet 1994, Rec., pp. 96 et s. ; J. P., AMADEI, « Vers la constitutionnalisation du domaine public », *LPA*, 9 août 1995, n° 95, pp. 19 et s. ; M. J. AGLAE, « La loi du 25 juillet 1994 complétant le Code du domaine de l'Etat et relative à la constitution de droits réels sur le domaine public », *Les petites affiches*, 28 décembre 1994, n° 155, pp. 4 et s.
[1040] V. en ce sens N. Le RUDULIER, « La définition du droit de propriété est constitutionnelle », *AJDI* 2011, 885
[1041] V. sur cette qualification, *Zenati,* obs. sous Civ. 1re, 4 janv. 1995, *RTD civ. 1996. 932*
[1042] Civ. 1re, 4 janv. 1995: *Bull. civ. I, no 4; JCP 1996. I.3921, no 1, obs. Périnet-Marquet ; D. 1995. Somm. 328, obs. Grimaldi;*
[1043] V. en ce sens Ph. MALAURIE & L. AYNES, Les biens , éd. DEFRENOIS 2013, 5e éd., n° 411 ; 3°, p. 116 citant not. Cass. civ. 1re, 28 nov. 2006, Bull. civ. I, n° 529 ; JCP G 2007. I. 117, n° 7, obs. H. Périnet-Marquet

ci proviennent de l'administration (a-2-1), des particuliers (a-2-2) ou même du législateur (a-2-3).

a-2-1) La protection de la propriété contre l'administration

434. La protection instaurée par le Constituant.- C'est d'abord le constituant qui le premier a jugé utile de protéger la propriété contre l'administration en sortant sans équivoque cette dernière du champ des matières pouvant faire l'objet d'actes réglementaires. Ainsi ressort-il de l'article 34 de la Constitution de 1958 dans sa rédaction issue de la *loi constitutionnelle n° 2008-724 du 23 juillet 2008* que la loi fixe les règles concernant les nationalisations d'entreprise. Selon le même article dans sa rédaction issue de la *loi constitutionnelle n° 2005-205 du 1re mars 2005*, les principes fondamentaux du régime de la propriété, des droits réels et des obligations civiles et commerciales sont déterminés par la loi. Mais cette interdiction constitutionnelle de disposer par voie réglementaire sur la propriété ne met pas pour autant celle-ci à l'abri d'atteintes provenant de l'administration, celles-ci pouvant avoir leurs causes dans des actes administratifs. C'est dans le but d'endiguer ce risque que la jurisprudence s'est évertuée à construire au fil des années un rempart constitué de corps de règles destiné à protéger la propriété immobilière contre les initiatives de l'administration susceptibles de lui porter atteinte.

435. La protection élaborée par la jurisprudence.- Elle s'est construite autour de la théorie de la voie de fait administrative et de celle de l'emprise irrégulière.

***La théorie de la voie de fait administrative*.** Cette théorie consiste à qualifier les actes administratifs « *manifestement insusceptibles de se rattacher à un pouvoir de l'administration* »[1044] et qui cause à la liberté individuelle mais surtout pour ce qui concerne la propriété privée une atteinte grave à celle-ci, de voie de fait[1045]. Toutefois, il est à préciser que sur la nature de l'atteinte constitutive de la voie de fait, le Tribunal des conflits a dans une récente décision réduit considérablement le champ des atteintes constitutives d'une voie de fait administrative. Cette haute instance a en effet jugé que seuls les actes administratifs emportant une extinction du droit de propriété seraient qualifiables de voie de fait[1046]. L'intérêt de cette qualification réside dans le fait qu'un acte à l'origine d'une voie de fait est considéré comme dénaturé c'est-à-dire ayant perdu sa nature d'acte administratif et relevant de ce fait de

[1044] T confl., 4 juill. 1991, JCP G 1991. IV. 392 et plus récemment T confl. 15 déc. 2008 : Bull. civ. n° 32
[1045] T. confl. 19 nov. 2001, *Mlle Mohamed*
[1046] T confl. 17 juin 2013, *M. B. c/ Sté ERDF Annecy*

l'appréciation des tribunaux de l'ordre judiciaire[1047] considéré comme « *les gardiens naturels de la propriété privée* »[1048]. Ces derniers sont alors fondés par dérogation au principe de la séparation des pouvoirs, à faire des injonctions à l'administration outre leur aptitude à connaître des demandes de réparation des préjudices occasionnés par la voie de fait[1049]. C'est en cela que réside l'originalité du mécanisme de la voie de fait administrative : reconnaître au juge judiciaire l'aptitude à faire des injonctions à l'administration. Et c'est sur ce point que la redéfinition de la voie de fait administrative par le Tribunal des conflits peut être considérée comme une régression dans la protection de la propriété privé contre l'administration. Pour autant, le propriétaire victime des atteintes que cette décision sort du champ de la voie de fait ne reste pas sans moyens, car celles-ci tombent de facto dans la qualification d'emprises irrégulières réparables par le juge administratif.

La théorie de l'emprise irrégulière. L'emprise en elle-même consiste en une mainmise de l'administration sur une propriété privée immobilière entraînant la dépossession temporaire ou définitive du propriétaire. Elle doit résulter soit d'une autorisation légale soit d'un accord entre l'administration et le propriétaire concerné. De sorte qu'une emprise intervenue sans que l'une quelconque de ces deux conditions ne soit remplie est qualifiée d'irrégulière. L'intérêt de cette qualification est qu'elle assure au propriétaire victime une protection du juge administratif, ce dernier étant compétent pour prononcer l'annulation de l'acte irrégulier et pour faire une injonction à l'administration afin que cesse l'emprise irrégulière.

Aussi, la redéfinition par le Tribunal du conflit de la voie de fait a conduit à un élargissement de la compétence du juge administratif qui dispose dorénavant de la compétence de statuer sur les actes portant une grave atteinte à la propriété mais n'entrainant pas son extinction……

a-2-2) <u>La protection de la propriété contre les particuliers</u>

436. La sanction de l'empiètement.- L'empiètement consiste dans le fait d'ériger une construction sur un immeuble appartenant à autrui. Sa sanction est emblématique de la protection de la propriété privée immobilière contre ce qu'il convient d'appeler l'expropriation immobilière. En effet, la jurisprudence se montre intransigeante dans les réponses qu'elle

[1047] Civ. 1re, 15 janv. 1975 : D. 1975. 671, note Drago
[1048] V. sur cette expression Ph BRETTON, *L'autorité judiciaire gardienne des libertés essentielles de la propriété privée, th. Poitiers*, LGDJ, 1964, préf. Ph. Ardant
[1049] Civ. 1re, 15 janv. 1975, précit.

apporte à la question du sort qui doit être réservé à l'empiètement[1050]. En effet, la démolition de l'empiètement est de droit même contre un constructeur de bonne foi[1051] sans qu'il ne soit tenu compte, ni de son importance[1052] ni des désagréments qu'elle est susceptible de causer au constructeur[1053]. Aussi, le propriétaire n'a pas à rapporter la preuve de l'utilité de la remise en état, pas plus que son action en suppression ne peut souffrir de la prescription extinctive.

Cette volonté jurisprudentielle de protéger la propriété privé contre les expropriations privées va plus loin, puisqu'il a été jugé que le fait pour le propriétaire d'avoir autorisé les travaux ou qu'il ait gardé le silence durant leur exécution, ne constitue pas la preuve de la volonté de ce dernier d'aliéner son immeuble[1054], celle-ci devant résulter du constat de la conscience de ce dernier qu'un empiètement serait réalisé sur son terrain[1055], encore que même en cas d'autorisation à l'empiètement, le propriétaire peut demander à récupérer l'intégralité de son terrain[1056]. Enfin la volonté de la jurisprudence de protéger la propriété privée immobilière contre les expropriations privées l'a conduit à juger qu'une demande en suppression d'un empiètement ne peut être jugée d'abusive[1057]. Cette solution n'a pas toujours été bien reçue en doctrine[1058]. Quoiqu'il en soit, elle a au moins le mérite de traduire le plus clairement possible la volonté constante et renouvelée de la jurisprudence d'assurer à la propriété privée immobilière une protection quasi absolue contre toutes velléités

437. L'incrimination des atteintes contre les biens.- La protection de la propriété privée contre les « atteintes privés » est aussi assurée par le droit pénal. Le législateur a utilisé la voie de ce droit contraignant, à très forte connotation coercitive et le plus dissuasif de toutes les branches du droit puisque répressif, pour assurer une protection optimale de la propriété privée en incriminant les atteintes aux biens. Ces incriminations sont prévues au livre III du

---

[1050] Le mot « empiètement » est entendu ici comme la « *partie de l'immeuble érigé sur le terrain d'autrui* » V. dans ce sens B. BELLOIR-CAUX, *Dictionnaire de droit des biens*, éd. ELLIPSES, Paris 2013, p. 190

[1051] Civ. 3e, 12 juillet 1979, *Bull. civ*. III, n° 313

[1052] Jurisprudence constante V. Civ. 3e, 20 mars 2002, Bull. civ. III, n° 71 ; *D*. 2002, p. 2075, note CARON ; *somm*. p. 2057, obs. MALLET-BRICOUT ; *JCP N* 2002, 1648, note PLANQUE ; *RTD civ*. 2002, p. 333, obs. REVET qui a ordonné une démolition pour un empiètement minime de 5 mm

[1053] Civ. 3e, 4 mai 1994, inédit notamment pour le cas où le montant des frais engendrés par la démolition serait supérieur à la valeur vénale de la parcelle et Civ. 3e, 5 juin 1991, inédit pour les risques engendrés par la suppression d'une coulée de béton à la base d'un mur de soutènement

[1054] Civ. 3e, 18 févr. 1998, *Bull*. n° 43 ; *JCP* 1999, I, 120, n° 2, obs. PERINET-MERQUET ; *Defrénois* 1998, 36828, obs. ATIAS

[1055] Civ. 30 mai 1996, inédit

[1056] Poitier, 19 février 1992, inédit

[1057] Civ. 3e, 7 juin 1990, Bull. civ. III. n°140, Defrénois 1991, 34987, note AUBERT

[1058] Tandis que certains auteurs y apportent leur caution, d'autres au contraire la reprouvent, la jugeant antiéconomique et estimant qu'elle heurte l'équité dans le cas d'un empiètement minime V. sur le compte rendu de cette controverse, B. BELLOIR-CAUX, *Dictionnaire de droit des biens*, *op. cit*., p. 193

code pénal intitulé « *des crimes et délits contre les biens* ». Elles protègent surtout les biens meubles. Tel est le cas des délits de vols, d'escroquerie, d'abus de confiance, de recel, etc. Mais le droit pénal protège aussi les biens immobiliers à travers l'incrimination de « *destruction, de dégradation ou de détérioration d'un bien appartenant à autrui* », incrimination dont la chambre criminelle a précisé dans arrêt daté du 5 septembre 2001 qu'elle « *s'applique à toute personne qui détruit intentionnellement un objet mobilier ou immobilier dont il n'est pas l'unique propriétaire* »[1059].

Au résultat, il n'est pas excessif d'affirmer que le droit de propriété bénéficie de la protection la plus optimale possible contre les « atteintes privées », après celle dont il bénéficie déjà contre les atteintes provenant de l'administration. Mais c'est surtout la protection du droit propriété de privée contre les éventuels attaques du législateur lui-même qui rendent complet le corpus jurisprudentiel et légal de protection de la propriété privé, toutes choses traduisant sans équivoque le caractère fondamental reconnu à ce droit. Cette protection a été l'œuvre du juge constitutionnel.

a-2-3) <u>La protection contre le législateur</u>

438. Une possibilité de limitation législative du droit de propriété strictement encadrée.- Contrairement aux autres libertés fondamentales pour lesquelles la « *loi ne peut en réglementer l'exercice qu'en vue de le rendre plus effectif* »[1060] et pour lesquelles un régime de garantie ne peut être abrogé que pour être remplacé par un autre au moins aussi protecteur[1061], il est reconnu au législateur le droit de porter une certaine atteinte au droit de propriété. Ainsi, est-il reconnu à l'organe législatif le pouvoir de limitation du droit de propriété en cas d'utilité publique. Celui-ci ressort de l'article 17 de la DUDHC de 1789. A cette hypothèse d'utilité publique, est assimilée[1062] celle de la nationalisation prévue à l'alinéa 9 du préambule de 1946[1063]. A côté de ces deux occurrences spécifiques d'utilité publique, il convient d'ajouter celle plus général de l'intérêt général[1064]. Toutefois, en vue de sauvegarder le caractère de droit

[1059] Crim. 5 septembre 2001 : Bull. crim. n° 174 ; Gaz. Pal. 2002. 130, obs. GIUDICELLI ; *Droit pénal* 2002, chron. n° 15
[1060] Cons. const. 10-11 oct. 1984, *Entreprise de presse, GDCC*, 14e éd., n° 34
[1061] Cons. const. 20 janv. 1984, *Libertés universitaires, GDCC*, 14e éd., n° 33
[1062] Sur la controverse sur une possible contrariété de l'article 9 du préambule à l'article 17 de la DUDHC et le choix d'une complémentarité de ces deux articles opéré par le Conseil constitutionnel, V. A-F ZATTARA, op. cit., n° 44, p. 50
[1063] « *Tout bien, toute entreprise qui a acquiert les caractères d'un service public national ou d'un monopole de fait, doit devenir propriété de la collectivité* ».
[1064] Cons. const., 20 janv. 2012, n° 2011-212 QPC : *Defrénois* 2012.815, note Vauvillé ; *AJ fam*. 2012, obs. Regis ; *RTD com*. 2012. 198, obs. Martin-Serf ; *Rev. sociétés* 2012. 192, obs. Roussel Galle ; *JCP N* 2012, n° 1315, note Lebel pour une reconnaissance implicite du pouvoir de limitation du droit de propriété fondée sur l'intérêt général,

fondamental du droit de propriété, les limitations dont il peut faire l'objet, fussent-elles fondées sur l'utilité publique sont strictement encadrées.

L'encadrement des limitations fondées sur les cas d'utilité publique spécifiques. L'encadrement des limitations fondées sur les deux cas spécifiques de l'utilité publique résulte de l'article 17 de la DUDHC. Ce texte conditionne en effet les limitations au droit de propriété à une juste et préalable indemnisation. Cette double condition, contrairement à celle de l'utilité publique qui est laissée à l'appréciation de l'organe législatif[1065], fait l'objet d'un contrôle rigoureux de la part du Conseil constitutionnel[1066].

L'encadrement des limitations fondées sur l'utilité publique entendue au sens de l'intérêt général. Le pouvoir reconnu au législateur d'apporter des limitations au droit de propriété toutes les fois que l'intérêt général le commande, est lui aussi soumis à une double condition. D'abord l'atteinte doit être proportionnée au but poursuivi. C'est ainsi qu'il a été jugé que « *l'article L. 624-6 du code de commerce qui permet, dans le cadre d'une procédure collective d'un débiteur, de réunir à l'actif des bien dont son conjoint est propriétaire mais qui ont été acquis avec des valeurs qu'il a fournies, poursuit un but d'intérêt général mais porte au droit de propriété du conjoint du débiteur une atteinte disproportionnée au regard du but poursuivi, faute d'encadrement des conditions dans lesquelles la réunion à l'actif est possible* »[1067]. Les mêmes motifs de proportionnalité de l'atteinte par rapport au but poursuivi ont conduit le Conseil constitutionnel à déclarer inconstitutionnel l'article les articles 374 et 376 du code des douanes qui prévoient la confiscation de marchandises saisies en douane sans la préservation des droits de leurs propriétaires[1068] ainsi que de l'article 389 du même code relatif à la vente par l'administration douanière des biens saisis avant la fin de la procédure[1069].

Ensuite, il ne doit pas résulter de la limitation du droit de propriété une dénaturation du sens et de la portée du droit de propriété. L'exemple de la décision du Conseil constitutionnel relative à la validité de certaines dispositions de la loi sur les exclusions est emblématique de cette exigence. Le Conseil y précisait en effet :

---

mais d'une déclaration d'inconstitutionnalité pour atteinte disproportionnée ; V. pour une occurrence d'une limitation fondée sur l'intérêt général Civ. 3e, 11 juill. 2012 : Bull. civ. III, n° 109 (non-lieu à QPC) ; 10 janv. 2013 : D. 2013. 178 (non-lieu à QPC)

[1065] obs. sous Cons. const. 16 janv. 1982, *précit*., n° 10

[1066] V. en ce sens idem, n° 12

[1067] Cons. const., 20 janv. 2012, n° 2011-212 QPC, *précit*.

[1068] Cons. const., 13 janv. 2012 : n° 2011-208 QPC

[1069] Cons. const., 2 déc. 2011, n° 2011-203 QPC : *AJ pénal* 2012. 332, *obs. Roussel*.

« *s'il est loisible au législateur d'apporter au droit de propriété les limitations qu'il estime nécessaires afin de mettre en œuvre l'objectif de valeur constitutionnelle que constitue la possibilité, pour toute personne, de disposer d'un logement décent, c'est à la condition que ces limitations n'aient pas un caractère de gravité tel que le sens et la portée du droit de propriété en soient dénaturés. En conséquence sont déclarées contraires à la Constitution : l'obligation faite à un créancier poursuivant d'acquérir un immeuble à un prix qu'il n'aurait pas lui-même fixé ; la possibilité pour le préfet de refuser le concours de la force publique en cas d'absence de proposition de relogement des personnes expulsées* »[1070]. En tout état de cause la dénaturation résulte d'une limitation au droit de propriété contraire à la Constitution[1071].

La réalisation de l'une quelconque de ces deux conditions emporte la violation du droit de propriété.

…….

b- En droit européen

Il existe en droit du Conseil de l'Europe une protection textuelle qui a été à la fois étendue par la jurisprudence (b-1) et modulée à la gravité de l'atteinte (b-2).

b-1) Une protection textuelle étendue par la jurisprudence

439. Le fondement textuel de la protection.- Le droit de propriété ne fait pas partie des droits originairement garantis par la Conv. EDH du 4 novembre 1950, celui-ci n'ayant été inséré dans la Conv. EDH que bien tardivement par la Protocole additionnel du 20 novembre 1950 (date incorrecte) en son article premier[1072]. Aussi, cet article n'évoque pas *expresis verbis* le droit de propriété, mais « le droit au respect de ses biens ». A cette insuffisance notable, s'ajoute le caractère laconique de cette disposition dont il ressort nécessairement un déficit de protection du droit de propriété par le législateur européen. C'est ainsi par exemple que la question de l'indemnisation[1073] du propriétaire exproprié n'a pas été abordée par cette disposition alors qu'elle demeure consubstantielle à toute idée de garantie du droit de propriété.

[1070] Cons. const. 29 juill. 1998 : JO 31 juill., p. 11710 ; JCP 1998. I. 171, n° 2, obs. Périnet-Marquet (décision relative à la validité de certaines dispositions de la loi sur les exclusions
[1071] F. SUDRE, op. cit., p. 73
[1072] Art. 1re du Protocole : « *Toute personne physique ou morale a droit au respect de ses biens. Nul ne peut être privé de sa propriété que pour cause d'utilité publique et dans les conditions prévues par la loi et les principes généraux du droit international.*
Les dispositions précédentes ne portent pas atteinte au droit que possèdent les Etats de mettre en vigueur les lois qu'ils jugent nécessaires pour réglementer l'usage des biens conformément à l'intérêt général ou pour assurer le paiement des impôts ou d'autres contributions ou des amendes ».
[1073] V. en sens contraire l'article 17 de la DUDHC qui prévoit en son article 17 une juste et préalable indemnité.

Cette fragilité[1074] de la protection du droit de propriété par la Conv. EDH a été fort heureusement palliée par la Cour EDH à travers une interprétation assez originale de l'article 1re du Protocole additionnel.

440. La protection du droit de propriété issue d'une interprétation originale par la Cour EDH de l'article 1re du Protocole.- En se fondant sur l'article 1re du Protocole additionnel, la Cour EDH a précisé la nature des droits que ce texte a vocation à protéger ainsi que les normes constitutives de celui-ci.

Les droits garantis par l'article 1re du protocole au sens de la jurisprudence de la Cour EDH. En prenant appui sur la terminologie de l'article 1re du Protocole additionnel puis sur les travaux préparatoires[1075], la Cour EDH précise sans détour dans son arrêt *Marckx* qu' « *en reconnaissant à chacun le droit au respect de ses biens, l'article 1re garantit en substance le droit de propriété* »[1076]. De cette décision, il ressort que ce droit au respect de sa propriété ne vaut que pour les biens actuels[1077], ce qui exclut le droit d'acquérir par succession *ab intestat* ou par libéralité. Mais surtout en ce qui concerne toujours la nature de ce droit de propriété garanti, la Cour EDH juge dans son arrêt Van Marl qu'y sont inclus les biens incorporels[1078].

Par ailleurs, la Cour EDH en faisant œuvre créatrice du droit, consacra le droit au dédommagement du propriétaire. Cette solution se dessinait déjà dans l'arrêt *Sporrong* et *Lönnroth* où la Cour EDH jugeait que la charge exorbitante supportée par les requérants dans la jouissance de leur droit trouvait sa justification dans la possibilité de demander réparation[1079]. C'est dans l'arrêt *James* que la Cour EDH affirma expressément le droit à la réparation. Elle jugea en effet qu'en l'absence du droit à réparation, « *l'article 1re n'assurerait qu'une protection largement inefficace et illusoire du droit de propriété* »[1080]. Cette position a été réaffirmée dans l'arrêt *Lithgow*[1081] où la Cour EDH précisa que « *l'obligation d'indemniser découle implicitement de l'article 1re du Protocole 1 pris dans son ensemble et non de la notion*

[1074] V. sur l'usage de ce qualificatif F. SUDRE, « La protection du droit de propriété par la Cour européenne des droits de l'homme », précit., p. 71
[1075] V. en ce sens F. SUDRE, op. cit. p. 72
[1076] *CEDH* 13 juin 1979, *Marckx c/ Belgique* : *Série A*, n° 31
[1077] Id., paragraphe 55
[1078] *CEDH*, arrêt *Van Marle* et autres c. Pays-Bas du *26 juin 1986*, Série A, n° 101
[1079] ***CEDH*, 23 septembre 1982, *Sporrong et Lönnroth c. Suède*, requêtes n° 7151/75 et n° 7152/75**
[1080] *CEDH*, 21 févr. 1986, *James Jurisp. C. eur. Dr. de l'homme*, 7e éd., p. 196 à propos de certaines lois anglaises habilitant les locataires à racheter leur logement
[1081] *CEDH*, *arrêt Lithgow* et crts c. Royaume-Uni du 8 juillet 1986

d'utilité publique ». Le Professeur *Sudre* disait à propos de cet arrêt qu'il reconnait que le droit à indemnité est consubstantiel du droit de propriété[1082].

Cette œuvre créatrice de droit de la Cour EDH participe sans aucun doute d'une consolidation de la protection européenne du droit de propriété. Mais c'est surtout sur la précision de la composition normative de l'article 1re que l'œuvre créatrice de droit de la Cour de Strasbourg reste remarquable.

441. La composition normative de l'article 1re dégagée par la Cour EDH.- La Cour EDH ne s'est pas arrêtée à l'interprétation binaire que suggère l'article 1re à savoir : l'énoncé du principe du respect du droit de propriété et les limitations dont peut souffrir celui-ci, que ce soit celles touchant à la substance même de la propriété – expropriation ou nationalisation- ou celle touchant à son usage pour des raisons d'intérêt général ou fiscal. Elle s'est plutôt livrée à une interprétation ternaire[1083] de cet article et y dégage trois règles distinctes : « *la première, d'ordre général, énonce le principe du respect de la propriété ; elle s'exprime dans la première phrase du premier alinéa. La deuxième vise la privation de propriété et la soumet à certaines conditions ; elle figure dans la seconde phrase du même alinéa. Quant à la troisième, elle reconnaît aux Etats le pouvoir, entre autre, de réglementer l'usage des biens conformément à l'intérêt général et en mettant en vigueur les lois qu'ils jugent nécessaires à cette fin ; elle ressort du deuxième alinéa* »[1084]. La Cour précise cependant dans l'arrêt *James* que ces trois règles sont complémentaires. Elle y affirme que ces trois règles n'étaient pas « *pour autant dépourvues de rapport entre elles. La deuxième et la troisième ont trait à des exemples particuliers d'atteintes au droit de propriété ; dès lors, elles doivent s'interpréter à la lumière du principe consacré par la première* »[1085].

En vérité, les deux dernières normes assurent la protection contre les atteintes desquelles elles sont censées protéger le propriétaire, tandis que la première opère comme une norme résiduelle, « une norme fourre-tout » assurant la protection contre les atteintes ne tombant pas sous le coup des deux dernières. Cette norme résiduelle « *permet à la Cour d'étendre la définition des ingérences au droit de propriété et, par là même, son propre contrôle* »[1086].

[1082] F. SUDRE, op. cit. p. 72
[1083] V. sur cette analyse F. Sudre, op. cit., p. 72
[1084] *CEDH*, 23 septembre 1982, *Sporrong et Lönnroth c. Suède*, *précit*. Paragraphe 61
[1085] *CEDH*, 21 févr. 1986, *James,* précit.
[1086] F. Sudre, op. cit., n° 73

Au résultat, la protection européenne du droit de propriété sort renforcée de l'interprétation donnée par la Cour EDH de l'article 1re, même si, faut-il le préciser, celle-ci est modulée à la nature de l'atteinte.

b-2) Une protection modulée à la nature de l'atteinte

442. Une modulation de la protection par le biais de standards définis par la Cour EDH.- Les standards définis et utilisés par la Cour EDH pour protéger les ingérences au droit de propriété dénotent de sa volonté de moduler l'intensité de sa protection à la nature de l'ingérence en cause.

D'abord il faut noter que faisant référence à son arrêt de principe *Handyside* qui posait la règle s'agissant du contrôle juridictionnel des restrictions de liberté, la Cour reconnaît aux Etats une marge d'appréciation dans la détermination des limitations au droit de propriété. Mais cette marge d'appréciation des Etats fait l'objet d'un contrôle juridictionnel par la Cour. Et c'est justement dans la mise en œuvre dudit contrôle que s'observe la différence du degré de protection. Il sied au prime abord de souligner que quel que soit le type d'ingérence, le contrôle de proportionnalité entre l'intérêt général et la protection des droits individuel est de mise. Mais c'est dans la mise en œuvre ce critère de proportionnalité que s'observe des différences selon le type d'ingérence concernée.

S'agissant des atteintes à la substance même du droit de propriété, le critère de proportionnalité est d'une application stricte, de sorte qu'en l'absence de proportionnalité, la Cour conclut à la violation du principe du respect du droit de propriété. Ce contrôle strict du critère de proportionnalité s'observe clairement dans les trois arrêts dans lesquels la Cour a eu à examiner l'atteinte à la substance du droit de propriété. Il s'agit des arrêts : *Sporrong* et *Lönnroth*, *Erkner* et *Hofauer* ; *Poiss*. Il résulte de ces trois arrêts que le critère de proportionnalité est appréhendé à travers les deux critères suivants : le sort du droit de propriété puis la rigidité du droit national. Ainsi, si les limitations apportées au droit de propriété le rendent précaire malgré son existence juridique, la Cour n'hésite pas à conclure à l'atteinte à sa substance. L'exemple de l'arrêt *Sporrong* et *Lönnroth* est à cet égard édifiant. Dans cet arrêt, la Cour a relevé que le droit de propriété des requérants, était « *devenu précaire* » malgré le fait qu'il soit demeuré « *juridiquement intact* ». C'est cette même motivation qui s'évince des deux autres arrêts. Dans ceux-ci, la Cour a en effet motivé sa décision d'atteinte à la substance du droit de propriété par l'incertitude qui le frappe et qui est tirée du transfert provisoire des terres. Il est intéressant de

noter que cette solution avait été retenue nonobstant le fait que les requérants n'avaient pas été définitivement privés de leurs droits dans ces affaires.

En résumé, toute limitation du droit de propriété qui conduit à le rendre précaire, le dénaturer ou le vider de son sens est constitutive d'une violation de ce droit. Cette règle est sans conteste le pendant en droit interne de l'interdiction de dénaturation du sens et de la portée du droit de propriété.

Pour ce qui concerne les privations de propriété, le contrôle de la mesure passe d'abord par celui de son caractère d'utilité publique. Mais il s'agit en réalité d'un contrôle *a minima*, car la Cour reconnaît une large marge d'appréciation aux pouvoirs publics nationaux –administration publique et législateur- et se contente uniquement de contrôler l'absence d'erreur manifeste d'appréciation.

Le parallèle a pu être fait à juste titre d'ailleurs avec la notion d'erreur manifeste utilisée par le Conseil constitutionnel dans l'affaire des nationalisations[1087]. Aussi, convient-il de s'interroger sur la portée réelle de ce contrôle. A ce sujet, les termes de l'arrêt *James* apportent un éclairage particulier. La Cour y précise notamment : « *la Cour respecte la manière dont il (ndlr : le législateur) conçoit les impératifs de « l'utilité publique » sauf si son jugement se révèle manifestement dépourvu de base raisonnable. En d'autres termes, elle ne saurait substituer sa propre appréciation à celle des autorités nationales (...)* »[1088]. En clair, le contrôle de la Cour porte sur l'opportunité et la nécessité de la mesure de privation et fonde la Cour en cas d'erreur manifeste à substituer son appréciation à celle du législateur interne[1089]. En outre la Cour vérifie si la mesure de privation de propriété a été prise dans les conditions prévues par les lois et les principes généraux du droit international.

Et sur le contrôle de proportionnalité, la Cour se contente d'une proportionnalité raisonnable contrairement au Conseil constitutionnel qui contrôle, comme le prévoit la loi fondamentale, le caractère juste, équitable et préalable l'indemnisation[1090]. Ainsi, seule est sanctionnée ici, une absence de proportionnalité manifeste entre le but visé, car la Cour estime que l'article 1re ne garantit pas « *le droit à une compensation intégrale* » et que « *des objectifs légitimes d'utilité*

[1087] F. SUDRE, op. cit., p. 76
[1088] *CEDH*, 21 févr. 1986, *James,* précit., paragraphe 46
[1089] V. dans le même sens s'agissant du contrôle de constitutionalité des mesures de privation en droit interne D. ROUSSEAU, « Le Conseil constitutionnel, assemblée de légistes », *Rev. sc. Admin. De Méditerranée occidentale*, 1986-87, n° 16-17, p. 4 à 10, spéc. p. 8
[1090] *CEDH*, 21 févr. 1986, *James,* précit., paragraphe 54 ; *CEDH*, *arrêt Lithgow* et crts c. Royaume-Uni, *précit*., paragraphe 121

publique, tels qu'en poursuivent des mesures de réforme économique ou de justice sociale, peuvent militer pour un remboursement inférieur à la pleine valeur marchande ». Pour la Cour, ce qui importe est un « *versement d'une somme raisonnable en rapport avec la valeur du bien* ».

Le contrôle exercé par la Cour quant au rapport de proportionnalité en matière de privation du droit de propriété est minimal. C'est le moins qu'on puisse dire.

Ceci a fait écrire que : « *les dispositions européennes de la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales ne paraissent pas de nature à assurer une protection plus complète du droit de propriété* »[1091].

Le sujet est encore plus préoccupant dans le cadre du contrôle de la règlementation de l'usage des biens, qui constitue la troisième et dernière catégorie de contrôle exercé par la Cour. Le contrôle de proportionnalité est en effet purement formel ici, alors même que celui exercé s'agissant du critère de l'intérêt général, est lui-même réduit, d'autant que l'article 1re du Protocole fait des Etats contractants les seuls juges de la « nécessité » de la mesure.

Toutefois, ces regrets méritent d'être relativisés.

2- La protection en droit OHADA

443. Une protection large du droit de propriété assurée par la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples.- Le droit OHADA n'ayant pas régi la protection des droits fondamentaux, c'est vers la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples qu'il faut se tourner pour connaître la protection dont bénéficie le droit de propriété en droit OHADA, les pays membres du Traité OHADA étant tous signataires de la Charte.

Comme en droit européen, la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples garantit le droit de propriété. Ce droit est prévu et garanti par l'article 14 de la Charte qui dispose : « *le droit de propriété est garanti. Il ne peut y être porté atteinte que par nécessité publique ou dans l'intérêt général de la collectivité, ce conformément aux dispositions des lois appropriées* ».

444. Une protection des biens patrimoniaux assurée.- Ce texte semble opter pour une conception large[1092] du droit de propriété. C'est en effet ce que laisser penser la généralité de la

[1091] Note sous Cons. const. 16 janv. 1982: *GAJC, 12e éd., no …*

[1092] V. sur le caractère large de cette garantie, SALEM OULD BOUBOUTT Ah., « Commentaire de l'article 14 », in KAMTO M. (dir.), *La Charte africaine des droits de l'homme et des peuples et le*

formule employée et notamment le fait que le législateur africain des droits de l'homme s'est gardé de définir le contenu des droits garantis. Ceci permet d'inclure parmi les droits protégés aussi bien, les biens patrimoniaux que les droits patrimoniaux.

B- La propriété des droits patrimoniaux en construction

445. Division.- La propriété des droits patrimoniaux est en construction. Et pour cause, il n'existe pas encore un régime unifié de la reconnaissance des droits patrimoniaux. Tandis que la reconnaissance d'une propriété des créances est actée à la fois en droit interne français et international de l'Europe (1), celle des droits réels ne l'est pas encore en droit interne. Ce déficit est toutefois pallié par une reconnaissance en droit européen (2), de sorte qu'en l'état actuel du droit français, il est permis d'affirmer qu'il existe une propriété des droits patrimoniaux. En droit africain, les termes généraux de l'article 14 sur la protection du droit de propriété permet d'affirmer qu'une protection des droits patrimoniaux est assurée par la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples (3).

1- Une reconnaissance nationale et internationale de la propriété des créances

446. Une reconnaissance immédiate en droit européen et lente en droit interne français.- Une créance est-elle un bien appropriable ? Si cette question a reçu très vite une réponse positive en droit issu de la Conv. EDH, celle du Conseil constitutionnel français a fait l'objet d'une lente évolution.

447. La très large interprétation de l'article 1re du protocole additionnel incluant une créance parmi les biens appropriables.- La Cour EDH a très vite posé le principe selon lequel la notion de bien évoquée par l'article 1re du protocole additionnel doit être compris de façon large. Selon cette Cour, doivent être compris comme objets de propriété, outre les biens corporels, les droits personnels que sont les droits sociaux[1093] ou les créances[1094], mais aussi la clientèle[1095]. La reconnaissance en droit issu de la Conv. EDH, de la propriété des créances a notamment fait l'objet d'un arrêt qui a reçu un très large écho dans l'hexagone du fait de la nature de l'affaire en cause……

protocole y relatif portant création de la Cour africaine des droits de l'homme. Commentaire article par article, Bruylant, 2011

[1093] C.E.D.H., 18 juill. 1986, Lithgow, série A, n° 102

[1094] C.E.D.H., 9 décembre 1994, *Raffineries grecques Stran et Stratis Andreadis*, *série A*, n° 301-B ; 20 nov. 1995, *Pressos Compania Naviera SA et autres*, *série A*, n° 332

[1095] C.E.D.H., 30 nov. 1987, *H.C. / Belgique, série A*, n° 127

448. La créance érigée en droit approprié en droit interne français après une lente évolution.- L'analyse de la jurisprudence du Conseil constitutionnel révèle que la reconnaissance d'une créance comme étant un bien approprié s'est faite après une lente évolution.

D'abord dans sa célèbre décision de 1982 sur les nationalisations, le juge constitutionnel français, en envisageant des actions, droits incorporels, admettait clairement que la propriété pouvait s'appliquer aux droits incorporels[1096]. Cette analyse a été confirmée plus tard par les décisions rendues en matière de propriété intellectuelle[1097]. Par ailleurs dans une décision du 4 juillet 1989[1098], le juge constitutionnel a reconnu, du moins implicitement qu'un créancier dispose sur sa créance du « droit de disposer » qui est l'un des attributs important du droit de propriété. Dans cette affaire, le Conseil constitutionnel statuait sur une loi modifiant la loi du 6 août 1986 à laquelle il était reproché d'avoir soumis toute opération sur les actions d'une société privatisée qui entrainait l'augmentation de la participation d'un actionnaire de plus de 10% du capital de celle-ci à un contrôle administratif, violant ainsi le droit de disposer des actionnaires, « *élément fondamental du droit de propriété* »[1099]. Le Conseil jugea que cette loi « *sans remettre en cause le droit de propriété, définit une limitation à certaines modalités de son exercice qui n'a pas un caractère de gravité tel que l'atteinte qui en résulte en dénature le sens et la portée et soit, par suite, contraire à la Constitution* »[1100]. Si le Conseil n'avait pas accédé à la prétention des requérants, il est tout à fait significatif de relever que ce dernier a admis que le droit de disposer s'applique à des « *biens constitutifs d'une variété de créance* »[1101] et non sur les seuls bien corporels, ce qui implique que « *tous les droits patrimoniaux sont, comme les corps, des objets de propriété* »[1102].

[1096] Loc. cit.,; F. ZENATI, « Pour une rénovation de la théorie de la propriété », *RTD civ*. 1993. 305, spéc. p. 312
[1097] Cons. const. 27 juill. 2006, n° 2006-540 DC, *Loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information*, cons. 15, D. 2006. 2157, chron. C. Castets-Renard ; *ibid*. 2878, chron. X. Magnon ; *ibid*. 2007. 1166, obs. V. Bernaud, L. Gay et C. Severino ; *RTD civ*. 2006. 791, obs. T. Revet ; *ibid*. 2007. 80, obs. R. Encinas de Munagorri ; Cons. const. 10 juin 2009, n° 2009-580 DC, *Loi favorisant la diffusion et la protection de la création sur internet*, cons. 13, *AJDA* 2009. 1132 ; *D*. 2009. 1770, point de vue J.-M. Bruguière ; *ibid*. 2045, point de vue L. Marino ; *ibid*. 2010. 1508, obs. V. Bernaud et L. Gay ; *ibid*. 1966, obs. J. Larrieu, C. Le Stanc et P. Tréfigny-Goy ; Dr. soc. 2010. 267, chron. J.-E. Ray ; *RFDA* 2009. 1269, chron. T. Rambaud et A. Roblot-Troizier ; Constitutions 2010. 97, obs. H. Périnet-Marquet ; *ibid*. 293, obs. D. de Bellescize ; RSC 2009. 609, obs. J. Francillon ; *ibid*. 2010. 209, obs. B. de Lamy ; *ibid*. 415, étude A. Cappello ; *RTD civ*. 2009. 754, obs. T. Revet ; *ibid*. 756, obs. T. Revet ; *RTD com*. 2009. 730, étude F. Pollaud-Dulian ; Cons. const. 28 févr. 2014, n° 2013-370 QPC, *M. Marc S. et autre (Exploitation numérique des livres indisponibles)*, cons. 13, *D*. 2014. 542.

[1098] Cons. constit. 4 juill. 1989, D. 1990. 209, note Luchaire
[1099] *Id.*
[1100] *Ibid.*
[1101] F. ZENATI, op. cit.
[1102] *Id.*

Malgré cette décision, la doctrine n'est pas unanime sur l'assimilation d'une créance à une propriété[1103]. Quelques années plus tard, le Conseil constitutionnel évoqua de façon plus directe dans sa décision relative aux porteurs d'emprunt russes « *le droit de propriété des titulaires de créances* »[1104]. Mais le débat sur l'assimilation d'une créance à un bien est demeuré controversé. Ainsi, a-t-il été argué du fait que « *cette formulation désignait les porteurs de titre et non des créanciers ordinaires* »[1105]. Cette controverse a été arbitrée une fois pour toute par le Conseil constitutionnel à l'occasion de l'examen a *priori* de la loi sur l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée[1106].

Cette loi faut-il le rappeler, permet à l'entrepreneur à responsabilité limitée d'affecter une partie de son patrimoine à l'exercice de son activité professionnelle. Ce dispositif pose problème en ce sens où il conduit à une diminution du droit de gage des créanciers postérieurement à la constitution de leur créance. C'est pourquoi, la loi réserve aux créanciers dont la créance est antérieure à la déclaration d'affectation, un droit d'opposition. Il résulte du contrôle du Conseil constitutionnel qui a été exercé sous l'angle d'une atteinte au droit de propriété, une validation de cette loi au fond, assortie d'une réserve d'interprétation. Ainsi, selon les sages de la rue Montpensier, la déclaration d'affectation de l'entrepreneur ne peut être rendue opposable par la loi aux créanciers antérieurs, qu' *« à la condition que ces derniers soient personnellement informés de la déclaration d'affectation et de leur droit de former opposition* »[1107]. Le Conseil a jugé sous cette réserve que la règle contestée ne constitue pas une atteinte « *aux conditions d'exercice du droit de propriété des créanciers* »[1108].

Cette dernière formulation, contrairement à toutes celles précédentes au sujet d'une possible qualification d'une créance comme étant un bien, a le mérite de la clarté. Elle ne laisse plus en effet subsister l'ombre d'un doute sur cette question. Cette décision consacra ainsi avec netteté, la « propriété des créances » et permet ainsi aux créanciers de se prévaloir de la protection constitutionnelle de la propriété[1109]. La protection constitutionnelle des créanciers a été

[1103] M. CAFFIN-MOI, *Cession de droits sociaux et droit des contrats*, préf. D. BUREAU, Economica, 2009, n° 389
[1104] Cons. const. 29 déc. 1999, n° 99-425, Loi de finances rectificative pour 1999, cons. 23, *AJDA* 2000. 43, note Schoetti, RFDA 2000. 289, note B. Mathieu
[1105] J.-F. De Montgolfier, « Le Conseil constitutionnel et la propriété privée des personnes privées », *Nouv. Cah. Cons. const.* 2011. 35
[1106] Cons. const. 10 juin 2010, n° 2010-607 DC, Loi relative à l'entrepreneur individuel à responsabilité limité, cons. 7-10, *D*. 2010. 2553, note S. MOUTON
[1107] *Id*. cons. 9
[1108] *Ibid*. cons. 9
[1109] V. en ce sens V. MAZEAUD, « Droit réel, propriété et créance dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *RTD civ*. 2014, p. 29 ;

récemment confirmée par le juge constitutionnel français dans une décision rendue sur une QPC relative au deuxième alinéa de l'article L. 411-74 du code rural et de la pêche maritime[1110]. Dans cette décision, le juge constitutionnel a relevé d'office le grief d'une atteinte au droit de propriété tiré d'une indétermination du taux d'intérêt[1111].

Ces solutions dégagées par le Conseil constitutionnel ont été suivies par la Cour de cassation[1112].

2- La non-reconnaissance d'une propriété des droits réels en droit interne palliée par le droit issu de la Conv. EDH

449. L'absence de reconnaissance en droit interne d'une propriété des droits réels.- Contrairement aux créances, les droits réels autres que le droit de propriété ne bénéficient pas en droit constitutionnel français de la qualification de biens appropriés. C'est ce qui résulte d'une décision du Conseil constitutionnel rendue sur une QPC[1113] relative à l'article 6 de la loi n° 2002-306 du 4 mars 2002 portant réforme de la loi du 1re juin 1924 ayant rendu applicable aux départements du Bas-Rhin, du Haut-Rhin et de la Moselle la législation civile française. Cette loi faisait obligation aux titulaires des servitudes conventionnelles constituées avant son entrée en vigueur, plus précisément avant le 1re janvier 1900, d'avoir à les inscrire au livre foncier dans un délai de cinq ans sous peine d'extinction. Celles-ci, bien que n'étant pas inscrites, pour peu qu'elles grevaient des fonds sis dans des circonscriptions dotées d'anciens livres de propriétés ou d'anciens livres de propriétés, étaient opposables[1114]. La question prioritaire de constitutionnalité était alors de savoir si le législateur avait le pouvoir de provoquer l'anéantissement pur et simple d'une servitude considérée comme étant un droit réel principal immobilier. Mais plutôt que de fonder leur analyse sur cette qualification de la servitude[1115], les sages de la rue Montpensier, ont préféré l'axer sur la qualification d'accessoire

---

[1110] Cons. const. 27 sept. 2013, n° 2013-343 QPC, Epoux L. relative au deuxième alinéa de l'article L. 411-74 du code rural et de la pêche maritime, considérant 7 : « *l'absence de détermination des modalités de calcul du taux d'intérêt applicable à une créance affecte par elle-même le montant des sommes allouées et, par suite, le droit de propriété tant du créancier que du débiteur* ».

[1111] Id. cons. 2 : « *le Conseil constitutionnel a soulevé d'office le grief tiré de ce que, en s'abstenant de fixer ou d'habiliter le pouvoir réglementaire à fixer les modalités selon lesquelles le taux prévu par les dispositions contestées est déterminé et rendu public, le législateur aurait méconnu l'étendue de sa compétence dans des conditions qui affectent le droit de propriété* ».

[1112] Civ. 1re, 28 mars 2012, n° 12-40.002, *D* ; 2012. 945, obs. B. MALLET-BRICOUT et N. REBOUL-PAUPIN ; *AJ. fam*. 2012. 281, obs. N. LEVILAIN

[1113] Civ. 3e, 8 sept. 2011, n° 11-12.374, *D*. 2011. 2199

[1114] V. en ce sens, E. Sander, « Aux sources de l'opposabilité des servitudes conventionnelles publiées antérieurement au 1er janvier 1900 dans les registres hypothécaires », *Rev. dr. local*, oct. 2002. 14-15 ; E. Sander, J.-Cl. Alsace-Moselle, *v°* Publicité foncière, fasc. 411.

[1115] V. sur la qualification de droit réel principal d'une servitude G. Cornu, Droit civil, Les biens, Montchrestien, 13e éd., 2007, n° 19

au fonds dominant, donc d'accessoire du droit de propriété sur le fonds dominant. Ils en concluent que : « *qu'en l'absence de privation de propriété, l'extinction de la servitude prévue par le texte en cause n'entre pas dans le champ d'application de l'article 17 de la Déclaration de 1789* ».

Ainsi, pour le Conseil constitutionnel, la disparition d'une servitude grevant un fonds, loin de porter atteinte à la substance même du droit de propriété, n'emporte qu'une simple disparition des prérogatives de celui-ci[1116]. Au résultat, le Conseil constitutionnel n'a pas cru devoir consacrer la propriété des droits réels. Mais il a été relevé qu'il « *n'est pas exclu que le Conseil constitutionnel emprunte un raisonnement différent dans d'autres situations (ndlr : parlant des autres droits réels principaux)* »[1117]. En attendant que cette hypothèse ne soit confirmée ou infirmée par les sages de la rue Montpensier à l'occasion d'un éventuel examen de cas mettant en cause les autres droits réels principaux, il convient de se rabattre sur la jurisprudence de la Cour EDH qui a de son côté a consacré la propriété des droits réels.

450. La reconnaissance d'une propriété de droits réels en droit issu de la Conv. EDH.- La propriété des droits réels autre que le droit de propriété est reconnue en droit issu de la Conv. EDH aussi bien à l'égard des droits réels principaux que des droits réels accessoires. S'agissant des premiers, cette reconnaissance est venue, en l'absence de toute décision de la Cour EDH[1118], de certaines décisions de la Commission au sujet d'abord d'une servitude[1119] puis ensuite des emphytéotes[1120].

Pour ce qui est de la reconnaissance des droits réels accessoires, la reconnaissance de leur nature de bien a été d'abord consacrée concernant les sûretés réelles[1121] avant d'être confirmée par l'arrêt *Gasus Dosier* du 23 février 1995. Dans cette affaire, la requérante se plaignait d'une

---

[1116] V. sur les critiques de cette solution, T. REVET, obs. sous Cons. const. 10 nov. 2011, n° 2011-193 QPC, *RTD civ.* 2012. 342 affirmant : « *Contrairement à ce que semble considérer le Conseil constitutionnel, la condition d'accessoire du droit de propriété du fonds dominant qui est celle de la servitude (en conséquence de ce qu'elle a pour objet la prestation d'une ou plusieurs utilités réelles - côté passif - et qu'elle doit améliorer l'utilisation d'un fonds - côté actif), ne saurait avoir pour effet d'empêcher que son extinction forcée soit constitutive d'une privation de propriété : le fait qu'en raison de sa position d'accessoire son anéantissement contraint n'emporte pas celui du droit de propriété afférent au fonds dominant est impuissant à écarter l'analyse de cette extinction en une privation de la propriété de la servitude elle-même (du droit réel)* »

[1117] V. MAZEAUD, *Droit réel, propriété et créance dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, op. cit., n° 13

[1118] V. sur l'absence d'arrêt sur ce point A. DEBET, *L'influence de la Convention européenne des droits de l'homme sur le droit civil*, thèse Paris II, éd. Dalloz, n° 772, p. 694

[1119] Décision S. c. *RU*, 13 décembre 1984, *D.R.* 41, p. 226 : « *un droit sur un immeuble qui se limite au bénéfice de la servitude et à la perception d'une rente est un bien* ».

[1120] Décision *D.P.* c. *RU*, 1re décembre 1986, *D.R.* 51, p. 195

[1121] C.E.D.H., 26 juin 1986*, Van Marle et autres*, *série A*, n° 101 ; 30 nov. 1987, *précit.*

saisie effectuée par l'administration fiscale sur une bétonnière sur laquelle elle justifiait d'une réserve de propriété. Pour le Gouvernement, la clause de réserve de propriété s'analysait comme une sûreté réelle et non un réel droit de propriété et ne pouvait donc bénéficier de la protection de l'article 1re du protocole additionnel. Ce à quoi la Cour répondit : « *la notion de "bien" (en anglais possessions) de l'article 1 du protocole 1 a une portée autonome qui ne se limite certainement pas à la propriété des biens corporels : certains autres droits et intérêts constituant des actifs peuvent aussi passer pour des "droits de propriété" et donc pour des "biens" aux fins de cette disposition. Dans le présent contexte, il importe dès lors peu de savoir si le droit de Gasus sur la bétonnière doit être considéré comme un droit de propriété ou comme une sûreté réelle. De toute manière, la saisie, puis la vente de la machine constituaient une "atteinte" aux droits de la société requérante au respect d'un « bien » au sens de l'article 1 du Protocole* »[1122].

Ainsi, est-il permis de penser que pour la Cour EDH, toutes les sûretés réelles accessoires sont des biens au sens de l'article 1re du Protocole additionnel n° 1[1123]. Cette reconnaissance en droit issu de la Conv. EDH de la propriété des droits réels autres que la propriété pallie l'absence de leur reconnaissance en droit constitutionnel interne français et pour cause, le droit issu de la Conv. EDH est d'application direct en droit français.

Au résultat, aussi bien le droit de propriété strictement entendu, que les droit personnel et les droits réels autres que le droit de propriété bénéficient en droit interne français d'une protection au titre de droit fondamentaux. C'est à l'aune de ces règles qu'il convient maintenant de montrer la violation par le mécanisme d'attribution de la force exécutoire à un acte juridique privé entraine une violation du droit de propriété du débiteur désigné dans l'acte.

3- La reconnaissance en droit africain d'une propriété des droits patrimoniaux ?

[1122] C.E.D.H., 23 févr. 1995, *Gasus Dosier und Födertechnik c. Pays-Bas, série A*, n° 306-B
[1123] V. en ce sens, F. SUDRE, « Droit de la Convention européenne des droits de l'homme », *JCP* 1996. I. 3910, n° 38

451. Une protection des droits patrimoniaux assurée.- La formule de l'article 14 de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples étant d'une grande souplesse, il est permis de l'interpréter dans le sens d'une protection des droits patrimoniaux.

Sous-section II : Le constat de la violation du droit de propriété du « débiteur désigné »

452. Division.- Le « débiteur désigné » dans l'acte juridique privé exécutoire reste sous la menace de saisies. Or les biens susceptibles d'être saisis ne sont rien d'autres que ceux bénéficiant d'une protection constitutionnelle et internationale au titre de droits fondamentaux (A). Au titre de cette protection, toute atteinte au droit de propriété qui n'est pas proportionnelle au but recherché est considérée comme une violation de ce droit. C'est précisément cette condition de proportionnalité entre l'intérêt poursuivi dans le cadre des actes privés exécutoires et les potentielles atteintes aux biens protégés du débiteur désigné qui fait ici défaut. Dès lors, toute saisie pratiquée sur les biens du « débiteur désigné » sur la base de ces actes privés exécutoires serait forcément constitutive de violation du droit de propriété de ce dernier (B).

A- La potentielle saisie des biens protégés du « débiteur désigné »

453. Les biens potentiellement saisissables.- La saisie peut porter sur tous les éléments composant le patrimoine du « débiteur saisi » à savoir les biens au sens traditionnel (1), les droits de créance (2) et enfin les droits réels (3).

1- Les biens *stricto sensu*

Il s'agit de tous les biens au sens traditionnel du terme, c'est-à-dire ceux sur lesquels une personne en l'occurrence le « débiteur désigné » détient tous les attributs de la propriété. C'est essentiellement des biens corporels à savoir : des meubles corporels ou des immeubles (V. observations directeur de thèse).

2- La saisissabilité des droits de créances

La grande majorité des droits personnels d'une personne contre laquelle existe un titre exécutoire peut faire l'objet d'une saisie. Ceux-ci peuvent être classés en deux grandes catégories : les biens incorporels objets de saisies règlementées (a), soit expressément soit par emprunt, et ceux dont les saisies n'ont fait l'objet d'aucune règlementation (b).

a- Les biens incorporels, objets d'une saisie règlementée

Cette catégorie est composée des créances d'une somme d'argent (a-1) détenues par le saisi sur une autre personne, des droits d'associés et des valeurs mobilières (a-2) (V. remarque directeur).

a-1) Les créances d'une somme d'argent

Le contenu des créances de somme d'argent ne nécessite aucune précision.

a-2) Les droits d'associé et les valeurs mobilières[1124]

Il convient de distinguer dans cette catégorie, les titres et droits (a-2-1) des droits pécuniaires attachés à la qualité de titulaire de parts sociales ou de valeurs mobilières (a-2-2).

454. Les titres et droits.- S'agissant des titres et droits, il y a les droits d'associé qui incluent les tous les droits d'associé -parts ou actions- détenus dans les sociétés civiles et commerciales à l'exception des GIE et des cas d'insaisissabilité[1125]. Les valeurs mobilières quant à elles, incluent, hormis les cas d'insaisissabilité[1126], les titres de capital –actions, obligations convertibles en action, les obligations échangeables (OC) ou remboursables en actions (OCEANE), les obligations remboursables en action (ORA) et parmi les titres de créance les obligations ainsi que les autres titres financiers à savoir : les titres de créances négociables, les parts de fonds commun de créance.

455. Les titres ou droits des droits pécuniaires attachés à la qualité de titulaire de parts sociales ou de valeurs mobilières.- On y retrouve : les intérêts perçus sur les valeurs mobilières entendus comme le fruit du capital prêté devant être versé selon la périodicité convenue lors de l'émission ; les dividendes[1127] ; les bénéfices tirés par les membres de GIE de

[1124] V. globalement sur la question, l'article L. 211-21 *C. mon. fin*.
[1125] Certains de ces droits demeurent cependant insaisissables……
[1126] Les comptes d'indivision de valeurs mobilières sauf pour les créanciers à provoquer le partage (article 815-17 du code civil), les actions détenues par les dirigeants de sociétés en redressement judiciaire (article L. 631-19-1 C. com.), des actions détenues par les salariés au titre de participation au résultat social qui sont frappées d'inaliénabilité pour une durée de cinq ans (article L. 3324-10 du code du travail), les actions des SAS déclarées inaliénables par les statuts, les valeurs mobilières objet d'une fiducie qui ne peuvent pas être saisies ni par les créanciers du constituant ni par ceux du fiduciaire sauf en ce qui concerne les dettes nées de la conservation ou de la gestion du patrimoine fiduciaire, les actions des sociétés d'exercice libéral et les parts de société civiles professionnelles ; V. pour une vision global sur la question R. PERROT et Ph. THERY, *Procédures civiles d'exécution*, *op. cit*., n° 694 et s., p. 606 et s.
[1127] Entre le moment où l'AG a pris la décision de mise en distribution de dividendes et celui où le dividende est payé ou en cas de clause statutaire de premier dividende (créance conditionnelle saisissable à n'importe quel moment) ; les dividendes payables en action pour lesquelles l'associé n'a pas pris parti ; V. sur ce point id., n° 715 et s. p. 618 et s.

leur participation - –droits de créances contre la société- ; le boni de liquidation en cas de dissolution d'une société[1128] ; les droits préférentiels de souscriptions d'actions.

b- Les droits incorporels objets d'une saisie non règlementée

456. L'absence de texte spécifique palliée par la jurisprudence.- Certains biens incorporels ne font l'objet aussi bien en droit OHADA qu'en droit français de procédures spécifiques de saisie. Il s'agit des droits de propriété intellectuelle comme les marques, les dessins et modèles, des œuvres de collaborations ; des logiciels ; des monopoles d'exploitation de l'auteur d'une œuvre littéraire ou artistique ; des autorisations ou licences nécessaires à l'exercice d'une profession et des quotes-parts indivises.

Pour autant, ces derniers ne bénéficient pas d'une insaisissabilité de fait. Une pareille solution contredirait gravement le principe posé à l'article 2284 du code civil selon lequel tous les biens du débiteur doivent répondre de ses dettes. Aussi s'évince-t-il clairement d'un avis[1129] rendu en février 1999 par la Cour de cassation que l'absence de procédure de saisie spécifique d'un bien ne saurait constituer un obstacle à sa saisie. C'est aussi ce qui ressort de l'article R. 23[1130] du code de procédure civile d'exécution.

3- La saisissabilité des droits réels

457. Division.- Le principe de la saisissabilité des droits réels principaux semble bien acquis[1131]. Ainsi en est-il de l'usufruit[1132], la nue-propriété, le droit d'emphytéose, la servitude, le droit de superficie[1133]. Quant à la saisissabilité des droits réels accessoires, il faut distinguer selon le caractère immobilier (a) ou mobilier (b) de ce droit.

[1128] Jurisprudence constante : Cass. com., 7 août 1951, *Bull. civ. IV*, n° 280 ; Cass. 3e civ., 9 avril 1970, *D*. 1970. 726; Cass. com., 3 oct. 2006, n° 04-14.611, *Bull. civ. IV*, n° 203 ; *Bull. Joly 2007*. 237, note Legrand

[1129] Cass., avis, 8 févr. 1999, n° 98-00.015, Bull. avis n° 1, *D*. 1999, note Brenner ; *Rev. huiss*. 1999. 301, note Daigre

[1130] Sauf dispositions contraires, la saisie des droits incorporels est régie par le présent titre dans la mesure où leur spécificité n'y met pas obstacle

[1131] V. en ces sens, S. PIEDELIEVRE et F. GUERCHOUN, « Saisie immobilière », *Rép. dr. imm*. déc. 2013, n° 96 ; Commentaire sous article L. 311-6 CPCE

[1132] Toutefois, l'usufruit légal des père et mère sur les biens de leur enfant est insaisissable du fait de l'inaliénabilité dont il est frappé (article 382 à 387 du code civil)

[1133] V. Commentaire sous article L. 311-6 du CPCE précisant à propos du droit de superficie : « *droit réel par consensus de la doctrine et de la jurisprudence, appartenant à une personne autre que le propriétaire du sol, sur ce qui se trouve dessus [des constructions, des arbres, des plantations à la surface du sol], ou sur ce qui se trouve dessous [garage en sous-sol, tunnel, cave]. Le droit de superficie écarte donc le jeu de la règle de l'accession de l'article 552 du code civil et le droit sur les volumes (simple droit de construire ou droit de superficie dématérialisé, avant même toute construction* ».

a- La saisissabilité des droits réels accessoires immobiliers

458. Une saisissabilité conditionnée à la cessibilité desdits droits.- Il s'agit du droit d'hypothèque, du droit de gage immobilier[1134], du droit de privilège immobilier et des droits du créancier en cas de fiducie-sûreté immobilière[1135]. Le législateur français a posé à l'article L. 311-6 du CPCE comme critère de saisissabilité de ces droits leur cessibilité. De sorte que la détermination du caractère saisissable des droits réels accessoires immobiliers impose de vérifier préalablement leur caractère cessible. Toutefois, la question de la détermination de la saisissabilité des droits du créancier fiduciaire immobilier ne se pose guère, parce que précisément il a été clairement réglé par le législateur. Ce dernier a en effet posé à l'article 2025 alinéa 1re du code civil la règle de leur saisissabilité par les seuls créanciers dont les créances trouvent leur cause dans la gestion du patrimoine fiduciaire. Dès lors, la vérification de la cessibilité ne se pose qu'à l'égard du droit d'hypothèque, du droit de gage immobilier et du droit de privilège immobilier.

La cessibilité du droit du créancier hypothécaire. Il est composé essentiellement du droit de suite et du droit de préférence. Il peut faire l'objet d'une transmission à titre principal contrairement à ce que pouvait laisser comprendre la règle « *accessorium sequitur principale* »[1136]. Cette règle résulte de l'article 2424 du code civil issu de l'ordonnance n° 2006-346 du 23 mars 2006 relative aux sûretés, prévoyant la possibilité d'une subrogation dans l'hypothèque. La subrogation dans l'hypothèque permet à un créancier hypothécaire de subroger dans ses droits –droit de suite et droit de préférence- un autre créancier du même débiteur[1137] ou même un créancier du subrogeant[1138]tout en conservant sa créance. Cette technique qui était connue de la pratique avant sa consécration légale avait été analysée à juste titre par la chambre des requêtes comme une « cession du droit d'hypothèque »[1139]. D'ailleurs la convention des parties stipule en générale un prix de cession.

[1134] Ce terme remplace depuis la loi du 12 mai 1999 de simplification du droit celui d'antichrèse antérieurement en vigueur

[1135] V. sur la liste exhaustive des sûretés réels immobiliers donnée par l'article 2373 du code civil

[1136] V. sur la portée de cette règle en droit civil H. ROLAND et L. BOYER, *Adage du droit français*, éd. Litec 1992, 3e éd., n° 3, p. 1 évoquant notamment « la domination de l'accessoire par le principal »

[1137] V. en ce sens Ph. SIMLER et Ph. DELEBECQUE, *Droit civil. Les sûretés. La publicité foncière*. Ed. Dalloz 2012, n° 547, p. 499 ; M. CABRILLAC, Ch. MOULY, S. CARILLAC et Ph. PETEL, Droit des sûretés, éd. Dalloz, 8e éd. 2007, n° 952, p. 664 ; Ph. DUPICHOT, Le pouvoir des volontés individuelles en droit des sûretés, thèse, Panthéon-Assas 2005, n° 691 et s., p. 524 et s.

[1138] V. sur l'hypothèse du subrogé créancier du subrogeant, *id.,*

[1139] Cass. req., 31 janv. 1883, *S*. 1884, 1, p. 321

Par ailleurs, la possibilité de transmission à titre principal des droits du créancier hypothécaire s'évince des articles 1278 et 1279 alinéa 2[1140] du code civil. Ces textes permettent aux parties *via* le mécanisme de la « réserve conventionnelle de sûreté » de reporter en cas de novation par changement d'objet, de créancier ou de débiteur[1141], les hypothèques et privilèges de l'ancienne créance sur la nouvelle[1142]. Cette transmission n'est autre chose qu'une cession qui peut bien être stipulée moyennant le paiement d'un prix de cession ou non. Par suite, il est permis d'affirmer que le droit d'hypothèque est cessible et donc saisissable conformément à l'article L. 311-6 du CPCE.

La cessibilité des droits du créancier bénéficiant d'un privilège immobilier. Comme exposé[1143], ces droits peuvent faire l'objet d'une cession *via* le mécanisme de la réserve conventionnelle de sûreté. Ils sont donc saisissables.

La cessibilité des droits du créanciers antichrésiste. Les droits du créancier antichrésiste sont de deux sortes : le droit d'usufruit et le droit de rétention. La cessibilité du droit d'usufruit n'est guère discutable. Ce droit pourra donc faire l'objet d'une saisie. Le droit de rétention peut en ce qui le concerne, être en réalité analysé comme une version renforcée des droits de suite et de préférence. En effet, ce droit accorde au créancier antichrésiste une préférence supplémentaire à celui du créancier hypothécaire puisque le créancier antichrésiste primera tous les créanciers hypothécaires. S'agissant du droit de suite, il est juste plus renforcé que celui détenu par le créancier hypothécaire puisque contrairement à ce dernier le créancier antichrésiste ne court aucun risque de voir l'immeuble entre des mains tierces. Ainsi, étant donné que le droit de rétention du créancier antichrésiste peut recevoir la qualification de « droit de suite et de préférence renforcés », il est permis, en l'absence de toute disposition légale sur sa cessibilité, d'appliquer *mutatis mutandis* à ce droit le même raisonnement que celui appliqué au droit de suite et de préférence du créancier hypothécaire. En résumé tous les droits du créanciers antichrésiste – droit d'usufruit et droit de rétention sur l'immeuble objet de sûreté- sont cessibles, donc saisissables.

[1140] Art. 1278 « Les privilèges et hypothèques de l'ancienne créance ne passent point à celle qui lui est substituée, à moins que le créancier ne les ait expressément réservés »
[1141] Dans cette hypothèse, le consentement du créancier est requis comme le précise l'article 1279 al. 2
[1142] V ; en ce sens, M. DAGOT, « La novation par changement de débiteur et le droit hypothécaire », *JCP* 1975, I, 2693, n° 4-6
[1143] Supra, p. 287

b- La saisissabilité des droits réels accessoires mobiliers ***Réservé***.

459. Des biens protégés.- Tous les biens ci-haut cités bénéficient de la protection au titre de droit fondamental, de sorte que toute atteinte injustifiée dont ceux-ci viendraient à être l'objet pourrait être analysée comme une violation du droit de propriété de leur auteur. C'est le cas des saisies auxquelles pourraient éventuellement donner lieu les actes juridiques privés exécutoires sur les biens du « débiteur désigné » dans le titre.

B- Des saisies constitutives d'une violation du droit de propriété du « débiteur désigné »

460. L'intérêt général d'efficacité économique dans le mécanisme d'attribution de la force exécutoire aux actes juridique privés.- Le mécanisme d'attribution de la force exécutoire à un acte juridique privé trouve son véritable fondement moins dans la hiérarchie des normes que dans la recherche de l'efficacité et plus précisément de la réalisation d'objectifs de développement économique par le droit notamment par le levier de la sécurité juridique[1144]. Mais il est permis de se demander si l'intérêt de l'efficacité économique propre à justifier l'atteinte qui peut résulter de la détention de pareils titres contre les biens protégés de la personne y désignée comme débiteur ?

461. L'atteinte causée au droit de propriété du « débiteur désigné ».- La saisie des biens d'un débiteur est en soi tout à fait normale et justifiée. Mais elle devient problématique dès lors que tous les inconnus de l'équation de la qualité de « débiteur » n'ont pas été déterminés et que dès lors, est susceptible de planer sur celle-ci l'ombre d'un doute. C'est précisément le cas du « débiteur désigné » dans l'acte juridique privé exécutoire en raison des nombreuses anomalies[1145] qu'accuse ce type de titre exécutoire. Et c'est la conjugaison de cette insuffisance avec l'effet de l'indisponibilité des biens saisis ainsi que ses corolaires qui induit pour le « débiteur désigné » une atteinte auxdits biens, atteinte dont la proportionnalité avec l'intérêt général d'efficacité économique poursuivi ne peut être établie.

462. L'absence de proportionnalité entre les atteintes aux biens du « débiteur désigné » et l'intérêt général d'efficacité économique.- L'indisponibilité rend précaires les droits du « débiteur désigné » sur les biens objets de la saisie[1146] malgré leur existence juridique[1147]. Or cette perte de l'abusus est le critère de définition de l'absence de proportionnalité entre le but d'intérêt général poursuivi et l'atteinte au droit de propriété caractéristique de l'atteinte à sa substance, tel que dégagé par la Cour EDH dans les arrêts *Sporrong* et *Lönnroth*, *Erkner* et *Hofauer*, *Poiss.* Par ailleurs, cette atteinte peut être analysée selon les termes du Conseil constitutionnel comme étant d'une gravité qui dénature le sens et la portée du droit de propriété du « débiteur désigné » sur les biens saisis.

463. Une possible atteinte à la substance du droit de propriété du « débiteur désigné ».- Au résultat, il est permis d'affirmer que le mécanisme d'attribution de la force exécutoire à un acte juridique privé est susceptible d'induire une violation du droit de propriété du « débiteur désigné », précisément dans l'hypothèse où ce dernier justifierait de griefs contre cet acte, griefs qu'il n'aurait pas eu la possibilité de soumettre à un juge avant d'éventuelles mesures de saisies sur ses biens.

Au demeurant, le droit de propriété du « débiteur désigné » n'est pas le seul droit fondamental substantiel dont la violation est susceptible d'être induite par le mécanisme de l'attribution de la force exécutoire à un acte juridique privé. Certains droits fondamentaux substantiels extrapatrimoniaux sont aussi concernés par ce risque.

Section II : Les droits fondamentaux extrapatrimoniaux

464. Division.- Les incohérences et insuffisances relevées dans les conditions d'établissement et de mise en œuvre de l'acte juridique privé exécutoire n'induisent pas que des risques de violation de droits fondamentaux patrimoniaux. Elles sont également susceptibles d'engendrer des violations de certains droits extrapatrimoniaux. Sont susceptibles d'être violés, le droit à la vie privée du « débiteur désigné » dans l'acte (Sous-section I) d'une part et du droit à l'égalité d'éventuels créanciers de ce dernier d'autre part (Sous-section II).

[1146] V. sur le sens de cette indisponibilité et sur ces corollaires, supra n° ….
[1147] A cette étape de la procédure de saisie, les biens demeurent propriété du saisi puisque ce dernier peut obtenir mainlevée de la saisie, exceptées les saisies qui réalisent le transfert automatique de la créance cause de saisie dans le patrimoine du saisissant.

Sous-section I : Le droit à la vie privé du « débiteur désigné »

465. Division.- La détention d'un titre exécutoire donne à l'huissier de justice instrumentaire un droit à l'information sur la vie privée du « débiteur désigné » dans le titre. Or ces informations semblent présenter tous les critères de qualification des données personnelles. Et celles-ci bénéficient d'une protection internationale et constitutionnelle au titre du droit à la vie privée dont il ressort des critères d'ingérence qui ne semblent pas être réunis dans l'hypothèse d'un droit à l'information sur la vie privée du « débiteur désigné » fondé sur un acte juridique privé exécutoire du fait précisément des nombreuses insuffisances qu'accuse ce titre exécutoire. Par suite, le droit d'accès aux données personnelles du « débiteur désigné » sur le fondement de ce titre (A) est constitutif de la violation de la vie privé de celui-ci (B).

A- Le droit d'accès aux données personnelles du « débiteur désigné » fondé sur l'acte privé exécutoire …

466. Les informations délivrées à l'huissier instrumentaire détenteur de l'acte privé exécutoire qualifiables de données à caractères personnelles.- Les informations concernant le « débiteur désigné » auxquelles peut prétendre l'huissier de justice instrumentaire détenteur d'un titre exécutoire rentrent dans la définition de données à caractère personnel telle qu'elle ressort de la loi informatique et libertés[1148]. L'exposé de la notion de données à caractère personnel (1) permettra de se rendre compte de cette qualification (2).

1- La notion de données à caractère personnel

467. La définition légale.- L'appellation de « données à caractère personnel » a remplacé celle précédemment utilisée dans la première version de la loi informatique et liberté à savoir « informations nominatives »[1149]. Ce changement terminologique a été introduit par la loi *n° 2004-801 du 6 août 2006*[1150] de transposition en droit français de la directive

[1148] Loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, *JO* du 7 janvier 1978
[1149] V. J. EYNARD, *Les données personnelles. Quelle définition pour un régime de protection efficace ?* éd. MICHALON 2013, Paris, p. 31 et s. sur la controverse sur l'assimilation de ces deux notions et notamment la divergence entre les tenants d'une conception unitaire et ceux d'une conception centrique ; M.-L ; LAFFAIRE, *Protection des données à caractère personnel. Tout sur la nouvelle loi informatique et libertés*, éd. d'Organisation, Paris 2005, p. 42 et s.
[1150] Loi n° 2004-801 du 6 août 2004 relative à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel et modifiant la loi no 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, *JO* du 7 Août 2004, p. 14063

communautaire *95/46 CE du 24 octobre 1995*[1151], directive dont la nouvelle loi reprend la définition. Selon l'article 2 de la loi informatique et libertés modifiée, « *constitue une donnée à caractère personnel toute information relative à une personne physique identifiée ou qui peut être identifiée, directement ou indirectement, par référence à un numéro d'identification ou à un ou plusieurs éléments qui lui sont propres. Pour déterminer si une personne est identifiable, il convient de considérer l'ensemble des moyens en vue de permettre son identification dont dispose ou auxquels peut avoir accès le responsable du traitement ou toute autre personne* ».

Peut donc recevoir la qualification de données à caractère personnel, toute information en lien avec une personne identifiée ou identifiable. Ainsi présentée, la notion de données à caractère personnel mérite encore d'être précisée. Que faut-il entendre par information ? Quelle est la nature du lien que celle-ci doit entretenir avec la personne ? Cette dernière s'entend-elle uniquement des personnes physiques à l'exclusion des personnes morales ? Quelle sont les critères de l'identification ?

468. Quelques précisions.- Selon le Professeur CATALA, l'information est un message qui est « *successivement formulation et communication* »[1152]. Or selon une auteure, cette définition ne renseigne pas sur ce qu'est l'information, même si elle « *permet d'affirmer que l'information nécessite, pour exister, d'être formalisée* »[1153]. Cette dernière a donc ajouté à cette caractéristique de « formalisation », d'autres matériaux doctrinaux[1154] pour en proposer une. L'information serait donc : « *une chose incorporelle formalisée et porteuse de sens* »[1155]. Mais en tant que tel, l'information ne peut recevoir la qualification de donnée à caractère personnel que si elle se rapporte à un individu, ne fût-ce qu'indirectement[1156]. Le Groupe de travail de l'article 29 considère cette condition comme étant « *cruciale* »[1157].

[1151] Directive communautaire *95/46 CE du 24 octobre 1995* relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement de données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, *JOCE* du 23 novembre 1995, p. 31

[1152] P. CATALA, « Ebauche d'une théorie juridique de l'information », *D.* 1984, chron. XVII, p. 97, spéc. n° 5 et 6

[1153] J. EYNARD, *Les données personnelles. Quelle définition pour un régime de protection efficace ?,* op. cit., p. 35

[1154] *Id.*, citant J.-C. GALLOUX, « Ebauche d'une théorie juridique de l'information », *D. 1994, chron*., p. 229 définissant les informations comme des « choses incorporelles » et E. DARAGON, « Etude sur le statut juridique de l'information », *D. 1988, chron*., p. 63, pour lequel elle serait « *porteu(se) de signification* »

[1155] *Id*., p. 35

[1156] V. en ce sens, CNIL, « 23e rapport d'activité pour 2002 », *La Documentation française*, 2003, p. 143 qui précise que : « *si, en tant que telle, une photo d'immeuble ne constitue pas une donnée nominative, en revanche, cette même photo, associée à l'adresse correspondante, est susceptible de constituer une donnée indirectement nominative (...)* ».

[1157] Groupe de travail article 29, avis 4/2007, p. 10

L'information doit concerner des personnes physiques, à l'exclusion des personnes morales sauf lorsque des informations à caractère personnel concernant les actionnaires, le personnel, les dirigeants, les partenaires, etc. de celles-ci sont collectées. Par ailleurs, ni la forme de celle-ci, ni son caractère sensible ou non ni son caractère public ou privé n'est pris en compte dans sa qualification de données personnelles. À cet égard, la *CNIL* précisait dans son 24e rapport annuel que « *les données à caractère personnel contenues dans un document officiel, ou détenues par une administration ou un organisme public et qui auraient été rendues publiques conservent ce caractère personnel* »[1158].

Quant à la condition de l'identification, elle est considérée comme étant remplie dès lors que l'information est rattachable directement ou indirectement[1159] à la personne concernée. Et même si ce rattachement ne peut être opéré à l'origine, l'existence de potentiel recoupement permet de retenir la qualification de données à caractère personnel, l'important étant la possibilité d'identification de l'individu concerné. Seront prises en compte dans la détermination de cette possibilité, les moyens dont « *dispose ou auxquels peut avoir accès le responsable du traitement ou tout autre personne* »[1160].

Les éléments du droit à l'information du créancier détenteur d'un titre exécutoire semblent à l'aune de ces précisions recevoir la qualification de données à caractère personnel.

2- La qualification

469. Les éléments du droit à l'information.- Il a été dit que le détenteur d'un titre exécutoire peut se faire délivrer *via* l'huissier instrumentaire tous les « *renseignement permettant de déterminer l'adresse du débiteur, l'identité et l'adresse de son employeur ou de tout tiers débiteur ou dépositaire de sommes liquides ou exigibles et la composition de son patrimoine immobilier* »[1161] par toutes les « *administrations de l'État, des régions, des départements et des communes, les entreprises concédées ou contrôlées par l'État, les régions, les départements et les communes, les établissements publics ou organismes contrôlés par l'autorité administrative* »[1162]. Par ailleurs, ce dernier peut demander aux « établissements habilités par la loi à tenir des comptes de dépôt » d'indiquer à l'huissier de justice chargé de l'exécution et porteur d'un titre exécutoire « *si un ou plusieurs comptes, comptes joints ou*

[1158] CNIL, 24e rapport d'activité 2003, *La Documentation française*, p. 107
[1159] Crim., 3 novembre 1987 …….
[1160] Art. 2 al. 2 de la loi informatique et libertés
[1161] *Loc*. cit.,
[1162] *Loc*. cit.,

fusionnés sont ouverts au nom du débiteur ainsi que les lieux où sont tenus les comptes, à l'exclusion de tout autre renseignement, sans pouvoir opposer le secret professionnel »[1163].

470. Des éléments répondant aux critères de définition des « données personnelles.- D'abord il convient de relever que le traitement des informations en cause peut être le fait d'organismes publics – les administrations de l'Etat ou celles des collectivités locales- ou privés –les banques et en général tout établissement habilité par la loi à tenir des compte de dépôts- et que cela n'est susceptible d'avoir aucun impact sur leur qualification de données à caractère personnel. Ensuite, en ce qui concerne la nature même desdites informations, il s'agit bien de choses incorporelles formalisées, ayant un sens et se rattachant sans équivoque à la personne du « débiteur désigné », donc à une personne identifiée. C'est le cas de son adresse, de celle de son employeur, de ses numéros de comptes bancaires, de l'identité de tout tiers qui détient pour son compte de somme d'argent, de la composition de son patrimoine[1164].

Par suite, toutes les informations communiquées au bénéficiaire de l'acte juridique privé exécutoire concernant le « débiteur désigné » peuvent être qualifiées de données à caractère personnel de ce dernier. Or les nombreuses insuffisances de l'acte juridique privé exécutoire laissent supposer que cet accès à ces données du « débiteur désigné » auquel ce titre donne droit pourrait être constitutif d'une violation de la vie privée de ce dernier.

B- … constitutive d'une violation de sa vie privée

471. Division.- Les données à caractère personnel ne bénéficient pas *per se* d'une protection constitutionnelle et internationale. C'est au titre du droit à la vie privée que celles-ci sont constitutionnellement protégées (1). Or une atteinte à la vie privée avant d'être perçue comme légitime doit être répondre à certains critères bien établis. Tel ne semble pas être le cas en l'espèce (2).

1- La protection des données à caractère personnel au titre de droit à la vie privée

472. Une protection légale.- Les données à caractère personnel font l'objet d'une protection légale en droit interne français. Cette protection est assurée par la loi informatique et libertés et par l'article 9 du code civil issu de la loi n° 70-643 du 17 juillet 1970 qui dispose que

[1163] *Loc*. cit.,
[1164] V. sur la qualification d'information patrimoniale en tant qu'information personnelle, F. DEBOISSY et J.-Ch. SAINT-PAU, « La divulgation d'une information patrimoniale (à propos de l'affaire *Calvet*) », *D*. 2000, p. 267

chacun a droit au respect de sa vie privé. Outre ces protections, les données à caractère personnel bénéficient d'une protection supra législative.

473. Une protection supra législative.- La protection supra législative des données à caractère personnel est assurée aussi bien par la Cour EDH sur le fondement de l'article 8 de la Conv EDH que par le Conseil constitutionnel sur celui de l'article 2 de la DUDHC.

La protection par la Cour EDH. La Cour de Strasbourg contrôle l'utilisation des données à caractère personnel sur le fondement de l'article 8 de la Convention. Ainsi dans l'affaire *Leander c/ Suède*[1165], le requérant avait été invité à quitter son poste sur la base d'informations fournies par la police et portant notamment sur ses antécédents personnels et politiques et qui le présentaient comme dangereux pour la sécurité. Ce dernier contesta cette décision sur la base de l'article 8 de la Conv EDH. La Cour a relevé que le système suédois justifiait de garanties suffisantes et conclut en conséquence que cette ingérence des autorités publiques dans la vie privée de Leander était proportionnelle à l'intérêt général de protection de la sécurité nationale que celle-ci poursuit. Cette protection de l'utilisation –mémorisation et divulgation- des données à caractère personnel sur le fondement de l'article 8 a été confirmée par d'autre décision de la Cour EDH[1166]. Le Conseil constitutionnel français a emboité le pas à la Cour de Strasbourg dans cette volonté de protéger l'utilisation des données à caractère personnel au titre du droit à la vie privée.

La protection par le Conseil constitutionnel. D'abord, il convient de faire observer que pour pallier l'absence de mention du droit à la vie privée dans le texte constitutionnel, le Conseil constitutionnel a dans un premier temps proclamé la dimension constitutionnelle de ce droit via celui de la liberté individuel. Ainsi dans sa décision du 29 décembre 1983, le Conseil jugeait que « *l'article 66 de la Constitution confie à l'autorité judiciaire la sauvegarde de la liberté individuelle sous tous ses aspects, et notamment celui de l'inviolabilité du domicile* ». Ce n'est qu'en 1999, dans sa décision du 23 juillet 1999[1167] que le Conseil dégagea un fondement propre au droit à la vie privée à savoir l'article 2 de la DUDHC. Cette jurisprudence du Conseil sur le fondement du droit à la vie privée est depuis lors demeurée constante[1168]. Et c'est au titre du

[1165] CEDH, 26 mars 1987, A, n° 116 ;
[1166] CEDH, gr. Ch., 4 déc. 2008, *S*. et *Marper c/ Royaume-Uni, aff.* n° 30562/04, & 66, *AJ Pénal* 2009. 81, *obs*. Roussel ; *JCP* 2009. *I*. 104, *chron.* Sudre ; 17 déc. 2009, *B c/ France*, *aff*. n° 5335/06 & 68 et 69 *JCP* 2010. *act*. 62, *obs*. Sudre
[1167] Cons. const. 23 juill. 1999: *n° 99-416 DC § 45*
[1168] Cons. const. 9 nov. 1999: *n° 99-419 DC § 73 ;* Cons. const. 21 déc. 1999: *n° 99-422 DC § 52 ;* Cons. const. 13 mars 2003: *n° 2003-467 DC § 19 et 70 ;* Cons. const. 2 mars 2004: *n° 2004-492 DC § 75 ;* Cons. const. 21

droit à la vie privée que le Conseil constitutionnel proclama, bien tardivement au début des années 90[1169] la dimension constitutionnelle de la protection des données à caractère personnel[1170].

De cette protection, il résulte que toute ingérence dans la vie privée d'une personne doit être légitime, ce qui ne semble pas être le cas de la communication des informations à caractères personnel du « débiteur désigné » dans un acte juridique privé exécutoire.

2- Une ingérence injustifiée

474. Les critères d'une ingérence légitime.- Selon le Conseil constitutionnel, l'utilisation- collecte, conservation, consultation et communication- des données à caractère personnel d'une personne doit être justifiée par un motif d'intérêt général et mise en œuvre de manière adéquate et proportionnée à cet objectif[1171]. Ce principe a été récemment rappelé dans une décision de mars 2014[1172].

C'est la même exigence qui ressort de l'article 8 de la Conv. EDH qui dispose : « *toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance.*

Il ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui ».

De ce texte, la doctrine a dégagé trois conditions d'une ingérence justifiée telles qu'elles ressortent de l'analyse de la jurisprudence de la Cour EDH. Il s'agit des exigences d'une base

---

févr. 2008: *n° 2008-562 DC § 31 ;* Cons. const. 25 févr. 2010: *n° 2010-604 DC § 21 ;* Cons. const. 30 mars 2012, *Omar S.: n° 2012-227 QPC § 6*

[1169] V. en ce sens L. FAVOREU et autres, op. cit., n° 225-11, p. 270-271

[1170] Cons. const. 29 juill. 1998, n° 98-403 DC, & 36, Taxe d'inhabitation, Rec., p. 276 ; 23 juill. 1999, n° 99-416 DC, Couverture maladie universelle, Rec., p. 100 ; Cons. const. 9 nov. 1999: *n° 99-419 DC § 73.,* Pacte civil de solidarité, Rec., p. 116 ; Cons. const. 3 mars 2007: *n° 2007-553 DC § 5 ;* Cons. const., 13 mars 2003, n° 2003-467 DC, Loi pour la sécurité intérieure, Rec., p. 211 ; Cons. const., 8 déc. 2005, n° 2005-527, n° 2005-527 DC, Loi relative au traitement de la recidive des infractions pénales ; Cons. const. 22 mars 2012: *n° 2012-652 DC § 8 ;* Cons. const., 13 mars 2014 : n° 2014-690 DC

[1171] Cons. const. 22 mars 2012, précit.

[1172] Cons. const., 13 mars 2014, précit.

légale de l'ingérence, de sa légitimité conventionnelle et enfin de son caractère nécessaire au regard des exigences d'une société démocratique[1173].

L'assise légale de l'ingérence. Elle s'entend du fait que celle-ci tire sa source dans la loi.

La légitimité conventionnelle du but de l'ingérence. Elle suppose que l'intérêt qu'elle entend protéger corresponde à l'énumération figurant à l'alinéa 2 de l'article 8.

Le critère de nécessité. Il consiste dans le fait que l'ingérence doit répondre *« à un « besoin social impérieux »,* d'une part et « *rester proportionnée au but légitime poursuivi* »[1174]d'autre part. S'agissant du besoin social justifiant l'ingérence, il n'est considéré comme étant impérieux que s'il est dicté par des motifs à la fois pertinents et suffisants[1175].

L'examen de la pertinence des motifs se fait à travers une appréciation casuistique de chaque situation d'ingérence et sur la base d'éléments circonstanciels « *qui imposent à l'Etat de s'ingérer pour atteindre le but légitime assigné* »[1176]. Ont par exemple été considérés comme pertinents, des motifs tirés de l'âge du partenaire pour la répression de l'homosexualité[1177], de la volonté clairement manifestée par une personne de poursuivre une activité illicite[1178], du risque de voir des articles de presse dévaloriser la fonction judiciaire[1179].

Pour répondre à la question de la suffisance des motifs, la Cour se pose la question de savoir si l'ingérence est de nature à permettre la réalisation du but –intérêt général ou privé- poursuivi. De sorte qu'une ingérence qui est « *inefficace par rapport au besoin social impérieux qu'elle était censée servir, constitue une violation de la Convention* ». Tel est le cas par exemple d'une mesure d'interdiction de capture de signaux de télécommunication inutilisables[1180], de la répression d'actes homosexuels consentis entre adultes et non publics, au nom de la défense de la morale publique[1181].

[1173] V. COUSSIRAT-COUSTERE, « Commentaire de l'article 8 paragraphe 2 », in L.E. PETTITI, E. DECAUX et P.H. IMBERT, COUSSIRAT-COUSTERE (dir.), *La Convention européenne des droits de l'homme. Commentaire article par article* , p. 324 et s.
[1174] *Id*. p. 337
[1175] CEDH, 23 oct. 1981, *aff. Dudgeon c/ Royaume-Uni*, *A*. n° 45, && 51-54
[1176] V. COUSSIRAT-COUSTERE, « Commentaire de l'article 8 & 2 », *précit*. , p. 338
[1177] Req. n° 7215/75, *DR* 19, pp. 91 et 94 ; n° 5935/72, *DR* 3, p. 50
[1178] Arrowsmith c./Royaume-Uni, rapport Commission 12 décembre 1978, *DR* 19, p. 54
[1179] CEDH, 26 avril 1979, arrêt Sunday Times du 26 avril 1979, *A* n° 30, & 47
[1180] CEDH, 22 mai 1990*, arrêt Autronic AG*, *A* n° 178, & 63
[1181] CEDH, 23 oct. 1981, *arrêt Dudgeon c/ Royaume-Uni*, op. cit., && 60-62 ; 26 oct. 1988, *aff. Norris*, *A* n° 142, & 46

Quant à la condition de proportionnalité entre l'ingérence et le but légitime poursuivi, son examen consiste en la recherche d'un juste équilibre entre le droit concerné et le but poursuivi par l'ingérence. A cet égard, il est tenu compte notamment de l'ampleur et de l'importance de l'atteinte[1182]. Cet équilibre est notamment apprécié en tenant compte des garanties[1183] entourant l'ingérence, de son caractère limité et temporaire[1184] ou de l'indisponibilité d'autres moyens[1185].

475. La fourniture de données à caractère personnel du débiteur désigné, une ingérence ayant un fondement légal et un but légitime, mais non nécessaire.- La fourniture des informations concernant des données à caractère personnel du « débiteur désigné » au détenteur d'un acte privé exécutoire constitue une ingérence étatique dans la vie privée de celui-ci. Cette ingérence tire son fondement dans la loi en l'occurrence de l'article … Aussi, vise-t-elle un but qui pourrait être qualifié de légitime au sens de l'article 8 alinéa 2 de la Conv. EDH. En effet, comme déjà expliqué, elle vise un but de développement économique, objectif prévu par cet article, d'où sa légitimité. Toutefois, si les deux premiers critères d'une ingérence légitime semblent être réunis, tel ne semble pas être le cas du critère de nécessité. En effet, aussi bien la pertinence de l'ingérence que sa proportionnalité avec l'atteinte qu'elle induit ne paraissent pas établis.

La non-pertinence du motif de l'ingérence. Le motif de l'ingérence s'évince clairement de la jurisprudence de la Cour de cassation selon laquelle : *« si toute personne est en droit, notamment pour échapper aux indiscrétions ou à la malveillance, de refuser de faire connaître le lieu de son domicile ou de sa résidence, (…), il en va autrement lorsque cette dissimulation lui est dictée par le seul dessein illégitime de se dérober à l'exécution de ses obligations et de faire échec aux droits de ses créanciers* ». Ainsi, l'ingérence a pour motif d'empêcher le débiteur de se dérober à ses obligations et de faire échec aux droits de ses créanciers. Or dans le cas d'un acte juridique privé exécutoire, la qualité de débiteur pourrait être sujette à caution, dans l'hypothèse où le « débiteur désigné » dans l'acte justifierait de contestations qu'il n'aurait pu soumettre à un juge avant la mise en œuvre dudit titre, comme déjà démontré[1186]. Et puisque l'ingérence est motivée par cette qualité de « débiteur », il va s'en dire que celle-ci ne saurait

[1182] CEDH, 21 juin 1988, *arrêt Berrehab*, A n° 138 & 29 ; 22 juin 1989, *arrêt Eriksson*, A n° 156, & 71, Pour la prise en compte du droit en cause à savoir la vie familiale
[1183] CEDH, 6 septembre 1978, arrêt *Klass et autres* A n° 28, && 49-50 ; 26 mars 1987, arrêt *Leander*, op. cit., && 63-66
[1184] CEDH, 24 mai 1988, arrêt *Müller et autres*, A n° 133, & 43 ; 26 nov. 1991, arrêt *Observer et Guardian* A n° 216, & 64
[1185] CEDH, 27 nov. 1992, arrêt *Olsson*, A n° 250, && 87-88 et 90-91

recouvrir aucune espèce de pertinence. Par suite, l'ingérence est injustifiée. Elle l'est tout aussi au regard de l'absence de garantie qui la caractérise.

L'absence de garantie entourant l'ingérence. Communiquer des données à caractère personnel d'une personne, dont les contestations portant sur les obligations à caractère civil, ayant par ailleurs motivé cette ingérence, n'ont pu être soumises avant celle-ci à un juge, relève de toute évidence de l'arbitraire. Par conséquent, une pareille ingérence ne saurait être tenue pour proportionnée au droit auquel elle porte atteinte, en l'occurrence le droit à la vie privée de la personne concernée. D'où son caractère injustifié.

Au résultat, le mécanisme d'attribution de la force exécutoire à un acte juridique privé est susceptible d'engendrer la violation de la vie privée du « débiteur désigné ». Mais le droit à la vie privée du « débiteur désigné » n'est pas le seul droit fondamental substantiel extrapatrimonial dont ce mécanisme pourrait entrainer la violation. Il est aussi susceptible d'entraîner une violation du droit à l'égalité d'éventuels autres créanciers du « débiteur désigné », ceux dont le caractère certain de la créance sur ce dernier serait établi, contrairement à celle du détenteur d'un acte privé exécutoire.

Sous-section II : le droit fondamental à l'égalité d'éventuels créanciers du « débiteur désigné »

476. Division.- Les conditions d'établissement et de mise en œuvre de l'acte juridique privé exécutoire sont nettement plus avantageuses que celles des autres titres exécutoires. Ce faisant, le législateur a créé entre les titres exécutoires une différence de traitement. Ceci incline à se poser la question de la conformité des conditions d'établissement et de mise en œuvre de l'acte privé exécutoire au principe d'égalité. Cette question mérite d'être posée d'autant que le principe d'égalité bénéficie d'une reconnaissance supra législative (A) et qu'à ce titre il s'impose au législateur. Mais malheureusement l'examen des conditions d'établissement et de mise en œuvre des actes juridiques privés exécutoires à l'aune des critères posés par les instruments de protection des droits fondamentaux, notamment s'agissant du principe d'égalité, permet d'affirmer que celles-ci est susceptible d'emporter une rupture d'égalité entre les créanciers du « débiteur désigné ». Cette inégalité peut exister entre un créancier du « débiteur désigné », détenteur d'un acte juridique privé exécutoire et d'autres éventuels créanciers de ce dernier (B), que ceux-ci justifient d'un autre type de titre exécutoire ou d'ailleurs même d'un acte juridique privé exécutoire.

A- La reconnaissance supra-législative du principe d'égalité

477. Un principe matriciel universellement garanti.- Le principe d'égalité apparaît comme un véritable *jus cogens*, un principe matriciel reconnu aussi bien dans les différents systèmes juridiques internationaux[1187] (1) que dans les ordres juridiques internes[1188] (2). Ainsi ressort-il de l'article 7 de la Déclaration universelle des droits de l'homme, des articles 2 et 26 du PIDCP, des articles 2 et 3 de la ChADHP et de l'article 14 et de l'article 1re du protocole additionnel n° 12[1189]. L'analyse de ces différents textes révèle une triple déclinaison du principe d'égalité.

1- Au plan international

La protection du droit à l'égalité est assurée par la reconnaissance d'un droit à la non-discrimination (a) dans tous les systèmes internationaux de protection des droits de l'homme. Aussi loin de se contenter d'une simple reconnaissance, tous les systèmes de protection se sont-ils évertués à établir des critères précis d'un traitement discriminatoire (b).

a- La reconnaissance d'un droit à la non-discrimination

478. La clause de non-discrimination présente dans tous les systèmes de protection des droits de l'homme.- La protection du principe d'égalité par les instruments internationaux s'évince en général d'une clause de non-discrimination y figurant. Celle-ci interdit la discrimination dans la jouissance des droits fondamentaux et libertés garanties par lesdits instruments et fondés sur des critères non limitativement[1190] énumérés. La clause de non-

[1187] Ph. VEGLERIS, « Le principe d'égalité dans la Déclaration universelle et la Convention européenne des droits de l'homme » in *Miscillenae W. J. Ganshof Van Der Meersch*, tome 1, Bruylant-LGDJ, 1972, p. 565
[1188] Conseil d'Etat français- Rapport public 1996, Considérations générales sur le principe d'égalité, *EDCE* n° 48, Paris, *La Documentation française*, 1997, p. 13 et s.
[1189] Ce protocole adopté par le Comité des Ministres le 26 juin 2000 à la 751e réunion des délégués des Ministres est entré en vigueur le 1re avril 2005 n'a pas été ratifié par la France.
[1190] Ce caractère non limitatif s'évince du motif : « toute autre situation » figurant dans chacune des clause de non-discrimination de chaque instrument de protection. Il ressort de l'interprétation aussi bien de la Cour EDH que du CDH, que la liste des motifs de discriminiation figurant à l'article 14 pour la Conv EDH et à l'article 26 pour le PIDCP n'est pas limitative : CEDH, 8 juin 1976, Engel, A.22, & 72 ; 7 décembre 1976, *Kjeldsen, Busk Madsen et Perdesen* A.23, & 56, interdisant tout « traitement discriminatoire ayant pour base ou pour motif une caractéristique personnelle par laquelle des personnes ou des groupes de personnes se distinguent les uns des autres » ; 28 novembre 1984, *Rasmussen*, A.87, & 34 et pour le CDH, V. Communication N° 196/1985, déc. 3 avril 1989, *Ibrahim Gueye Etal. c/ France, R.U.D.H*., p. 62, & 9.4 jugeant le motif de « nationalité » fondant un traitement différencié en matière de pension militaire discriminatoire au titre de l'expression « toute autre situation » figurant à l'article 26 ; N° 395/1990, Th. *Sprenger c/ Pays-bas*, déc. 31 mars 1992, *Al47/40*, p. 308

discrimination est prévue à l'article 7 de la DUDH[1191], à l'article 2 paragraphe 1[1192] du PIDCP, à l'article 2 de la ChADHP[1193] et à l'article 14 de la Conv. EDH[1194]. Elle est rédigée à quelques différences[1195] près de la même façon.

479. L'autonomisation de la clause de non-discrimination résultant de la jurisprudence de la Cour EDH.- Si la formulation de la clause de non-discrimination laisse penser que celle-ci n'a pas « d'existence indépendante »[1196], l'interprétation qu'en a donnée la Cour EDH a contribué à l'autonomiser. Il résulte en effet de la jurisprudence de la Cour EDH fixée depuis l'affaire *relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique belge*[1197] que l'article 14 fait « partie intégrante de chacune des dispositions garantissant des droits et libertés ». De sorte qu' « *il suffit simplement que la Cour conclue à l'applicabilité d'une des clauses de la Convention protégeant un droit pour qu'elle puisse ensuite examiner si l'Etat a bien assuré une jouissance non discriminatoire de ce droit* »[1198] et que la clause de non-discrimination peut alors s'appliquer « *en l'absence même de manquement à l'un ou à l'autre des droits garantis : une mesure conforme, par exemple au droit au respect à la vie privée et familiale (art. 8) mais revêtant un caractère discriminatoire (art. 14) sera incompatible avec la Convention européenne, par le jeu combiné de l'article 14 et de l'article 8* »[1199].

[1191] Article 7 DUDH : *« tous sont devant la loi et ont droit sans distinction à une égale protection de la loi. Tous ont droit à une protection égale contre toute discrimination qui violerait la présente Déclaration et contre toute provocation à une telle discrimination* »

[1192] Article 2 PIDCP : « *Les Etats partis au présent Pacte s'engagent à respecter et à garantir à tous les individus se trouvant sur leur territoire et relevant de leur compétence les droits reconnus dans le présent Pacte, sans distinction aucune, notamment de race, de couleur, de sexe, de langue, de religion, d'opinion politique ou de toute autre opinion, d'origine nationale ou sociale, de fortune, de naissance ou de toute autre situation* ».

[1193] Article 2 ChADHP : « *Toute personne a droit à la jouissance des droits et libertés reconnus dans la présente Charte sans distinction aucune, notamment de race, d'ethnie, de couleur, de sexe, de langue, de religion, d'opinion politique ou de toute autre opinion, d'origine nationale ou sociale, de fortune, de naissance ou de toute autre situation* ».

[1194] Article 14 de la Conv EDH : « *La jouissance des droits et libertés reconnus dans la présente Convention doit être assurée, sans distinction aucune , fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, la langue, la religion, les opinions politiques ou toutes autres opinions, l'origine nationale ou sociale, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance ou toute autre situation* ».

[1195] L'article 2 de la ChADHP mentionne parmi les critères de discrimination interdite « l'ethnie » là où l'article 14 de la Conv. EDH a mentionné l'appartenance à une minorité nationale et où l'article 2 & 1 du PIDCP ne comporte aucune mention à ce sujet.

[1196] Cette absence d'indépendance résulte du fait qu'elle n'est invocable qu'en cas de violation des droits garantis par le texte. V. en ce sens F. Sudre, « Commentaire sous article 2 de la ChADHP » in La Charte africaine des droits de l'homme et des peuples et le protocole y relatif portant création de la Cour africaine des droits de l'homme : commentaire article par article, op. cit., p. 118 et s. spéc. 126 ; « Commentaire sous article 14 de la Conv. EDH », in Code constitutionnel et des droits fondamentaux, éd. Dalloz 2015, p. 2289-2290

[1197] Cour EDH, 23 juill. 1968, *Affaire linguistique belge*, A, n° 6, p. 34, & 9

[1198] « Commentaire sous article 14 de la Conv. EDH », op. cit., p. 2290

[1199] F. Sudre, « Commentaire sous article 2 de la ChADHP », *op. cit.*

480. L'interprétation extensive de la clause de non-discrimination par la Cour EDH aux droits non expressément garantis par la Convention.- Outre cette autonomisation de l'article 14 de la Conv EDH, il est à relever une extension de son domaine d'application à des droits non expressément prévus et garantis par la Convention et ses protocoles[1200]. C'est le cas par exemple du droit à indemnisation pour atteinte au droit de propriété. Cette interprétation extensive de l'article 14 mérite approbation. Il ne serait en effet pas compréhensible, que la mise en œuvre d'un principe aussi important que celui de l'égalité des citoyens qui suppose une égalité pas uniquement dans la jouissance des droits et libertés fondamentaux mais aussi une égalité de droit[1201], principe érigé par beaucoup d'Etat en devise républicaine, ne puisse être contrôlée par les organes supranationaux de protection des droits fondamentaux. Car plus que la mise en œuvre effective de ce principe, c'est le contrôle du respect par les Etats d'un droit fondamental à savoir le droit fondamental à l'égalité qu'il est question.

481. L'autonomie du droit de non-discrimination dans les systèmes de la ChADHP et du PIDCP.- De ce point de vue, il convient de saluer la vision des rédacteurs de la ChADHP et du PIDCP qui ont pris le soin, de garantir contrairement à la Conv EDH, le droit à l'égalité devant la loi et à l'égale protection de celle-ci[1202]. Ce faisant, c'est clairement la législation nationale de chaque Etat qui est visée. Il s'agira concrètement pour les organes supranationaux africains –la Commission et la Cour ADHP- et pour le Comité des Droits de l'homme de veiller à ce que les Etats parties à la ChADHP ou au Pacte, n'adoptent ou ne mette en œuvre des lois à contenu discriminatoire. C'est du reste l'interprétation retenue par le Comité des Droits de l'Homme des Nations Unies dans l'affaire *Broeks c/ Pays-Bas*[1203] de l'article 26[1204] du PIDCP. *« Refusant de voir dans la disposition de l'article 26 une simple réitération de la clause de non-discrimination de l'article 2 & 1 du Pacte, le Comité estime que l'article 26 consacre le principe général de l'égalité devant la loi, proclamé par l'article 7 de la DUDH, qui « interdit toute discrimination de droit ou de fait dans le domaine relevant de l'autorité et de la protection des pouvoirs publics »*[1205].

[1200] *Id*. p. 127
[1201] Il s'agit ici de droit tel que résultant de la loi et de sa mise en oeuvre
[1202] Article 3 ChADHP : « *1. Toutes les personnes bénéficient d'une totale égalité devant la loi ; 2. Toutes les personnes ont droit à l'égale protection de la loi* » ; Article 26 du PIDCP : « *Toutes les personnes sont égales devant la loi et ont un droit sans discrimination à une égale protection de la loi (…)* »
[1203] CDH, *Broeks c/ Pays-Bas*, 9 avril 1987, 172/1984, 9 avril 1987
[1204] Article 26 du PIDCP : « *Toutes les personnes sont égales devant la loi et ont un droit sans discrimination à une égale protection de la loi (…)* »
[1205] F. Sudre, « Commentaire sous article 2 de la ChADHP », *op. cit.*, p. 129

C'est aussi cette même interprétation qui confère au droit à la non-discrimination son autonomie[1206] qui ressort des communications de la Commission africaines des droits de l'homme. La Commission exerce en effet son contrôle aussi bien sur l'égalité devant la loi des citoyens des Etats parties que sur l'égale protection que leur accorde celle-ci.

L'égalité devant la loi dans les jurisprudences du Comité des droits de l'homme et de la Commission. S'agissant de l'égalité devant la loi que la doctrine appréhende plutôt dans le sens de son application égalitaire par les pouvoirs de l'Etat – exécutif et judiciaire-[1207], il « *signifie que les citoyens doivent s'attendre à être traité de manière juste et équitable dans le système juridique et à être assurés d'un traitement égal devant la loi et d'une jouissance égale des droits dont peuvent se prévaloir tous les autres citoyens. Le droit à l'égalité est important pour une seconde raison, à savoir que l'égalité affecte la possibilité pour l'individu de jouir de beaucoup d'autres droits* »[1208].

L'égale protection de la loi dans les jurisprudences du Comité des droits de l'homme et de la Commission. Pour ce qui est du droit à une protection égale de la loi, considérée comme la « prohibition des lois discriminatoires » et de la « non-adoption de mesures positives que l'application concrète du droit à l'égalité réclamait », la Commission veille également par sa jurisprudence à sa bonne mise en œuvre. Elle a pu ainsi, dans l'affaire de *l'amendement constitutionnel*, juger que l'amendement constitutionnel imposant aux candidats à une élection présidentielle d'être nés de parents zambien ou d'être de descendance zambienne, « *a eu pour effet de priver un citoyen zambien, en l'occurrence l'ancien Président Dr Kenneth D. Kaunda, du droit de prendre part aux élections* »[1209]ou qu'une loi sur l'internement automatique et indéterminé de personnes malades mentaux violait le droit à une égale protection de la loi[1210].

[1206] *Id*. p. 128

[1207] A. ONDOUA, « Commentaire de l'article 3 de la ChADHP » in KAMTO M. (dir.), *La Charte africaine des droits de l'homme et des peuples et le protocole y relatif portant création de la Cour africaine des droits de l'homme. Commentaire article par article*, Bruylant, 2011, p. 134

[1208] Commission africaine, 211/98, *Legal ressources Foundation c. Zambie* : *amendement constitutionnel* de 1996, mai 2001, & 63 ; V. aussi Commission africaine, 207/97, Mouvement Burkinabé des droits de l'homme et des peuples c. Burkina Faso, 2001, & 40 pour un cas de violation du principe de l'égalité devant la loi plus précisément s'agissant d'une application différenciée d'une mesure de réhabilitation à des travailleurs. La Commission a jugé que : « *quinze ans sans qu'aucun acte de procédure ne soit pris et sans aucune décision se prononçant sur le sort des personnes concernées ni sur les répartitions sollicitées, constituent un déni de justice et une violation de l'égalité de tous les citoyens devant la loi* »

[1209] Commission africaine, 211/98, *Legal ressources Foundation c. Zambie* : *amendement constitutionnel* de 1996, préc.

[1210] Commission africaine, Purohit et Moore c. Gambie, 241/01, *aff. Lunatics Detention*, mai 2003, & 54

b- Les critères de traitement discriminatoire

482. Le traitement différencié de situations identiques ou analogues.- La premier niveau de contrôle d'un traitement discriminatoire consiste en la vérification de l'existence ou non d'un traitement différencié. Le traitement différentié retenu comme le premier critère d'une discrimination est celui qui porte sur des situations, sinon identiques du moins analogues[1211]. Sont par exemple considérés comme étant placés dans une situation identique, les pères et mère s'agissant du choix du nom de famille[1212] et dans une situation analogue à celle des nationaux, les étrangers, au regard de l'allocation pour adulte handicapé[1213], les élèves des écoles publiques et celle des élèves des écoles privées au regard de la règlementation des bourses scolaires[1214]. Toutefois, il ne suffit pas de relever un traitement préférentiel entre deux situations identiques ou analogues pour pouvoir conclure à une discrimination, car comme le précise le Comité des droits de l'homme dans son observation générale 18(37) sur l'article 26 du PIDCP, « la jouissance des droits et libertés dans des conditions d'égalité n'implique pas dans tous les cas un traitement identique »[1215]. Encore faudra-t-il établir que ce traitement différentiel ne se fonde sur aucune justification objective ou raisonnable comme cela s'évince des jurisprudences de la Cour EDH et du CDH[1216].

En effet, selon la Cour EDH, « *toute différence de traitement n'emporte pas automatiquement violation du présent article. Il faut établir que des personnes placées dans des situations analogues ou comparables en la matière jouissent d'un traitement préférentiel et que cette distinction ne trouve aucune justification objective ou raisonnable* ». L'organe de Genève retient la même interprétation quand il juge que : « *le droit à l'égalité devant la loi, sans discrimination, ne donne pas un caractère discriminatoire à toutes les différences de traitement. Une différence fondées sur des critères raisonnables et objectifs n'équivaut pas à un acte discriminatoire, tel qu'interdit au sens de l'article 26* »[1217].

[1211] CEDH, 11 juin 2002, Willis c/ Royaume-Uni, *aff.* n° 65731/01 & 51 et 61 : *RD publ*. 2007. 872, obs. *Surrel*
[1212] CEDH, 7 janv. 2014, Cusan et Fazo c/ Italie, aff. n° 77/07, & 63, D. 2014. 1171, obs. Granet-Lambrechts ; AJ fam. 2014. 1171
[1213] CEDH, 30 sept. 2003, *Koua Poirrez c/ France, aff*. n° 40892/98, & 38 : JCP 2004. I. 107, Chron. Sudre ; *RD publ*. 2004. 845, obs. Sudre
[1214] CDH, communication n° 298 et 299/ 1988, Lindgren et al. c/ Suède, déc. 9 novembre 1990, A/46/40, p. 64
[1215] *Nations Unies, Manuel relatif à l'établissement des rapports sur les droits de l'homme*, New York, 1992, p. 87
[1216] CEDH, 26 nov. 2002, Buchen c/ Rép. Tchèque, aff. n° 36541/97, & 73 ; CEDH, 23 janv. 2014, Montaya c/ France, aff. n° 62170/10, & 30 : JCP adm. 2014. 113 ;
[1217] CDH, aff. Broeks, déc. 9 avril 1987, préc., & 13

483. La justification objective et raisonnable.- La notion de justification objective et raisonnable a été précisée par la Cour EDH dans son arrêt relatif *à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique belge*[1218]. La Cour EDH y jugea en effet que : « *L'égalité de traitement est violée si la distinction manque de justification objectif et raisonnable. L'existence d'une pareille justification doit s'apprécier par rapport au but et aux effets de la mesure considérée, eu égard aux principes qui prévalent généralement dans les sociétés démocratiques. Une distinction de traitement dans l'exercice d'un droit consacré par la convention ne doit pas seulement poursuivre un but légitime : l'article 14 est également violé lorsqu'il est clairement établi qu'il n'existe pas de rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé* ». Et dans une formulation plus récente, elle précise qu'une « *distinction est discriminatoire au sens du présent article si elle manque de justification objective et raisonnable, c'est-à-dire si elle ne poursuit pas un but légitime ou s'il n'y a pas de rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé* ». Il ressort de cette jurisprudence de la Cour EDH deux critères d'une justification objective et raisonnable à savoir : l'absence de légitimité du but visé et son caractère disproportionné avec le moyen employé. C'est la même solution qu'adopte le CDH. L'organe de Genève précise en effet dans son observation générale 18(37)[1219] que : « *toute différenciation ne constitue pas une discrimination, si elle est fondée sur des critères raisonnables et objectifs et si le but visé est légitime au regard du Pacte* ».

Il convient de signaler que l'examen de la jurisprudence de la Commission africaine des droits de l'homme révèle la prise en compte par celle-ci aussi de ces mêmes critères dans l'appréciation du caractère discriminatoire ou non d'un traitement différencié[1220]. En tout état de cause, elle est fondée par le mécanisme de l'article 60 de la ChADHP à s'inspirer aussi bien du PIDCP que de la jurisprudence du CDH dans l'exercice de son office.

Au résultat, une distinction un traitement différencié entre deux situations identiques ou analogues doit en premier lieu et sous peine d'être considérée comme discriminatoire, poursuivre un but légitime. En outre, la distinction ne doit pas être disproportionnée au but poursuivi.

[1218] Cour EDH, 23 juill. 1968, *Affaire linguistique belge*, préc.
[1219] *Nations Unies, Manuel relatif à l'établissement des rapports sur les droits de l'homme*, New York, 1992, préc.
[1220] Commission africaine, 211/98, *Legal ressources Foundation c. Zambie* : *amendement constitutionnel* de 1996, op. cit., préc. ; Commission africaine, Purohit et Moore c. Gambie, 241/01, *aff. Lunatics Detention*, mai 2003, préc.

La notion de but légitime. L'analyse de la jurisprudence aussi bien de la Cour EDH que du CDH révèle une totale absence de définition du « but légitime ». L'examen du caractère légitime du but se fait plutôt au cas par cas[1221]. Toutefois, il faut souligner que cette appréciation casuistique de la légitimité du but est toujours faite à l'aune du Pacte[1222] par le CDH et des « *principes qui prévalent généralement dans les sociétés démocratique* »[1223] par la Cour EDH.

Le caractère disproportionné au but légitime recherché. Ici encore, aucune définition générale n'est retenue et c'est une analyse au cas par cas qui est effectuée[1224]. Dès lors que ce critère de proportionnalité est rempli, les Etats recouvrent leur marge d'appréciation pour déterminer si

---

[1221] V. pour des cas de buts illégitimes : CEDH, 16 sept. 1996, Gaygusuz c/ Autriche : Aff. n° 17371/90, & 50 jugeant que « ne poursuit pas un but légitime une distinction de traitement entre nationaux et non nationaux reposant sur l'idée que l'Etat a une responsabilité particulière envers ses propres ressortissants, qu'il doive les prendre en charge et subvenir à leur besoins essentiels » ; CEDH, 13 déc. 2005, Timichev c/ Russie : aff. n° 55762/00, & 54 dans lequel « la Cour considère qu'aucune différence de traitement fondée exclusivement ou de manière déterminante sur l'origine ethnique d'un individu ne peut passer pour objectivement justifiée dans une société démocratique contemporaine, fondée sur les principes du pluralisme et du respect de la diversité culturelle ». Pour des cas de buts légitimes : CEDH, 23 juill. 1968, préc. Pour la volonté de réaliser l'unité linguistique à l'intérieur des régions constituant l'Etat belge ; CEDH, 27 oct. 1975, Synd. nat. De la police belge c/ Belgique, aff. n° 4464/70 : *AFDI* 1976. 121, obs. Pelloux, pour la volonté de lutter contre l'anarchie syndicale ; CEDH 16 déc. 2003, *Palau-Martinez c/ France,* aff. nº 64927/01 § 40: *D. 2004. 1058, obs. Burgogue-Larsen* pour La protection de l'intérêt légitime des enfants ; CEDH 10 mai 2001, *Mata Estevez c/ Espagne: aff. nº 56501/00,* pour La protection de la famille fondée sur le mariage ; CEDH 9 juill. 2013, *Altinay c/ Turquie: aff. nº 37222/04 § 46 et 53* pour L'amélioration du niveau des études universitaires ; CEDH , gr. ch., 7 juill. 2011, *Stummer c/ Autriche,* aff. nº 37452/02 § 98: *AJDA 2012. 143, chron. Burgorgue-Larsen; RDSS 2012. 684, note Tharaud* pour La préservation de l'efficacité économique du système des pensions de retraite et le maintien de sa cohérence générale au travers de l'exclusion du droit à prestations des personnes n'ayant pas versé une quantité significative de cotisations

[1222] *Id.*

[1223] Cour EDH, 23 juill. 1968, *Affaire linguistique belge,* préc.

[1224] V. pour des cas de mesure disproportionnée : CEDH 23 juill. 1968, *Affaire «relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique»: aff. nº 1474/62 § 32,* « pour La prise en compte de leur résidence dans une région unilingue néerlandophone pour interdire aux enfants francophones de pouvoir accéder à des écoles francophones des communes voisines » ; CEDH 10 mars 2011, *Kiyutin c/ Russie: aff. nº 2700/10 § 71,* pour « des considérations relatives à la séropositivité pour restreindre les déplacements des personnes concernées » ; CEDH 23 juin 1993, *Hoffmann c/ Autriche,* aff. nº 12875/87 § 36 : *RSC 1994. 362, obs. Koering-Joulin; JDI 1994. 778, obs. Decaux et Tavernier* pour «Principalement des considérations de religion pour refuser d'attribuer la garde d'un enfant à l'un des parents » ; CEDH 21 juin 2011, *Anatoliy and Vitaliy Ponomaryov c/ Bulgarie: aff. nº 5335/05 § 63* pour « De même est injustifiée l'exigence de payer des frais pour leurs études secondaires imposée aux requérants en raison de leur nationalité et le statut d'immigration » ; CEDH , gr. ch., 7 févr. 2013, *Fabris c/ France,* aff. nº 16574/08 § 70 : *AJDA 2013. 1794, chron. Burgorgue-Larsen; D. 2013. 434, obs. Gallmeister* pour « La prise en compte du caractère adultérin de la filiation pour assurer la protection des droits successoraux du demi-frère et de la demi-sœur du requérant » ; CEDH 5 juin 2008, *Sampanis et a. c/ Grèce,* aff. nº 32526/05 § 66: *AJDA 2008. 1929, chron. Flauss* CEDH 11 déc. 2012, *Sampanis c/ Grèce,* aff. nº 59608/09 § 103: *RD publ. 2012. 731, chron. Sudre* pour « La scolarisation d'enfants roms dans des écoles où seuls des enfants roms sont scolarisés ». Pour des cas de proportionnalité, CEDH 29 févr. 1988, *Bouamar c/ Belgique: aff. nº 9106/80 § 67* un traitement préférentiel entre mineur et adulte au regard de la détention préventive ; CEDH 9 juill. 2013, *Altinay c/ Turquie: aff. nº 37222/04 § 50* pour une distinction entre candidats issus de lycées d'enseignement général et ceux issus de lycées d'enseignement professionnel pour le concours d'entrée à l'université dans le but d'améliorer le niveau de la formation dans l'enseignement supérieur ; CEDH 7 août 1996, *C. c/ Belgique: aff. nº 21794/93 § 38* pour une distinction fondée sur la nationalité pour accorder une protection supérieure aux ressortissant de l'Union européenne en matière d'expulsion

et en quoi des situations présentant des différences mais analogues à d'autres égards méritent un traitement différentiel[1225]. Toutefois, deux précisions sont à signaler dans cette dernière hypothèse. D'une part la Cour impose dans certains cas, que le but visé soit dicté par des « raisons impérieuses »[1226]. Il semblerait que sont concernés les cas de discrimination fondés sur des motifs expressément interdits. D'autre part, la Cour contrôle vérifie dans les cas que le traitement différencié ne présente pas un caractère arbitraire[1227].

2- En droit interne

La reconnaissance constitutionnelle d'un droit à l'égalité (a) en droit français résulte aussi bien du texte constitutionnel que de la jurisprudence du Conseil constitutionnel, cette dernière ayant ensuite précisé les critères de la discrimination (b).

a- La reconnaissance constitutionnelle du droit à l'égalité en droit français

484. Les sources textuelles.- Pas moins de quatre textes faisant partie du bloc de constitutionnalité sont souvent visés selon le cas par le Conseil constitutionnel au soutien de ses décisions sur le principe d'égalité. Certains énoncent les discriminations que le législateur ne peut créer sans justifications tandis que d'autres précisent les matières dans lesquelles l'égalité devra s'appliquer. Il s'agit pour les premiers de l'article 6[1228] de la DUDHC sur l'égalité devant la loi et son égale protection et de l'article premier[1229] de la Constitution du 4 octobre 1958 qui pose le principe de l'égalité devant la loi sans distinction d'origine, de race ou de religion. Parmi les second type de dispositions, figure l'article 13 de la DUDHC[1230] qui pose le principe de l'égalité en matière de contribution et l'article 3 alinéa 3 de la Constitution[1231] posant

[1225] CEDH 28 nov. 1984, *Rasmussen c/ Danemark*, aff. nº 8777/79 § 37: J*DI 1986, 1074, obs. Rolland et Tavernier; AFDI 1985. 403, obs. Coussirat-Coustère*
[1226] CEDH 21 févr. 1997, *Van Raalte c/ Pays-Bas*, aff. nº 20060/92 § 42: *AJDA 1998. 37, chron. Flauss ; JCP 1998. I. 107, chron. Sudre ;* CEDH, 28 mai 1985, *Abdulaziz, Cabales et Balkandali c/ Royaume-Uni: aff. nº 9214/80 § 78*
[1227] CEDH 28 mai 2009, *Bigaeva c/ Grèce*, aff. nº 26713/05 § 40: *AJDA 2009. 1936, chron. Flauss ; RD publ. 2010. 874, obs. Lévinet; JCP 2009. I. 143, chron. Sudre*
[1228] Article 6 « *La loi est l'expression de la volonté générale. Tous les citoyens ont droit de concourir personnellement, ou par leurs représentants, à sa formation. Elle doit être la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse. Tous les citoyens étant égaux à ses yeux sont également admissibles à toutes dignités, places et emplois publics, selon leur capacité; et sans autre distinction que celle de leurs vertus et de leurs talents* »
[1229] Article premier Constitution du 4 octobre 1958 : « la France est une République indivisible, laïque, démocratique et sociale. Elle assure l'égalité devant la loi de tous les citoyens sans distinction d'origine, de race ou de religion (…) »
[1230] Article 13 DUDHC : « *Pour l'entretien de la force publique, et pour les dépenses d'administration, une contribution commune est indispensable: elle doit être également répartie entre tous les citoyens, en raison de leurs facultés* »
[1231] Article 3 al. 3 de la Constitution : « le suffrage (…) est toujours universel, égal et secret »

le principe de l'égalité devant le suffrage. Une cinquième référence a été utilisée par le Conseil constitutionnel en 2006[1232] dans sa décision portant sur la loi relative à l'égalité salariale entre les hommes et les femmes. Il s'agit de l'article premier[1233] de la DUDHC.

485. Les sources jurisprudentielles.- Il arrive que le Conseil constitutionnel ne vise expressément aucun de ces textes et utilise une formule standard. Ainsi dans sa décision *Mutualisation de la Caisse nationale de crédit agricole* du 7 janvier 1988, le Conseil jugeait que : « *(…) le principe d'égalité ne s'oppose ni à ce que le législateur règle de façon différente des situations différentes ni à ce qu'il déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général pourvu que, dans l'un et l'autre cas, la différence de traitement qui en résulte soit en rapport avec l'objet de la loi qui l'établit* ». Cette formule est restée la même jusqu'en 1996, année où le Conseil y a introduit une petite nuance portée par l'adjectif « direct ». Elle est désormais ainsi rédigée : « *le principe d'égalité ne s'oppose ni à ce que le législateur règle de façon différente des situations différentes ni à ce qu'il déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général pourvu que, dans l'un et l'autre cas, la différence de traitement qui en résulte soit en rapport direct avec l'objet de la loi qui l'établit* »[1234].

Il résulte de ces règles textuelles que jurisprudentielles qu'il existe en droit français un droit à la non-discrimination.

486. L'existence d'un droit à la non-discrimination en droit français.- Il résulte de ces textes et de la formule standard ci-dessus mentionnée, que le droit français protège non seulement contre les discriminations fondées sur l'un des motifs expressément prévus, mais aussi contre celles opérant une distinction dans la jouissance d'un droit fondamental que protège la Constitution. A côté de ces deux types de discriminations, il existe un troisième type de discrimination. Il s'agit d'une catégorie résiduelle englobant les discriminations non fondées sur des motifs expressément prévus et celles n'entrainant pas une atteinte à un droit fondamental. Cette catégorie résiduelle regroupe des discriminations entre des situations de droit ou de fait. Ainsi loin de cantonner l'interdiction des discriminations à une catégorie de droits ou de donnée, le droit interne français l'étend à tout droit ou situation de fait. Par suite il est permis d'affirmer qu'il existe en droit constitutionnel français un droit à la non-

[1232] Cons. const. 16 mars 2006: *n° 2006-533 DC § 12* jugeant que : « *L'égalité devant la loi est une exigence de valeur constitutionnelle prévue au présent art.* ».
[1233] Article premier de la DUDHC : « *Les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits. Les distinctions sociales ne peuvent être fondées que sur l'utilité commune* ».
[1234] Cons. const. 9 avr. 1996: *n° 96-375 DC § 8*

discrimination dont il convient maintenant d'exposer le régime tel que fixé par la jurisprudence du Conseil constitutionnel.

b- Les critères de la discrimination posés par le Conseil constitutionnel

487. La justification de la discrimination.- En présence de situations identiques ou quasi identiques, le législateur ne peut déroger à l'égalité qu'en considérations d'un intérêt général à condition que le moyen employé soit en rapport avec le but ou l'objet de la loi.

488. La nécessité d'un intérêt général.- Cette condition correspond à celle de « but légitime » exigé en droit international. Il en effet difficile de considérer un but ne visant par l'intérêt général comme légitime, tant l'intérêt général est la raison d'être des institutions d'un Etat démocratique.

489. Le rapport direct avec le but ou l'objet de la loi.- Ce critère qui suppose que le moyen utilisé soit simplement en adéquation avec l'objet de la loi en cause est une exigence à *minima* qui ne saurait être considérée comme véritablement protectrice du droit fondamental à l'égalité, car elle laisse au législateur une très grande marge de manœuvre. Aussi, tenant sans doute compte de la fragilité de la protection qu'induit cette exigence à *minima*, le Conseil constitutionnel se rapproche-t-il de plus en plus dans la mise en œuvre du critère du rapport direct avec le but visé par la loi d'un contrôle de proportionnalité.

Le juge de la rue Montpensier a en effet jugé dans une décision de 2004 contraire à la Constitution, « *une différence de traitement qui dépasse manifestement ce qui serait nécessaire pour prendre en compte la situation particulière retenue* »[1235]. C'est aussi l'exigence d'une proportionnalité entre le moyen employé et le but visé qui a conduit le Conseil d'Etat a jugé que : « *Quand bien même le ministre soutient qu'elle a été édictée dans le but d'assurer le respect du droit de propriété et de prévenir les atteintes à la salubrité, la sécurité et la tranquillité publiques, cette circonstance ne l'autorisait pas à mettre en œuvre, par une circulaire visant à faire évacuer de manière prioritaire les campements illicites de Roms, en méconnaissance du principe d'égalité devant la loi, une politique d'évacuation des campements illicites désignant spécialement certains de leurs occupants en raison de leur origine ethnique* »[1236].

[1235] Cons. const. 10 juin 2004: *n° 2004-496 DC § 14*
[1236] CE, 7 avr. 2011, *Assoc. SOS Racisme,* req. n° 343387: *Lebon 157; AJDA 2011. 1438, note Bailleul*

Dès lors il est permis d'affirmer que les critères de justifications d'une discrimination en droit constitutionnel français sont les mêmes que ceux existant en droit international. Il convient maintenant de montrer à leur aune que le mécanisme d'attribution de la force exécutoire à un acte juridique privé pourrait être une source de la violation du droit à l'égalité d'autres éventuels créanciers du « débiteur désigné ».

B- La rupture d'égalité avec d'éventuels autres créanciers

490. Deux types de créanciers discriminés.- L'attribution de la force exécutoire à un acte juridique privé met le bénéficiaire de celui-ci en situation de rupture d'égalité vis-à-vis de deux types de créanciers. Il s'agit des créanciers dont la créance a pour cause un acte sous seing privé d'une part et de ceux dont la créance est constatée par un titre exécutoire autre que l'acte juridique privé exécutoire d'autre part. En effet, il convient de relever que tous les critères d'un traitement discriminatoire tels qu'exposés ci-haut se trouvent être réunis en l'espèce. C'est ainsi que malgré l'analogie de situation (1) entre ces créances, le législateur a cru devoir leur appliquer un traitement différencié (2). Par ailleurs ce traitement différencié, malgré la légitimité du but (3) qu'il poursuit, ne semble pas proportionné (4) à celui-ci.

1- Une analogie de situation

491. L'analogie avec les créances fondées sur un acte sous seing privé.- L'analogie résulte du fait que ces deux créances tirent leur source dans des actes juridiques privés. Et la circonstance que l'un soit sous seing privé et l'autre authentique ne change rien à cette analogie, pas plus que celle de l'intervention dans le second cas d'un officier public.

Pour mieux comprendre en quoi réside cette analogie, il convient de relever que, plus que ces actes en tant qu'*instrumentum*, c'est la portée qu'il convient de reconnaître à leurs constatations, donc au *négocium* des actes qui est ici en cause. Par conséquent, c'est sur les critères d'attribution de cette portée que s'apprécie l'analogie. La portée ici s'entend de la force exécutoire susceptible d'être attachée aux constatations de l'acte. Et le critère raisonnable de l'attribution de la force exécutoire à un acte devrait être l'aptitude de ces constatations à être insusceptibles de remise en cause[1237], c'est-à-dire à acquérir une force de vérité absolue[1238]. Or

[1238] La valeur de vérité absolue dont il est ici question est à distinguer de la foi jusqu'à l'inscription de faux qui reste la plus haute valeur probatoire aussi bien en droit français qu'en droit OHADA. Car contrairement à cette dernière qui est susceptible d'être remise en cause, la foi de vérité absolue ne pourrait point l'être. Elle aurait en effet vocation à frapper les constatations d'un acte d'une certitude absolue et les mettrait ainsi à l'abri de toute remise en cause. Ce n'est que devant une telle force probante qu'il aurait été pertinent d'attribuer à un acte

en tant qu'acte juridique privé, aussi bien les constatations de l'acte sous seing privé que celles de l'acte authentique ne bénéficient d'une telle force de vérité absolue dès sa création. D'où l'analogie de situation entre les constatations de l'acte sous seing privé et celles de l'acte authentique. En résumé, celle-ci résulte de l'inaptitude de ces deux actes à constater des obligations insusceptibles d'être remise en cause, condition raisonnable de l'acquisition de la force exécutoire.

Aussi, la foi jusqu'à inscription de faux attachée à l'acte authentique ne change-t-elle rien à cette analogie, puisque malgré cette force probante, l'acte authentique est susceptible d'annulation, donc de remise en cause dans certains cas[1239]. S'agissant de l'intervention d'un officier public dans l'élaboration de l'acte authentique, elle n'assure pas non plus aux constatations de ce dernier la force de vérité absolue, puisque l'office de ce dernier ne suffit pas à purger l'acte de ces vices éventuels et donc à le mettre ses constatations à l'abri d'une éventuelle remise en cause[1240].

Par suite, une parfaite analogie peut s'établir quant au critère d'attribution de la force exécutoire aux obligations tirant leur source d'un un acte sous seing privé et celles tirant la leur d'un acte authentique.

492. L'analogie avec les créances constatées dans les autres titres exécutoire.- L'analogie ici résulte de la nature des titres desquels les créances tirent leur source à savoir des titres exécutoires.

Malgré ces analogies, le législateur a cru devoir réserver un traitement différencié à ces différents types de créances et donc aux créanciers qui en seront les titulaires.

2- L'existence d'un traitement différencié

493. Entre créances fondées sur un acte sous seing privé et celles fondées sur un acte authentique.- Il consiste dans le fait que la loi ait attribué aux seules actes authentiques une force exécutoire et facilitant ce faisant le recouvrement des créances y constatées. Le

juridique privé la force exécutoire dès sa création. Mais la justice ne saurait s'accommoder d'une pareille règle. Aussi, dispose-t-elle de sa propre vérité : la vérité judiciaire. Celle-ci est l'aboutissement d'une procédure au cours de laquelle l'assurance est acquise *via* un mécanisme de garanties procédurales, que chaque partie a pu ou à tout le moins été mise à même d'apporter sa propre vérité à son juge, lequel, après avoir écouté les parties, substitue à leurs vérités la sienne considérée justement comme la vérité judiciaire parce que dégagée en application des règles issues du contrat social. Ce n'est que cette vérité judiciaire et elle seule qui est digne dans un État de droit de bénéficier de la force exécutoire.

créancier muni d'un acte juridique privé exécutoire a la possibilité de pratiquer une saisie exécutoire ou de convertir directement une saisie conservatoire en saisie exécution sans passer par une procédure au fond. Tandis que le créancier dont la créance est fondée sur un acte sous seing privé est tenu d'initier une procédure au fond pour l'obtention de ce titre. Ce traitement différencié appartient plutôt à la troisième catégorie des discriminations[1241].

494. Entre créances constatées dans un acte juridique privé exécutoire et celle résultant des autres titres exécutoires.- Les actes juridiques privés exécutoires n'admettent en toute hypothèse aucun sursis à exécution, ce qui n'est le cas, ni des décisions de justice exécutoires ni des actes administratifs exécutoire. D'où le traitement différencié entre les créances qu'elles constatent et partant entre leurs titulaires. Il convient par ailleurs de préciser que cette discrimination porte sur un droit fondamental à savoir le droit à l'exécution tel que consacré par l'arrêt *Hornsby*.

Le législateur ce faisant vise un but d'efficacité économique dont il convient maintenant de vérifier la légitimité.

3- La légitimité du but d'efficacité économique

495. L'efficacité économique, un intérêt général légitime.- Le but visé ici est l'efficacité économique et plus généralement le développement économique qui peut être considéré comme un intérêt général. D'où la légitimité. Mais la légitimité du but visé ne suffit pas à justifier un traitement différencié de situations analogues. Encore faudrait-il que le but légitime entretienne un rapport de proportionnalité avec le moyen utilisé, condition qui ne semble pas réunie en l'espèce.

4- L'absence d'un rapport de proportionnalité entre le traitement différencié constaté et le but d'efficacité économique

496. Un traitement différencié susceptible de causer aux autres créanciers des pertes de droits irréversibles.- Cette condition ne peut être appréciée qu'à l'aune des conséquences du traitement différencié. En l'espèce, le traitement préférentiel réservé par le législateur aux titulaires d'une créance constatée dans un acte juridique privé exécutoire renferme le risque pour les créanciers dont la créance est constatée dans un acte sous seing privé, ou dans les autres titres exécutoires, de subir une perte irréversible de leur créance. En

[1241] V. *supra*, p. 308, n° …

effet le traitement préférentiel dont bénéficie l'acte privé exécutoire et donc son titulaire accorde à ce dernier une primeur dans la poursuite des voies d'exécution notamment des mesures exécutoires, les autres créanciers devant ou pouvant être contraints de différer leur poursuite, les uns devant préalablement à toutes saisie exécutoire initier une action au fond – les créanciers dont les créances sont fondées sur un acte sous seing privé- et les autres pouvant éventuellement subir une suspension d'exécution –les titres exécutoires judiciaires ou administratifs-. Dans l'hypothèse où le patrimoine du débiteur est modeste et s'épuise avec les premières mesures d'exécution, celles qu'aurait pratiqué le créancier titulaire d'un acte juridique privé exécutoire, il est évident que les autres créanciers, du fait de ce traitement différencié, devront se résoudre à une impossibilité de recouvrer leur créance et donc à une perte irréversible de de celle-ci. Il ne s'agit ni plus ni moins que de la privation d'un droit. Cette conséquence du traitement différencié paraît clairement exagérée et disproportionnée au but légitime d'efficacité économique visé. D'où il suit que la discrimination opérée par le législateur entre créanciers dont la créance est fondée sur des actes sous seing privé et ceux dont la créance est fondée sur des actes authentiques (préciser) d'une part et entre ces dernières et celles fondées sur les autres titres exécutoires ou sur un chèque d'autre part, ne trouve aucune justification, au regard des exigences du PIDCP, de la ChADHP, de la Conv. EDH et du droit constitutionnel français. Par suite, la rupture d'égalité entre ces créanciers et donc la violation du droit à l'égalité des créanciers ainsi discriminés peut être clairement établie.

Conclusion chapitre II :

La mise en œuvre d'un titre exécutoire imparfait, qui plus est, établi et mise en œuvre dans des conditions de garanties insuffisantes, ne peut qu'engendrer des violations des droits sur lesquels ce titre s'applique, pour peu que ceux-ci bénéficient d'une protection au titre de droit fondamentaux. Or, comme cela a pu être montrer, la plupart des droits substantiels du « débiteur désigné » dans l'acte juridique privé exécutoire auxquels ce titre s'attaque, bénéficient d'une protection au titre de droit fondamental. Ainsi en est-il du droit d'accès aux données à caractère personnel du « débiteur désigné » dans le cadre du droit à l'information conféré à l'huissier instrumentaire par la détention d'un titre exécutoire, du droit de propriété du « débiteur désigné » sur ces biens patrimoniaux ainsi que ces droits patrimoniaux. Par ailleurs, la détention des actes juridiques privés exécutoires est susceptible d'induire dans une certaine mesure une rupture d'égalité entre différents créanciers.

Conclusion titre premier :

498. Le constat est sans appel : le mécanisme d'attribution de la force exécutoire à des actes juridiques privés induit la violation de droits fondamentaux –procéduraux et substantiels – du « débiteur désigné » dans le titre. Aussi, face à ce constat, il se pose la question de savoir s'il existe un dispositif légal et/ou jurisprudentiel susceptible de corriger ces risques. Si l'examen de quelques arrêts de la Cour de cassation ainsi que de quelques dispositions légales révèle l'existence d'un remède, celui-ci ne semble en revanche pas à même d'endiguer ces risques. Dès lors son perfectionnement mérite d'être envisagé.

TITRE II : LA PERFECTIBILITÉ DU REMEDE EXISTANT

499. Le remède de la dévaluation apporté aussi bien par le législateur que par la jurisprudence au mal que représente l'imperfection de l'acte juridique privé exécutoire ainsi que le risque de violation de droits fondamentaux qu'induit celui-ci, reste limité (Chapitre premier). Dans ces conditions, une redéfinition de l'acte juridique privé exécutoire s'avère plus que nécessaire, celle-ci devant consister en un renouvellement de la théorie de l'acte juridique privé exécutoire (Chapitre II).

CHAPITRE PREMIER :

Le remède de la dévaluation des actes juridiques privés exécutoires et ses limites

500. Notion de dévaluation de l'acte privé exécutoire.- Le législateur et la jurisprudence ne sont pas restés impassibles face aux nombreuses insuffisances de l'acte juridique privé exécutoire. Il résulte en effet de certaines décisions et règles, de certains arrêts, la volonté de pallier ces insuffisances. Aussi, le double remède légal et jurisprudentiel a-t-elle consisté en un abaissement de la valeur de ce type de titre exécutoire, donc de sa dévaluation.

501. Une solution non systématisée ni formalisée et limitée.- En réalité, le remède de la dévaluation n'est ni une solution systématisée, ni une solution clairement formalisée. Il ne se révèle qu'à travers certains indices (Sous-section I) qui révèlent à l'examen le caractère très superficiel, donc nécessairement limité de la dévaluation (Sous-section II).

Section I : Les indices de la dévaluation

502. Division.- Les indices de la solution de la dévaluation de l'acte juridique privé exécutoire se retrouvent aussi bien dans la loi que dans la jurisprudence. Il s'agit de tous éléments traduisant l'abaissement de la valeur accordée à cette catégorie de titre exécutoire. Tandis que certains de ces éléments traduisent un affaiblissement légal de la portée des actes privés exécutoires (Sous-section I), d'autres traduisent un affaiblissement jurisprudentiel de la portée de ces titres (Sous-section II).

Sous-section I : Un affaiblissement légal de la portée des actes privés exécutoires

Deux séries de règles traduisent en droit français la volonté légale de réduire la portée des actes privés exécutoires. Il s'agit d'une part, de la restriction du champ exécutoire de ce type de titre exécutoire (A), et d'autre part, de l'instauration de délais de prescription plus courte pour ces titres (B). Il est à noter que toutes ces évolutions sont inconnues du droit OHADA (C).

A- La restriction du champ exécutoire des actes privés exécutoires

Le titulaire d'un acte juridique privé exécutoire ne peut prétendre à toutes sortes de mesures exécutoires, certaines de ces mesures étant exclues du champ exécutoire de ces titres. Ceci n'est rien d'autre qu'une restriction du champ exécutoire des actes juridiques privés (1). Aussi, les quelques justifications (2) issues, aussi bien de la doctrine que des travaux parlementaires achèvent-elles de convaincre de cette restriction.

1- Les mesures exclues du champ exécutoire

503. Les expulsions.- L'article L. 411-1 du code de procédure civile d'exécution tel que modifié par la *loi n° 2014-366 du 24 mars 2014* pour l'accès au logement et un urbanisme rénové dispose que : « *sauf disposition spéciale, l'expulsion d'un immeuble ou d'un lieu habité ne peut être poursuivie qu'en vertu d'une décision de justice ou d'un procès-verbal de conciliation exécutoire et après signification d'un commandement d'avoir à libérer les locaux* ». Il en résulte qu'aucun acte juridique privé à l'exception d'un procès-verbal de conciliation ne peut fonder une mesure d'expulsion. Ceci résulte clairement d'un avis de la Cour de cassation rendu en octobre 2002. Invitée à se prononcer sur la question de savoir si « *une mesure d'expulsion relative à un local commercial peut-elle être opérée en vertu d'un protocole d'accord rendu exécutoire par simple ordonnance sur requête par le président du tribunal de grande agissant en vertu de l'article 1441-4 nouv. c. pr. civ.* », la Cour de cassation a répondu par la négative : « *l'expulsion, est-il dit, ne peut être poursuivie en vertu d'une transaction rendue exécutoire par ordonnance du président du tribunal de grande instance* »[1242] car argumente la Cour régulatrice, « *ce titre ne constituant aucun des deux titres exécutoires limitativement énumérés par l'article 61 de la loi du 9 juillet 1991* ».

De sorte qu'un bail notarié par exemple, même contenant une clause résolutoire de *plano* ne suffit pas à fonder une expulsion, même si le contrat contient une « *clause prévoyant*

[1242] Cass., avis, 20 oct. 2000, Bull. avis n° 13 ; *Procédures* 2001, n° 34, note Croze ; *JCP* 2001. I. 311, obs. Cadiet ; Dr. et proc. 2001, 122, obs. Bourdillat

« l'expulsion » à l'expiration des délais légaux du commandement de quitter les lieux sans formalité préalable »[1243], celle-ci devant être ordonnée par un juge[1244]. Le juge compétent doit en effet constater l'acquisition de la clause résolutoire de plein droit, prononcer la résiliation du bail et ordonner par voie de conséquence l'expulsion du preneur. La même interdiction vaut pour un jugement d'adjudication rendu sur saisie immobilière. La deuxième chambre civile de la Cour de cassation censura en effet dans une décision du 7 mars 2002 un arrêt d'appel pour avoir validé une expulsion poursuivie sur le fondement d'un tel jugement[1245]. L'adjudicataire désireux de poursuivre l'expulsion devra donc engager une procédure visant à obtenir une décision judiciaire ordonnant l'expulsion.

504. La procédure de paiement direct des pensions alimentaires.- Il s'agit d'une mesure d'exécution forcée qui n'est réservée en droit français qu'aux seuls détenteurs d'une décision de justice ayant fixé une pension alimentaire et devenue exécutoire. Cette règle résulte de l'article 1re alinéa 2 de la loi n° 73-5 du 2 janvier 1973 relative au paiement direct de la pension alimentaire devenu l'article L. 213-1 du CPCE qui dispose : « *tout créancier d'une pension alimentaire peut se faire payer directement le montant de cette pension par les tiers débiteurs de sommes liquides et exigibles envers le débiteur de la pension (…).*

La demande en paiement direct est recevable dès qu'une échéance d'une pension alimentaire, fixée par une décision de judiciaire devenue exécutoire, n'a pas été payée à son terme (…) ».

Cette interprétation de l'article L. 213-1 s'évince clairement d'un arrêt rendu par la deuxième chambre civile le 7 mars 2002[1246]. Au cours d'une procédure de divorce, un accord est intervenu entre les parties stipulant le paiement au profit de l'épouse d'une pension alimentaire. Celui-ci a été annexé à l'ordonnance de non-conciliation puis constaté par la suite par un arrêt d'appel. Suite à une inexécution par l'époux de son obligation résultant du contrat judiciaire, l'épouse a entrepris une procédure de paiement direct de pension alimentaire. Mais la cour d'appel accéda à une demande de mainlevée de la mesure formulée par l'époux au motif que l'article 1re alinéa 2 de la loi n° 73-5 du 2 janvier 1973 relative au paiement direct de la pension alimentaire exige que la « *pension ait été fixée par une décision judiciaire devenue exécutoire* », ce qui n'est pas

[1243] J.-P. FARGET, in *Droit et pratiques des voies d'exécutions*, Dalloz action dir. (S. GUINCHARD et T. MOUSSA), éd. 1999, n° 3310
[1244] V. en ce sens R. PERROT et Ph. THERY, *Procédures civiles d'exécution*, éd. *Dalloz*, Paris 2013, 3e éd., n° 1081, p. 839-840 ; J.-P. FARGET, « Le bail notarié n'est pas admis comme titre exécutoire permettant l'expulsion », *Rev. des huissiers* 1999, 773
[1245] Civ. 2e, 7 mars 2002, *Bull. civ. II*, n° 28 ; *RTD civ*. 2002, p. 364, obs. R. PERROT ; *D*. 2002. *IR*. 1116
[1246] Civ. 2e, 7 mars 2002, *Bull. civ. II*, n° 29, JCP 2002.IV. 1664, *RTD civ*. 2002. 567, obs. Perrot

le cas d'un contrat judiciaire. Cette solution a été validée par la Cour de cassation. Toutefois, il convient de préciser que cette solution n'est pas celle retenue en droit de l'Union européenne, où le Règlement CE n° 4/2009, art. 48 relatif à la compétence, la loi applicable et l'exécution des décisions et la coopération en matière d'obligation alimentaires prend en considération les « transactions judiciaires et les actes authentiques ».

Mieux qu'une hiérarchisation des titres exécutoires, ces solutions dénotent d'une indubitable volonté du législateur de dévaluer l'acte juridique privé exécutoire, volonté que permettent d'appréhender aisément les justifications de ces solutions.

2- La justification des exclusions

505. Le caractère imparfait de l'acte juridique privé exécutoire.- Cette exclusion des actes juridiques privés exécutoires est sans doute dû à son caractère imparfait. C'est dans ce même sens qu'abonde un auteur qui justifie l'exclusion de l'acte notarié exécutoire et du titre exécutoire délivré par l'huissier de justice en cas de non-paiement d'un chèque par des « *raisons de méfiance vis-à-vis d'un titre imparfait* »[1247]. C'est ici le lieu de désapprouver l'inclusion parmi les titres pouvant fonder une mesure d'expulsion, du procès-verbal de conciliation signé du juge et des parties. Un éminent auteur motive celle-ci par le fait que les actes privés exécutoires extrajudiciaires sont « *loin de présenter les mêmes garanties que le procès-verbal de conciliation exécutoire, dressé par le juge lui-même, à la suite d'une instance contradictoire qui lui a permis de constater le libre consentement des parties et la régularité intrinsèque de l'accord* »[1248].

Or l'office du juge constatant un accord ne peut en assurer pour autant la régularité formelle, puisque le juge comme d'ailleurs le notaire recevant un acte, ne peut en attester tout au plus que la véracité de la « déclaration de consentement des parties », un tel office n'ayant qu'une valeur probatoire, fût-elle placée au sommet de la hiérarchie probatoire. D'ailleurs si tel était le cas, les contrats judiciaires ne seraient pas soumis au régime de nullité des contrats. C'est bien parce que cet office du juge consistant à constater le contrat judiciaire ne purge pas celui-ci de ces vices éventuels, que celui-ci demeure soumis nonobstant l'intervention du juge à ce régime. Par suite, l'office du juge dans les contrats judiciaires n'est pas propre à ôter à l'acte juridique privé exécutoire son caractère imparfait contrairement à la justification sus énoncée. C'est bien

[1247] J.-P. FARGET, « Le bail notarié n'est pas admis comme titre exécutoire permettant l'expulsion », *op. cit.*
[1248] R. PERROT, « Expulsion. Conditions : exclusion de la transaction exécutoire », obs. sous Cass. avis, 20 oct. 2000, op. cit.

à tort que le législateur n'a pas cru devoir interdire qu'une mesure d'expulsion puisse être poursuivie sur le fondement d'un procès-verbal de conciliation exécutoire.

506. Le manque de garantie suffisance lié à l'absence de contrôle juridictionnel.- L'absence de contrôle juridictionnel est l'autre justification de l'exclusion avancée en doctrine. Ainsi pour le Professeur Roger PERROT, s'agissant de l'expulsion, « *la loi ne veut pas qu'une expulsion puisse être pratiquée sans un contrôle judiciaire préalable destiné à constater que la personne expulsée est bien devenue un occupant sans droit ni titre* »[1249]. Même son de cloche pour ce qui concerne la procédure de paiement direct de la pension alimentaire. Le même auteur affirme que l'objectif du législateur est d' « *éviter qu'une procédure aussi expéditive que celle du paiement direct puisse être utilisée en marge de tout fondement judiciaire* »[1250].

507. Une justification issue des travaux parlementaires sur la réforme des voies d'exécution.- En vérité cette justification fait écho aux travaux parlementaires ayant présidé à la réforme des voies d'exécution. Il en ressort en effet, que les auteurs de la réforme ont entendu notamment s'agissant de l'expulsion, faire le choix d'un dispositif propre à offrir des garanties suffisantes au regard des « *principes de l'inviolabilité du domicile et du respect de la vie privée qui ont valeur constitutionnelle et qui ne peuvent être mis en échec qu'avec l'autorisation et sous le contrôle de l'autorité judiciaire* »[1251].

508. L'affinement de la justification issue des travaux parlementaire.- La justification issue des travaux parlementaires mérite d'être affinée. Et pour cause, plus que le contrôle judiciaire, c'est la panoplie de garanties que ce contrôle est susceptible d'induire, notamment le respect des droit de la défense, qui explique le mieux ce choix du législateur. D'ailleurs en abondant dans le même sens, le Professeur CROZE affirmait que : « *nul doute que l'efficacité économique trouve son compte dans le caractère exécutoire du contrat authentique, mais c'est au prix des droits de la défense et du droit à un procès équitable* »[1252].

Or seul un contrôle juridictionnel est à même d'assurer de telles garanties. Ceci suppose que le juge exerce son pouvoir de *jurisdictio* qui consiste à juger, à dire le droit[1253], c'est-à-dire à

[1249] R. PERROT, « Expulsion. Conditions : exclusion de la transaction exécutoire », *précit.*
[1250] R. PERROT, « Procédure de paiement direct des pensions alimentaires : la nécessité d'une décision de justice ayant fixé la pension », *RTD civ*. 2002 p. 567, obs. sous Civ. 2e, 7 mars 2002
[1251] N. CATALA, *Rapport n° 1202*, *Assemblée nationale, séance du 2 avril 1990*, p. 55
[1252] H. CROZE, « De quelques confusions entre la force exécutoire et l'autorité de chose jugée. Petite contribution au débat sur l'acte authentique et l'acte sous signature juridique », *JCP G*, n° 581
[1253] V. L. CADIET, E. JEULAND, *Droit judiciaire privé*, 7e éd., Litec, 2011, n° 79, p. 71, sur la notion d'acte juridictionnel ; D. d'Ambra, L'objet de la fonction juridictionnelle : dire le droit et trancher les litiges, préf. G. Wiederkerhr, Paris, Bibliothèque de droit privé, Tome 236, LGDJ, 1994

trancher entre deux positions contraires conformément à la règle de droit. Tout contraire est son office quand ce dernier se contente de mettre en œuvre uniquement son pouvoir d'*impérium* notamment à l'occasion des décisions gracieuses, en ce compris d'ailleurs l'attribution à l'accord des parties de la force exécutoire. Par suite c'est donc bien de contrôle juridictionnel qu'il convient de parler ici plutôt que de contrôle judiciaire[1254]. En ce sens, l'interrogation suivante du Professeur CROZE mérite approbation : « *est-il aujourd'hui logique, juste et nécessaire qu'un contrat, plus généralement un acte juridique privé soit d'emblée investi de la force exécutoire et permette donc le recours à la force publique, quelle que soit la qualité professionnelle de son rédacteur, sans aucun contrôle juridictionnel ?* »[1255] et de conclure, « *on sait que le législateur et la jurisprudence ont reculé devant certaines conséquences ultimes de cette conception et qu'en particulier on n'expulse que sur le fondement d'un jugement et qu'il ne suffit pas d'un bail notarié, ni même d'une transaction exécutoire* ».

Cette position ne revient nullement à nier le fait que, s'agissant des actes juridiques privés exécutoires, aucune contestation n'est encore née au moment de la création de ceux-ci de nature à justifier un contrôle juridictionnel. Mais ce raisonnement vise uniquement à mettre en avant le fait que la naissance *a postériori* de contestations rend nécessaire un contrôle juridictionnel, qui seul est à même de garantir les droits de la défense.

A ces deux justifications, il convient d'ajouter celle ayant trait à une potentielle violation de droits fondamentaux.

509. L'objectif d'évitement d'une violation potentielle de droits fondamentaux.- Cette justification n'a été avancée qu'en ce qui concerne la seule mesure d'expulsion. Elle ressort clairement des travaux parlementaires. Etant donné que l'expulsion touche au droit à l'inviolabilité du domicile et au droit à la vie privée, qui sont des droits fondamentaux constitutionnellement garantis, les auteurs de la réforme des voies d'exécution ont souhaité que celle-ci ne puisse être mise en œuvre que sur autorisation judiciaire, seule à même d'assurer les garanties qu'imposent des atteintes à de tels droits. C'est en substance ce qui ressort du rapport de Mme CATALA qui explique que les auteurs de la réforme ont entendu entourer la mise en œuvre d'une expulsion de garanties suffisantes au regard des « *principes de l'inviolabilité du domicile et du respect de la vie privée qui ont valeur constitutionnelle et qui ne peuvent être*

[1254] V. C. MALPEL-BOUYJOU, *L'office du juge judiciaire et la rétroactivité*, Préf. V. LARRIBAU-TERNEYERE, Paris, Nouvelle bibliothèque de thèse, Volume 134, Dalloz, 2014, n° 12, p. 7 sur l'excellente distinction opérée entre les domaines judiciaire et juridictionnel
[1255] *Id*.

mis en échec qu'avec l'autorisation et sous le contrôle de l'autorité judiciaire »[1256]. Le président de la Commission de réforme des procédures civiles d'exécution ne dit pas autre chose, quand il affirme, parlant du logement familial, que celui-ci doit être « *considéré comme un sanctuaire auquel il est sacrilège de porter atteinte* »[1257]. Cette restriction de la portée exécutoire des actes juridiques privés a même été justifiée par des « *motivations sociales et humanitaires* »[1258].

Quoi qu'il en soit, cette restriction de la portée exécutoire de l'acte juridique privé exécutoire témoigne de la méfiance du législateur lui-même, vis-à-vis de ce titre exécutoire et peut être logiquement interprétée comme un abaissement de sa valeur, autrement dit une sorte de dévaluation dudit titre. C'est par ailleurs la même interprétation de dévaluation de l'acte privé exécutoire que suggère l'interprétation de l'instauration d'un délai de prescription plus court pour les actes privés exécutoires.

B- L'instauration de délais de prescription distincts aux titres exécutoires

510. Un délai de prescription de principe plus court pour certains actes privés exécutoires.- La circonstance qu'une créance soit constatée dans un titre exécutoire doit-elle être prise en compte pour rallonger le délai de prescription de cette dernière ? En l'absence de toute solution légale, la jurisprudence l'a admise après une brève controverse pour les seules décisions de justice[1259] –décisions des juridictions de l'ordre judiciaire et celles de l'ordre administratives-. Cette solution a été consacrée par la loi n° 2008-561 du 17 juin 2008 portant réforme de la prescription en matière civile[1260]. La règle fut consacrée à l'article 3-1 de la loi du 9 juillet 1991 auquel succéda l'article L. 111-4 du code de procédure civile d'exécution. Il en ressort en substance que : « *l'exécution des titres exécutoires mentionnés aux 1° et 3° de l'article L. 111-3 ne peut être poursuivie que pendant dix ans, sauf si les actions en recouvrement des créances qui y sont constatées se prescrivent par un délai plus long* ». Par suite, alors que le constat d'une créance dans une décision judiciaire exécutoire en rallonge de ce fait la prescription, tel n'est pas le cas des créances constatées dans certains actes juridiques privés

---

[1258] J.-P. FARGET, « Le bail notarié n'est pas admis comme titre exécutoire permettant l'expulsion », *précit.*

[1260] V. sur la question Ph. HOONAKKER, « La prescription de l'exécution, forcée depuis la loi n° 2008-561 du 17 juin 2008 », *Droit et procédures,* janv-févr. 2009, 15 ; O. SALATI, « Nouvelle article 3-1 de la loi du 9 juillet 1991, la prescription des titres exécutoires de l'article 3, 1° à 3°, est décennale », Procédures 2008. Alerte 45 ; A. LEBORGNE, *D*. 2009. Pan 1168 ;

511. Les titres exécutoires désignés.- Il s'agit des titres prévus aux n° 1 à 3 de l'article L. 111-3 à savoir : les décisions des juridictions de l'ordre judiciaire ou de l'ordre administratif lorsqu'elles ont force exécutoire, ainsi que les accords auxquels ces juridictions ont conféré force exécutoire, les actes et les jugements étrangers ainsi que les sentences arbitrales déclarés exécutoires par une décision non susceptible d'un recours suspensif d'exécution puis enfin les extraits de procès-verbaux de conciliation signé par le juge et les parties.

512. Les titres exécutoires exclus.- Il s'agit logiquement de tous les autres titres exécutoires cités à l'article L. 111-3, hormis ceux désignés. Sont donc précisément exclus du bénéfice du délai de prescription de principe de dix tous les titres cités au n° 4, 5 et 6 de l'article L. 111-3 à savoir : les actes notariés revêtus de la formule exécutoire, le titre délivré par un huissier de justice en cas de non-paiement de d'un chèque et enfin les titres exécutoires administratifs. La formalisation d'une créance dans l'un quelconque de ces titres exécutoires n'en augmente pas pour autant le délai de prescription de celle-ci, le délai de prescription étant exclusivement celle applicable à la créance. Ce délai est le délai de droit commun de cinq, sauf délai spécial[1261]. Si cette règle se conçoit aisément, une précision de sa justification doctrinale permettra de se rendre compte que le législateur n'est pas allé au bout de sa propre logique.

513. L'affinement de la justification doctrinale de l'instauration d'une prescription distincte aux titres exécutoires.- Un auteur explique cette règle par l'intervention judiciaire. Cette distinction tiendrait au fait qu'au fait générateur de la créance se serait substitué l'ordre du juge[1262]. Un tel raisonnement reste simpliste et ne saurait expliquer la véritable *ratio légis*. Tout d'abord, il convient de tirer au clair la notion d' « ordre du juge » dont il est question ici. Et cela ne peut se faire qu'en se rapportant aux deux pouvoirs consubstantiels à l'office du juge, à savoir : le *jurisdictio* et l'*impérium*. Le mot « ordre » ici renvoie plutôt à l'*impérium* défini comme un « pouvoir de donner des

ordres »[1263], l'exercice d'une « parcelle de la puissance publique »[1264] et non au *jurisdictio* signifiant le fait pour un juge de « *trancher un litige par application du droit* »[1265].

[1261] V ; en ce sens Ph. HOONAKKER, « La prescription de l'exécution, forcée depuis la loi n° 2008-561 du 17 juin 2008 », *Droit et procédures*, janv-févr. 2009, 15, n° 7 et s. évoquant la loi n° 68-1250 du 31 décembre 1968 relative à la prescription des dettes publiques instituant un délai quadriennal non modifié par la réforme
[1262] *Id.*, n° 2

Or en attribuant à un acte qu'il reçoit la force exécutoire, le notaire exerce une parcelle de la puissance publique, c'est-à-dire met en œuvre l'*impérium*. Plus significatif encore, en créant les titres exécutoires administratifs, l'administration, détenteur naturel de la puissance publique, ne fait qu'exercer celle-ci. De sorte que, si l'instauration d'une prescription distincte aux titres exécutoires devrait avoir pour seule explication l' « ordre du juge », donc la mise en œuvre de son *impérium*, celle-ci ne peut se justifier, dans la mesure où les titres exclus sont aussi comme le serait le jugement, le résultat de la mise en œuvre du pouvoir de puissance publique.

En vérité la justification est ailleurs. Elle réside précisément dans ce qui, distingue l'office du juge de celui d'un notaire, d'un comptable public ou de celui de tout autre officier public, à savoir son pouvoir de *jurisdictio* ou ce qu'il convient encore d'appeler sa mission juridictionnelle. Abondant dans ce sens, certains auteurs expliquent la règle par le fait que ces titres sont « *dépourvus de toute nature juridictionnelle* »[1266]. C'est aussi ce qu'a voulu exprimer un autre auteur lorsqu'il évoque le fait que la valeur juridique de la créance constatée dans un jugement serait sanctionnée par un juge[1267]. Mais très concrètement, seule l'autorité de chose jugée attachée aux décisions de nature juridictionnelle peut logiquement expliquer ce traitement différentiel. Car dans ce cas, une novation de cause s'opère entre l'ancienne cause de la créance et le jugement en tant que celui-ci, a tranché une contestation sur le bien fondée de cette créance et l'a admise. Et cette novation de cause n'aurait pu se justifier s'il n'était pas attaché au jugement ainsi rendu, c'est-à-dire la nouvelle cause de la créance, une autorité de chose jugée.

C'est sans doute la prise en compte de l'autorité de la chose jugée qui explique que le législateur ait inclut parmi les titres bénéficiant de la prescription de principe plus longue certains actes privés exécutoires que sont : les actes auxquels le juge accorde la force exécutoire et le procès-verbal de conciliation signé du juge et des parties. Cette analyse est du reste corroborée par une jurisprudence certes très ancienne, mais non moins d'actualité, qui jugea que : « *le jugement de condamnation (…) constitue, en raison de l'autorité qui s'y attache, un titre à l'abri des courtes prescriptions édictées par le code civil ou par des lois spéciales* »[1268]. Mais ce choix reste discutable.

514. L'inclusion discutable de certains actes privés exécutoire dans la liste des titres bénéficiant de la prescription longue.- Il s'agit de tous les actes privés exécutoires cités aux

[1266] R. PERROT et Ph. THERY, Procédures civiles d'exécution, *op. cit*., n° 134, p. 145-146
[1267] Commentaire sous article L. 111-4, « Prescription de l'exécution forcée », in code de procédure civile d'exécution, éd. Dalloz 2015
[1268] Civ. 23 juill. 1934, *Gaz. Pal. 1934. 2*, *jur. p*. 523

numéros 1 à 3 des articles L. 111-3 du CPCE à savoir : les procès-verbaux de conciliation signés du juge et des parties, les accords rendus exécutoires par le juge.

S'agissant des accords auxquels le juge accorde la force exécutoire, -transaction judiciaires ou extrajudiciaires homologuées-, la loi attache à leur acte fondamental, c'est-à-dire l'accord transactionnel, l'autorité de la chose jugée en dernier ressort entre les parties[1269]. Toutefois, cette autorité de chose jugée a été strictement interprétée par la Cour de cassation[1270]. Elle n'est pas systématique et est conditionnée à l'exécution de l'accord. Ainsi « *par cette interprétation, la Cour souligne la fragilité, sur un plan processuel, de la transaction et, surtout, de l'autorité de la chose jugée : la transaction est une convention, et c'est son exécution qui produit un effet extinctif sur le litige* »[1271]. Ceci revient à dire qu'une transaction non exécutée reste dépourvue de l'autorité de chose jugée. Or c'est bien la transaction non exécutée qui est soumise au juge pour homologation. Au surplus, il convient de préciser que la décision d'homologation de l'accord des parties est elle aussi dépourvue de cette autorité. Et pour cause, elle relève selon la loi, de la matière gracieuse[1272]. Or il est de jurisprudence constante que : « *les décisions judiciaires émanant de la juridiction gracieuse ne sont pas revêtues de l'autorité de la chose jugée (...)* »[1273], malgré une importante doctrine défendant la thèse contraire[1274]. Par suite c'est bien à tort, que le législateur, prenant vraisemblablement en compte le fait qu'une autorité de chose jugée soit attachée aux transactions, a cru devoir inclure le jugement homologuant celle-ci parmi les titres bénéficiant du délai de prescription de principe de dix ans.

Pour ce qui concerne le procès-verbal de conciliation signé du juge et des parties, son inclusion dans la liste des titres exécutoires bénéficiant du délai de prescription plus long de dix ans semble résulter vraisemblablement de l'assimilation de son acte fondamental à une transaction. Or force est de constater que, si « *la transaction reste l'issue naturelle de la conciliation* »[1275], elle n'en est pas la seule possible. Les parties peuvent en effet bel et bien se concilier sans pour autant avoir fait des concessions réciproques, condition *sine qua non* d'une transaction. De sorte qu'une conciliation ne peut véritablement être considérée comme une transaction, et donc se voir appliquer le régime favorable de cette dernière, notamment au regard de son effet, que si

[1269] Article 2052 du code civil

[1271] P. PAILLER, « Une transaction inexécutée n'a pas autorité de la chose jugée », *D*. 2012. 2577
[1272] Art. 131-12 CPC
[1273] Civ. 25 oct. 1905 : *DP* 1906. 1. 337, note *Planiol* ; Civ. 1re, 6 avr. 1994, Bull. civ. I, n° 141 ; *D*. 1994. 123 ; RTD civ. 1994. 563, obs. Hausser
[1274] V. en ce sens Cl. BRENNER, « Les décisions dépourvues d'autorité de chose jugée », *Procédures* n° 8-9, Août 2007, étude 13, spéc., n ° 13 et s.
[1275] L. CADIET, J. NORMAND et S. AMRANI-MEKKI, *Théorie général du procès*, op. cit., n° …

elle présente tous les éléments de qualification propre à une transaction qui reste un contrat nommé[1276].

Par suite cette probable assimilation du procès-verbal de conciliation à une transaction est critiquable. Au résultat, le procès-verbal de conciliation signé du juge et des parties reste un contrat judiciaire, et à ce titre ne bénéficie guère de l'autorité de chose jugée selon une jurisprudence constante[1277]. Par conséquent, c'est bien à tort, que ce titre exécutoire a été inclu par le législateur parmi la liste des titres bénéficiant du délai de prescription plus long de dix ans.

Quoi qu'il en soit, l'instauration de la règle des prescriptions distinctes aux titres exécutoires participe d'un abaissement de la valeur de l'acte privé exécutoire.

515. La dévaluation des actes privés exécutoires induite par la règle des prescriptions distinctes aux titres exécutoires.- La règle de l'application de délais de prescriptions distinctes aux titres exécutoires induit de fait une dévaluation des actes juridiques privés concernés. Celle-ci résulte du fait qu'un bénéficiaire de l'un quelconque de ces actes privés exécutoires, ne peut, prétendre à un même droit au regard de la prescription de la créance que celui-ci constate, qu'un bénéficiaire des titres exécutoires judicaires. Et cette dévaluation traduit clairement la volonté du législateur d'établir une hiérarchie entre les différents titres exécutoires, hiérarchie au sommet de laquelle trônent les titres exécutoires judiciaires[1278].

Ces évolutions enregistrées en droit français sont inconnues du droit OHADA.

C- Des évolutions inconnues du droit O.H.A.D.A.

516. L'absence de dévaluation des actes juridiques privés exécutoires en droit OHADA.- Contrairement au droit français qui pose des restrictions quant à la portée exécutoire de certains actes juridiques privés exécutoires[1279], le droit O.H.A.D.A. n'a posé aucune restriction dans ce sens. De sorte que, les actes juridiques privés exécutoires bénéficient en toute matière[1280], de la même portée exécutoire que les autres titres exécutoires.

[1277] Civ. 1re, 12 déc. 2006: *Bull. civ. I, nº 547; D. 2007. AJ 154; RJPF 2007-4/37, note Valory; RDC 2007. 434, obs. Serinet, et 759, obs. Bénabent*.

[1278] V. dans le même sens Commentaire sous article L. 111-4, « Prescription de l'exécution forcée », in code de procédure civile d'exécution, éd. Dalloz 2015

[1280] Comparé aux restrictions de la portée exécutoire ci-haut exposées de certains actes juridiques privés exécutoires en droit français, comme par exemple les actes notariés en matière d'expulsion.

Cette absence de dévaluation des actes juridiques privés exécutoires est du reste corroborée par la consécration en droit OHADA, de la règle de l'inaptitude du *Jex*[1281] –contrairement au droit français- à connaître des demandes visant à remettre en cause le titre exécutoire en son principe ainsi que de la validité des droits et obligations qu'il constate. Cette règle a certes été consacrée par la Cour commune de justice et d'arbitrage s'agissant d'un jugement et non d'un acte juridique privé exécutoire – acte notarié ou procès-verbal de conciliation exécutoires-, mais la formule très générale utilisée par la CCJA ne fait aucune place au doute.

En effet, dans son arrêt *Société Nationale Ivoirienne de Travaux rendu* en février 2012, la CCJA motivait sa décision de rejet ainsi qu'il suit : « *mais attendu que, contrairement aux allégations de la demanderesse au pourvoi, « le juge de l'exécution » n'a pas compétence pour connaître des demandes tendant à remettre en cause le titre exécutoire dans son principe ou sur la validité des droits et obligations qu'il constate et qu'il ne peut par conséquent porter atteinte audit titre (...)* »[1282]. La généralité résulte ici de l'emploi du terme « le titre exécutoire » qui renvoie clairement au titre exécutoire, c'est-à-dire tel que défini par l'article 33 de l'acte uniforme portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution.

Par suite, il peut être affirmé que, ni le principe, ni les constatations des actes juridiques privés exécutoires ne peuvent être remis en cause par le *Jex* en droit OHADA contrairement à la règle posée en droit français par l'arrêt du 18 juin 2009[1283].

……..

Sous-section II : Un affaiblissement jurisprudentiel de la portée des actes privés exécutoires

517. Division.- La jurisprudence aussi a de son côté largement contribué à affaiblir la portée exécutoire des actes juridiques privés exécutoires. En témoigne le constat de la défiance de celle-ci vis-à-vis de ces titres exécutoires (A), laquelle défiance a atteint son point culminant avec le revirement jurisprudentiel relatif à la question de l'incompétence du *Jex* pour connaître des moyens touchant à validité des actes notariés (B).

[1282] *CCJA*, 02 févr. 2012, *aff. Société Ivoirienne de travaux (SONITRA) SA C/ EDJA BINDE et autres*, n° 004/2012, *ohadata* J-14-86

[1283] Com, 18 juin 2009, précit.

A- Le constat d'une défiance de la jurisprudence vis-à-vis de l'acte privé exécutoire

518. Les prises de positions de la Cour de cassation révélatrices de la défiance.- La défiance de la Cour de cassation vis-à-vis des actes privés exécutoires s'évince sans équivoque de certaines des prises de position de la haute juridiction. Trois d'entre elles sont illustratives de ce constat. Il s'agit de l'avis du 20 octobre 2000 relatif à l'interprétation de l'article 3 de la loi du 9 juillet 1991, de l'arrêt du 7 mars 2002 relatif à interprétation de l'article 1re de la loi du 2 janvier 1973 et enfin l'arrêt de la chambre mixte de 2006 sur les délais de prescription des titres exécutoires.

L'avis du 20 mai 2000. Dans cette demande d'avis, était posée à la haute juridiction la question de savoir si « *une mesure d'expulsion relative à un local commercial peut-elle être opérée en vertu d'un protocole d'accord rendu exécutoire par simple ordonnance sur requête par le président du tribunal de grande instance agissant en vertu de l'article 1441-4 nouv. c. pr. civ.* »[1284] ? En réalité, se trouvait en filigrane de cette question, celle de savoir si une transaction extrajudiciaire rendue exécutoire par le juge pouvait être assimilée à un procès-verbal de conciliation exécutoire. Et pour cause, ce dernier titre est le seul, hormis les décisions de justice, susceptible selon l'article 61 de la loi du 9 juillet 1991, de fonder une mesure d'exécution. La réponse négative de la haute juridiction, pour aussi évidente[1285] qu'elle pouvait apparaître, était en réalité un signe avant-coureur de la défiance de celle-ci vis-à-vis des actes privés exécutoires. Des arrêts subséquents de la Cour de cassation permettent d'en acquérir la conviction.

L'arrêt du 7 mars 2002. Dans cet arrêt, la haute juridiction était invitée à répondre à la question de savoir si une transaction exécutoire pouvait servir de fondement à une expulsion au regard de l'article 1re de la loi du 2 janvier 1973. La réponse à cette question n'avait rien d'évident. En effet, l'article en cause pose comme règle que la pension alimentaire ait été « *fixée par une décision judiciaire devenue exécutoire* ». Pour la cour d'appel dont l'arrêt a été approuvé par la Cour de cassation, cette circonstance excluait les contrats judiciaires au motif que dans cette hypothèse, la pension alimentaire résulte plutôt d'un accord des parties et non d'une décision du juge. Cette interprétation est loin d'être la seule envisageable. En effet, celle-ci a considéré le concept de décision *stricto sensu*. Autrement dit, pour la cour d'appel, la décision dont il est question dans cet article serait plutôt celle qui tranche une contestation entre les parties tout en

fixant le *quantum* de la pension alimentaire. Or la notion de décision aurait pu être aussi considérée *lato sensu*, c'est-à-dire au sens de toute décision émanant d'un juge, thèse défendue du reste par le pourvoi en l'espèce. Ainsi donc, « *à partir du moment où un accord est exprimé devant une autorité judiciaire qui en donne acte dans une décision ayant force exécutoire, on se trouve bien en présence d'un engagement qui fixe le droit des parties avec l'aval du juge* ».

C'est donc entre ces solutions possibles que la Cour de cassation a dû opérer un choix. Celui-ci trahit la volonté de la haute juridiction d'instaurer une hiérarchie entre les titres exécutoires, attitude qui, dénote sans équivoque la défiance de la haute juridiction vis-à-vis d'un titre exécutoire imparfait. Un autre arrêt de la haute juridiction s'inscrit également dans cette même dynamique.

L'arrêt de la chambre mixte du 26 mai 2006. La durée de prescription d'une créance devait-elle être déterminée en tenant compte de la nature de celle-ci ou du titre qui la constate en l'occurrence un titre exécutoire notarié ? Telle était la question à laquelle la haute juridiction était amenée à répondre. Ici encore la réponse n'avait rien d'évident, comme en témoigne d'ailleurs la divergence à laquelle elle a donné lieu entre la première et la deuxième chambre de la Cour de cassation. En effet, selon la deuxième chambre, c'est le caractère du titre qui doit être pris en compte. Cette position a été affirmée dans une espèce dont les faits sont les suivants : sur le fondement d'un acte authentique de prêt, une banque a diligenté des poursuites de saisie immobilière à l'encontre d'un couple. Dans un dire déposé avant l'audience éventuelle, les défendeurs ont invoqué la nullité de la procédure en soutenant que la créance de la banque était éteinte, étant soumise à la prescription décennale de l'article L.110-4 du Code de commerce. La Cour d'appel accueille cet incident au motif que plus de dix ans se sont écoulés entre le premier incident de paiement et le commandement aux fins de saisie. Mais la deuxième chambre a censuré la cour d'appel en précisant qu'*« en statuant ainsi, alors que la poursuite de l'exécution d'un titre exécutoire est régie par la prescription de droit commun de trente ans, la Cour d'appel a violé l'article 2262 du Code civil »*[1286].

La première chambre civile, au contraire, a appliqué la prescription décennale à une *« action en justice pour avoir paiement, peu important que l'acte litigieux fût un titre exécutoire (...) alors que les obligations nées à l'occasion de leur commerce entre commerçants ou entre*

[1286] Cass. 2e civ. 9 juin 2005, n° 04-13.182 *aff. Sté Banque populaire Toulouse Pyrénées c/ Lahille*

commerçant et non commerçants se prescrivent par dix ans sans distinguer selon la forme en laquelle elles ont été constatées »[1287].

C'est la position de la première chambre qui a été retenue par la chambre mixte dans l'arrêt sus évoqué. Elle décida que : *« la durée de la prescription est déterminée par la nature de la créance et la circonstance que celle-ci soit constatée par un acte authentique revêtu de la formule exécutoire n'a pas pour effet de modifier cette durée* ».

Encore une fois, en adoptant cette position, la Cour de cassation est restée fidèle à sa logique d'instauration d'une hiérarchie entre les titres exécutoires judiciaires et non judiciaire, et par là-même sa défiance vis-à-vis de ces derniers, en l'occurrence ici l'acte notarié exécutoire. D'ailleurs pour bien signifier cette hiérarchie, la haute juridiction a pris le soin de marquer sa décision d'une signalétique forte (P+B+R+I)[1288].

Cette défiance jurisprudentielle vis-à-vis de l'acte privé exécutoire a atteint le cœur même de celui-ci, notamment en ce concerne l'acte notarié exécutoire avec un retentissant arrêt de revirement de la deuxième chambre civile du 18 juin 2009 ayant élargi la compétence du Jex aux questions portant sur la validité de l'acte.

B- Le revirement jurisprudentiel relatif à l'incompétence du Jex sur les questions de validité actes notariés

519. Division.- La compétence du *Jex* sur les questions touchant à la validité des actes notariés étaient dans un premier temps, interprétée de manière restrictive par la Cour de cassation. Mais depuis un célèbre arrêt rendu en 2009, la deuxième chambre civile de la Cour de cassation a initié une interprétation extensive de cette compétence du *Jex* (1), sonnant ainsi l'abandon de l'interprétation restrictive. Ce faisant, la jurisprudence initie clairement un affaiblissement de la portée des actes juridiques privés exécutoire, puisqu'il s'avère que cette solution peut s'appliquer *mutatis mutandis* aux autres actes juridiques privés exécutoires (2).

1- D'une interprétation restrictive à une interprétation extensive de la compétence du *Jex*

[1287] Cass. 1re civ. 11 févr. 2003, n° 00-1 8.692, Bull. civ. 2003, I, n° 43; JCP G 2003, IV, 1618
[1288] V. Weber, « Comprendre un arrêt de la Cour de cassation rendu en matière civile », *Bull. inf. C. Cass*., 15 mai 2009

520. Question de droit résolue.- La question de droit à laquelle la Cour de cassation avait été amenée à répondre était la suivante : la compétence du *Jex* s'étendait-elle à la validité des droits et obligations contenu dans un acte notarié ? La réponse à cette question a varié dans le temps. A une interprétation restrictive a succédée une interprétation extensive.

521. L'interprétation restrictive initiée par l'avis du 16 juin 1995.- Elle résulte de l'avis rendu par la Cour de cassation le 16 juin 1995[1289]. Une caution dont l'engagement avait été reçu par acte notarié en avait soulevé la nullité pour vice de consentement. Ceci a amené le juge saisi de l'affaire à requérir l'avis de la haute juridiction. Celle-ci avait répondu que : *« le juge de l'exécution n'a pas compétence pour connaître des demandes tendant à remettre en cause le titre dans son principe ou la validité des droits et obligations qu'il constate »* et *« ne peut se prononcer sur la nullité d'un engagement résultant d'un acte notarié exécutoire, invoqué en raison de l'absence prétendue d'une des conditions requises par la loi pour la validité de sa formation ».*

522. Une position très critiquée en doctrine, mais réitérée.- Cet avis avait fait l'objet de vives critiques de la part de la doctrine[1290]. Elle s'en indigna, estimant notamment que ce faisant, la Cour de cassation mettait à tort, sur un pied d'égalité le titre exécutoire notarié et celui judiciaire sous prétexte que l'un et l'autre sont des titres exécutoires. Mais ceci n'avait pas empêché la haute juridiction de réitérer cette position dans un nouvel avis deux ans plus tard. Cet avis répondait à une demande d'avis d'un juge d'instance saisi d'une procédure relative à la saisie de rémunération. Une caution avait vu ses rémunérations saisies en vertu d'un engagement notarié. Pour échapper à cette mesure de saisie, la caution souleva plusieurs moyens de défense au nombre desquels figuraient notamment la nullité de l'engagement de caution et le caractère non-exécutoire de la copie de l'acte. Dans sa réponse, la Cour de cassation rappela que le juge d'instance exerce les compétences du *Jex* bien qu'en cette matière, la procédure est instruite et jugée selon les règles procédurales propres à cette juridiction. Ce rappel ayant été fait, la Cour de cassation précisa que si dans l'exercice des pouvoirs du Jex, le juge d'instance peut « *trancher les incidents de fond soulevés par le débiteur* », c'est à condition

[1289] Cass., avis, 16 juin 1995 : Bull.civ. 1995, avis n°9 ; *RTD civ*. 1995, p.691, obs. R. Perrot
[1290] R. Perrot et Ph. THERY, *Procédures civiles d'exécution*, éd. Dalloz, 2ème éd., n° 33, p. 234 ; M. DONNIER et J-B. DONNIER, *Voies d'exécution et procédures de distribution*, LexisNexis Litec, n° 118, p. 42 ; G. Couchez, *Voies d'exécution*, 9 e éd. : Sirey, n° 116, p. 67, note 4 ; R. PERROT, « Juge de l'exécution. Compétence d'attribution : difficultés relatives aux titres exécutoires », *RTD civ*. 1995. 691 ; J. NORMAND, « la compétence du juge de l'exécution ; question d'actualité », *Rev. huissiers*, 1996. 2. et spéc. p. 6

de respecter « *les limites fixées par l'avis du 16 juin 1995* »[1291]. Cette solution désormais claire mais toujours critiquée en doctrine, a été appliquée à la lettre par la jurisprudence jusqu'en juin 2009[1292], date d'un retentissant revirement qui marqua le début d'une ère de défiance vis-à-vis des actes privés exécutoires.

523. Une position finalement abandonnée au profit d'une interprétation extensive.- Sans doute sensible à toutes les critiques doctrinales contre la solution de l'interprétation restrictive, la deuxième chambre civile de la Cour de cassation a opéré un revirement le 18 juin 2009. Les faits de l'espèce étaient les suivants : Un engagement de caution avait été pris dans un acte notarié. Mais suite à une défaillance du débiteur principal, le créancier a diligenté à l'encontre de la caution, une procédure de saisie-attribution.

Pour échapper à cette saisie, la caution invoqua la nullité de son engagement et demanda la mainlevée de la saisie. Le juge de l'exécution était-il compétent pour se prononcer sur la nullité de cet acte notarié ? Les juges du fond ont, en application du principe d'interprétation restrictive de la compétence du Jex jusque-là applicable, répondu par la négative au motif que : le juge de l'exécution n'avait pas le pouvoir de statuer sur la nullité d'un engagement résultant d'un titre exécutoire notarié. Cet arrêt a été cassé au visa de l'article L. 311-12-1 (devenu le L. 213-6, al. 1er) du Code de l'organisation judiciaire qui dispose que : *« le juge de l'exécution connaît, de manière exclusive, des difficultés relatives aux titres exécutoires et des contestations qui s'élèvent à l'occasion de l'exécution forcée, même si elle porte sur le fond du droit… ».*

524. Le satisfecit de la doctrine.- La doctrine majoritaire s'était montrée satisfaite de cette décision qui selon elle, range le titre exécutoire notarié à sa juste place[1293]. Le Professeur PERROT commente dans ce sens que : *« l'acte notarié n'est pas comparable à une décision de justice et il est arbitraire, sous prétexte que l'un et l'autre sont des titres exécutoires, de vouloir leur appliquer le même régime »*[1294].

[1291] Cass. avis, 14 févr. 1997, Bull. civ. avis, n° 2, p. 1 ; RTD civ. 1997, p. 518, obs ; R. PERROT
[1292] Cass. 2e civ., 9 nov. 1997 : Bull. civ. 1997, II, no 227 ; Cass. 2e civ., 25 mars 1998 : Bull. civ. 1998, II, no 102 ; Cass. soc., 27 janv. 2000 : Bull. civ. 2000, V, no 43 ; Cass. 2e civ., 5 avr. 2001 : Bull. civ. 2001, II, no 75 ; Cass. 1re civ., 22 nov. 2005 : Bull. civ. 2005, I, no 438 ; Cass. 2e civ., 22 févr. 2007 : Procédures 2007, comm. no 165, note R. Perrot ; Cass. 2e civ., 5 mars 2009 : Procédures 2009, comm. no 191, note R. Perrot.
[1293] R. PERROT, « Juge de l'exécution : compétence sur les incidents relatifs aux actes notariés », *RTD civ*. 2009, p.1 ; Y. DESDEVISES, op.cit. ; Ph. HOONAKKER, *Procédures civiles d'exécution. Voies d'exécution. Procédures de distribution*, éd. Larcier, coll. Paradigme 2010-2011, n° 156, p.69
[1294] R. PERROT, « Juge de l'exécution : compétence sur les incidents relatifs aux actes notariés », op.cit., p.1

525. Une solution demeurée constante depuis.- Cette solution est restée constante depuis et a notamment été appliquée s'agissant d'une inscription hypothécaire conservatoire. Une banque a fait inscrire, en vertu de deux prêts notariés, une hypothèque judiciaire conservatoire sur un immeuble appartenant au couple emprunteur. Ces derniers, ont saisi le *Jex* d'une mainlevée de cette mesure en arguant du caractère non-exécutoire de l'acte notarié[1295]. La cour d'appel rejette cette demande au motif que « *l'inscription d'hypothèque provisoire ne constituant pas une mesure d'exécution forcée à l'occasion de laquelle le juge de l'exécution dispose d'une compétence de pleine juridiction pour apprécier la portée et la validité des actes authentiques formalisant un titre exécutoire, il ne lui appartient pas de connaître du fond du droit* ». Cette motivation a été censurée par la haute juridiction au visa de l'article L. 213-6.

L'intérêt de cet arrêt réside assurément plus sur le terrain du champ des difficultés d'exécution, justifiant la compétence du Jex que sur celui de sa compétence à connaître de la validité du titre. Toutefois, il n'en demeure pas moins que celui-ci peut être cité à titre illustratif, comme une énième application de la solution dégagée par l'arrêt du 18 juin 2009, dont la constance peut être à cet égard établie.

526. Une analyse de dévaluation du titre exécutoire notarié partagée en doctrine.- L'arrêt de revirement du 18 juin 2009 est perçu comme une dégradation[1296] du titre exécutoire notarié. Cette analyse est d'autant plus pertinente que par sa signalétique -FS P+B+R+I-[1297], la Cour de cassation a entendu *« ancrer dans les esprits que les actes notariés, contrairement aux jugements, ne sont pas des titres intangibles »*[1298]. Cette analyse de dévaluation du titre exécutoire notarié est partagée en doctrine y compris dans celle qui s'est montrée critique à l'égard de l'interprétation extensive. C'est le cas du Professeur Marcel BEAUBRUN pour qui « *c'est l'image traditionnelle de l'authenticité, fondement de l'activité notariale, qui en sort déstabilisée et, sans doute, dévaluée* »[1299].

[1296] Le Professeur LIBCHABER, analyse cette décision comme une dégradation du titre exécutoire notarié. V. en ce sens R. LIBCHABER, obs. in *Défrénois* 2009, art. 39040, n°7, p. 2344

[1297] V. Weber, « Comprendre un arrêt de la Cour de cassation rendu en matière civile », *Bull. inf. C. Cass*., 15 mai 2009

[1298] Ph. HOONAKKER, « obs. sous civ. 2e, 9 sep. 2010 », *Droit et Procédures* 2010, n° 11

[1299] Marcel BEAUBRUN, « NOTAIRE. Vers une déstabilisation de la fonction notariale ? », *Défrénois*, 30 mai 2010 n° 10, p. 1128

En vérité, la dévaluation est à rechercher moins dans la possibilité de modification des obligations constatées par l'acte, solution déjà acquise, que dans la nature de la juridiction à laquelle cette compétence est dévolue.

527. La nature de juridiction spécialisée du *Jex* comme indice d'une dévaluation jurisprudentielle de l'acte notarié exécutoire.- Si l'existence de la possibilité de remise en cause des obligations constatées dans l'acte notarié par le *Jex* ne peut être analysée en soi, comme un indice d'une dévaluation de ce titre exécutoire, tel ne semble pas être le cas de la nature de la juridiction du *Jex*. En effet, la remise en cause par annulation de l'acte notarié exécutoire est une solution acquise depuis bien longtemps en jurisprudence, du fait même de la nature juridique de ce titre, qui demeure nonobstant l'office du notaire et sa force exécutoire, un contrat. Il est donc, en tant que tel soumis à la théorie générale des obligations et particulièrement à la règle de nullité pour vice de consentement, à cette nuance près que, la nullité ne pouvait avant l'arrêt du 18 juin 2009, être prononcée que par le juge de fond.

Le *Jex* qui est une juridiction spécialisée était donc amené à procéder sur ces moyens-là, à des renvois préjudiciels[1300]. La nouveauté de cet arrêt a été donc de permettre l'examen de ces moyens par le *Jex*, mettant ainsi fin à la règle du renvoi préjudiciel. C'est donc autour de cette nouveauté que doivent être recherchés les indices de la dévaluation.

En effet, en retenant la solution du renvoi préjudiciel, la Cour de cassation avait entendu attribuer de façon exclusive[1301] l'instruction et le jugement des questions relatives à la validité des actes notariés exécutoires à la juridiction de droit commun. Cette interprétation est clairement *contra legem* à un double titre. *Primo* au regard de l'article L. 211-3 du code de l'organisation judiciaire. Cet article ne crée en faveur du TGI qu'une compétence de principe, une sorte de compétence résiduelle. Toutes les affaires qui n'ont pas été spécialement attribuées à une juridiction, ressortissent à la compétence du TGI. Il ne s'agit pas à proprement parler d'une compétence exclusive. Or en l'espèce, les questions liées à la validité des actes notariés exécutoires et soulevées à l'occasion des procédures d'exécutions forcées relevaient au moment de l'avis et le sont toujours d'ailleurs, de la compétence du *Jex*. Dès lors, celles-ci ne devraient plus, en principe être considérées comme relevant exclusivement de la compétence du TGI.

[1300] V. en ce sens R. Perrot et Ph. THERY, *Procédures civiles d'exécution*, n° 321, p. 328
[1301] Il s'agit d'une compétence exclusive parce que seule celle-ci justifie les renvois préjudiciels

Mais en passant outre la lettre pourtant claire de cet article, la haute juridiction avisa du contraire.

Secundo, cette interprétation est *contra legem* au regard même de l'article L. 311-12-1 du code de l'organisation judiciaire en vigueur du *1re août 1992* au *10 septembre 2002*[1302], donc au moment de l'avis de 1995. Cet article attribuait déjà clairement compétence au *Jex* sur les questions accessoires aux difficultés d'exécution et relevant du fond du droit, à condition que celles-ci ne relèvent d'un autre ordre judiciaire, ce qui n'était pas le cas en l'espèce. Cette disposition faisait donc sans équivoque, *via* le mécanisme de la règle du « juge de l'action est juge de l'exception »[1303], de ces questions, des questions préalables[1304]. La question est donc de déterminer les raisons susceptibles de justifier que la haute juridiction en fit des questions préjudicielles[1305] dans son avis de 1995.

En vérité, en attribuant une compétence exclusive aux juridictions de droit commun, la haute juridiction a sans doute pris en compte le caractère authentique et exécutoire des actes notariés. Ceci résulte clairement de l'avis qui ne concerne que les actes notariés exécutoires. Du reste, le même problème ne semblait guère se poser en ce qui concerne les questions de fond soulevées à l'occasion des procédures civiles d'exécution ne portant pas sur l'exécution forcée d'un titre exécutoire. C'est le cas par exemple des mesures conservatoires[1306] diligentées sans titre exécutoire ou encore des moyens du tiers saisi contestant devoir une somme au débiteur saisi dans une saisie-attribution[1307]. Lors de ces procédures, le principe de la compétence du *Jex* pour connaître des contestations touchant au fond du droit semble bien être acquis.

Ainsi, pour les hauts magistrats, le fait que les obligations en cause aient été authentifiées et que l'acte qui les constate ait acquis la force exécutoire, fait monter d'un cran la gravité des griefs dont elles sont l'objet et en font des questions extrêmement délicates à trancher. Dès lors, la Cour régulatrice a sans doute estimé que de telles questions ne peuvent être efficacement

---

[1302] Article L. 311-12-1 C., org. Jud. « *Le juge de l'exécution connaît des difficultés relatives aux titres exécutoires et des contestations qui s'élèvent à l'occasion de l'exécution forcée, même si elles portent sur le fond du droit à moins qu'elles n'échappent à la compétence des juridictions de l'ordre judiciaire* » in www.legifrance.gouv.fr ….

[1303] V. sur cette règle S. GUINCHARD et autres, *Institutions juridictionnelles*, éd. Dalloz, 12e éd., Paris 2013, n° 211, p. 276

[1304] La question préalable, contrairement à celle préjudicielle peut être tranchée par le juge de l'action. V. en ce sens G. CORNU, Association Henri CAPITANT, *Vocabulaire juridique*, éd. PUF, 10e éd. 2014, p. 839-840

[1305] V. en ce sens R. PERROT et Ph. THERY, *Procédures civiles d'exécution*, *op. cit*., n° 321, p. 328-329

[1306] Cass. civ., 22 févr. 2007, n° 05-21.695 ; *Procédures 2007*. Comm. 165, obs. Perrot

[1307] Cass. 2e civ., 5 mars 2009, n° 08-12.560 ; *Procédures 2009*. Comm. 191, obs. Perrot

tranchées que par leur juge naturel[1308], ce dernier étant indubitablement mieux aguerri sur ces questions-là qu'une juridiction spécialisée, en l'occurrence le *Jex*, plutôt mieux rodé sur les questions relatives aux voies d'exécution. A cela, il convient d'ajouter les garanties qu'offrent la collégialité caractérisant le tribunal de grande instance (V. remarque directeur)[1309].

Par suite, l'avis de 1995 était à tout le moins une manifestation de la valeur que la Cour de cassation accordait à l'acte notarié exécutoire qu'elle avait entendu, ce faisant, hisser à la hauteur d'un véritable titre exécutoire. Ainsi, le revirement sur avis induit par l'arrêt de 2009 peut raisonnablement être interprété comme un abandon de la valorisation du titre exécutoire notarié. En décidant de revenir à une interprétation exégétique de la loi[1310], et de reconnaître compétence au *Jex* pour connaître, comme le prévoit celle-ci, des questions relatives à la validité de l'acte notarié exécutoire, la haute juridiction a clairement descendu ce titre exécutoire de son piédestal d'où elle l'avait élevé par l'avis de 1995, pour le ramener au diapason de simple convention potentiellement annulable. Cette solution jurisprudentielle fait clairement abstraction du caractère authentique de l'acte notarié et même de sa force exécutoire. Il était donc apparu tout à fait envisageable pour la Cour régulatrice que de telles questions, n'ayant d'autre pertinence que celle que peut avoir toute autre question de fond dans une procédure civile d'exécution, puissent être tranchées par une juridiction d'exception, en l'occurrence le *Jex*, fût-il moins rodée en la matière, d'où la dévaluation.

La solution de l'interprétation extensive mérite approbation, car elle a l'avantage de rappeler que l'acte notarié exécutoire n'est pas un titre intangible et que la circonstance qu'il ait été authentifié ou bénéficie de la force exécutoire ne saurait changer cela. Par ailleurs, cette solution rappelle le caractère imparfait de cet acte juridique privé exécutoire. Toutefois, étant donné qu'elle ne concerne que l'acte notarié exécutoire, la question de savoir si celle-ci peut être étendue aux autres actes privés exécutoires reste posée. Une réponse positive peut d'emblée y être apportée au regard des probables justifications de la solution.

2- L'applicabilité de l'interprétation extensive aux autres actes privés exécutoires

[1310] L'article 213-6 du code qui a remplacé
l'ancien article 311-12-1 du C., org. jud. ne dit pas autre chose que celui-ci lorsqu'il dispose : « *Le juge de l'exécution connaît des difficultés relatives aux titres exécutoires et des contestations qui s'élèvent à l'occasion de l'exécution forcée, même si elles portent sur le fond du droit à moins qu'elles n'échappent à la compétence des juridictions de l'ordre judiciaire* »

528. Les probables justifications de l'interprétation extensive comme fondements de son application aux autres actes privés exécutoires.- Outre le motif du caractère non intangible de l'acte notarié exécutoire, l'absence d'autorité de chose jugée qui caractérise ce titre est le second motif qui a sans doute dicté la solution de l'interprétation extensive. Cela va de soi, car un titre dont les constatations sont marquées du sceau de l'autorité de chose jugée n'est susceptible que d'une voie de recours, une demande principale ou incidente en nullité étant exclue. Cela est du reste bien traduit par l'adage : « *voie de nullité n'a lieu contre les jugements* ». C'est d'ailleurs ce qui justifie l'interdiction faite au *Jex* de modifier le dispositif d'une décision de justice[1311]. Le législateur ne veut pas, argumente le Professeur Perrot que le *Jex* s'érige en une sorte de juridiction de recours contre les décisions des juges du fond servant aux poursuites[1312].

Or ces deux faiblesses-là se retrouvent chez tous les autres actes juridiques privés exécutoires. Ceux-ci sont tous potentiellement annulables[1313] et aucun d'entre eux ne justifie de l'autorité de chose jugée[1314]. Dès lors, la solution de l'interprétation extensive doit pouvoir s'appliquer aussi bien au titre exécutoire délivré par un huissier de justice –un greffier ou un notaire en droit O.H.A.D.A.- qu'à tous les actes juridiques privés rendus exécutoires judiciairement mais non revêtus de l'autorité de chose jugée. Il s'agit du procès-verbal de conciliation signé du juge et des parties, des accords auxquels le juge a donné force exécutoire. En cela, l'article R. 121-1 alinéa 2[1315] du code de l'organisation judiciaire mérite d'être nuancé et donc corrigé.

Section II : Les limites de la dévaluation

529. Division.- La solution de la dévaluation comporte des limites. Celles-ci s'observent à travers le caractère incomplet de la dévaluation (Sous-section I) d'une part et son caractère inadéquat d'autre part Sous-section II).

Sous-section I : Le caractère incomplet de la dévaluation

[1311] Sauf que cette règle mérite d'être nuancée et ne saurait s'appliquer à toutes les décisions de justice notamment celles qui, n'étant juridictionnelles ne bénéficient pas de l'autorité de chose jugée, V. infra, n° …
[1312] R. PERROT et Ph. THERY, Procédures civiles d'exécution, op. cit., n° 320, p. 326
[1313] V. supra, n° …
[1314] V. supra, n° …, p.…
[1315] Article R. 121-1 alinéa 2 du C. org. Jud. : « *Le juge de l'exécution ne peut ni modifier le dispositif de la décision de justice, ni en suspendre l'exécution …* »

530. Division.- Les faiblesses de l'acte juridique privé exécutoire imposent en bonne logique une solution globale. Mais loin de cette considération et tenant manifestement compte des risques de violation de certains droits fondamentaux uniquement et/ou des insuffisances présentées par certains types d'actes privés exécutoires, la loi et/ou la jurisprudence a limité la portée exécutoire s'agissant uniquement de certaines mesures exécutoires ou de certains types d'actes privés exécutoires. Ceci emporte évidement une certaine incomplétude de la solution de dévaluation, celle-ci s'observant aussi bien au regard de la portée exécutoire de cet acte (A) que de sa nature (B).

A- L'incomplétude au regard de la portée de l'acte privé exécutoire

La solution de la dévaluation de l'acte juridique privé exécutoire n'emporte qu'un effet partiel sur la portée exécutoire de celui-ci (1), une solution clairement illogique au regard des faiblesses qu'accusent ce titre exécutoire (2).

1- L'effet partiel de la dévaluation sur la portée exécutoire du titre …

531. Le caractère partiel de la dévaluation sur la portée exécutoire des actes.- Aussi bien la mesure de l'anéantissement de la portée exécutoire, que celle de la réduction de celle-ci *via* la réduction de la durée de prescription des actes privés exécutoires concernés restent toutes deux des mesures partielles. En effet, la solution de l'anéantissement de la portée exécutoire reste partielle en ce sens où, la totalité des actes juridiques privés exécutoires n'est pas concernée. Ainsi par exemple, les procès-verbaux de conciliation conservent leur portée exécutoire en matière d'expulsion, nonobstant le fait que ceux-ci accusent les mêmes faiblesses que celles relevées à l'encontre des actes ayant fait l'objet desdites mesures. S'agissant des limitations touchant à la durée de la prescription, elles ne concernent que les actes privés exécutoires établis par un officier public ministériel – huissier de justice, notaire- et ne touchent pas ceux délivrés judiciairement –procès-verbal de conciliation, accords homologués par le juge, etc.-, alors même que des faiblesses identiques à celles reprochées aux premiers s'observent *mutatis mutandis* aux niveaux des seconds.

532. Le caractère partiel de la dévaluation quant aux types de mesures exécutoires concernés.- L'anéantissement de la portée exécutoire des actes privés exécutoires concernés est limité à seulement deux mesures exécutoires parmi la pléiade de mesures que le bénéficiaire d'un titre exécutoire a à sa disposition. Ainsi, hormis les mesures d'expulsion et la procédure

de paiement direct de pension alimentaire[1316], le bénéficiaire d'un acte juridique privé exécutoire peut pratiquer toute sorte de saisies exécutoires[1317] sur les biens du débiteur. En vérité ces mesures exécutoires concernées par la solution de dévaluation représentent une proportion infinitésimale de la gamme de mesures susceptibles d'être initiées, toutes choses révélant à n'en point douter, le caractère très partiel du remède de la dévaluation. Un pareil remède est donc forcément illogique et utopiste face à l'imperfection des actes juridiques privés exécutoires ainsi qu'au risque de violation de droits fondamentaux lié à la détention de ceux-ci.

2- …une solution illogique au regard des faiblesses de l'acte privé exécutoire

533. Une solution laissant planer le risque de violation des droits fondamentaux non visés.- La solution de la dévaluation ne restreint que très partiellement la portée exécutoire de l'acte juridique privé exécutoire, ce dernier conservant des effets absolument redoutables sur le patrimoine du « débiteur désigné ». Ainsi donc, le législateur n'a pas cru devoir tirer toutes les conséquences qu'implique le présupposé l'ayant conduit à anéantir la force exécutoire de l'acte juridique privé s'agissant des deux mesures exécutoires concernées. Ce présupposé qui est, faut-il le rappeler, le caractère imparfait de l'acte privé exécutoire d'une part et la nature de droit fondamental des droits susceptibles d'être violés[1318] d'autre part , aurait dû raisonnablement amener le législateur à étendre l'anéantissement de la portée exécutoire de cet acte à toutes les mesures exécutoires. Mais en cantonnant celui-ci à deux mesures uniquement, ce dernier laisse penser que les autres droits fondamentaux du « débiteur désigné » susceptibles d'être violés par une saisie exécutoire fondée sur de pareils titres exécutoires seraient moins importants que celui qu'il a voulu protéger à savoir « *l'inviolabilité du domicile et du respect de la vie privée* ». Dit autrement, cette solution laisse supposer qu'il existerait une hiérarchie entre les droits fondamentaux. Or il est un principe qu'aucune hiérarchie n'existe entre les droits fondamentaux[1319]. Par suite le choix du législateur de cantonner l'anéantissement de la portée exécutoire de certains actes privés exécutoires à certaines mesures seulement porte toutes les

---

[1318] V. N. CATALA, préc. Expliquant que les auteurs de la réforme ne veulent pas que les « *principes de l'inviolabilité du domicile et du respect de la vie privée qui ont valeur constitutionnelle et qui ne peuvent être mis en échec qu'avec l'autorisation et sous le contrôle de l'autorité judiciaire* »

[1319] V. Champeil-Desplats, La notion de droit fondamental et le droit constitutionnel français, D. 1995, chr. p. 324

marques de l'incohérence. Ce choix apparaît d'autant plus incohérent qu'il est difficilement justifiable qu'une mesure exécutoire ait pour fondement un titre exécutoire imparfait.

B- L'incomplétude au regard de la nature de l'acte privé exécutoire

534. Division.- Le caractère imparfait de l'acte juridique privé exécutoire impose en toute logique une réponse plus globale que celle de la restriction de sa portée exécutoire, de sorte qu'au regard du caractère imparfait de l'acte juridique privé exécutoire, la solution de la dévaluation paraît incomplète. L'absence d'une telle réponse (1) équivaut d'autant à une incomplétude de celle de la dévaluation au regard de la nature de titre exécutoire imparfait de l'acte juridique privé exécutoire, que cette dernière n'impacte en rien sur la force exécutoire de ce titre (2).

1- L'absence de réponse imposée par le caractère imparfait de l'acte privé exécutoire

535. Une solution laissant subsister la force exécutoire d'un titre exécutoire imparfait.- Le caractère imparfait de l'acte privé exécutoire conjugué avec le risque d'une potentielle violation de droits fondamentaux qu'induit ce titre, devrait en principe entrainer un anéantissement total de sa force exécutoire. Cette solution est bien imaginable d'autant que le législateur l'a appliquée pour deux mesures exécutoires, et qu'aucune raison fondée en droit ne justifie qu'il s'en soit arrêté à ces deux mesures. Mais loin d'adopter une pareille solution, le législateur a opté pour une solution qui laisse subsister la force exécutoire.

2- L'absence d'impact de la dévaluation sur la force exécutoire de l'acte privé

536. Une solution laissant subsister la nature de titre exécutoire des actes en cause.- Les solutions préconisées à savoir l'anéantissement de la force exécutoire des actes privés exécutoires ainsi que la réduction de leur durée de prescription n'emportent aucune conséquence sur la nature des titres en cause. Et pour cause, nonobstant celles-ci, les titres en cause conservent leur qualité de titre exécutoire.

Ainsi l'anéantissement de la force exécutoire n'a lieu que s'agissant de certaines mesures d'exécutions forcées précises, de sorte qu'en dehors de celles-ci, les titres en cause conservent leur nature de titre exécutoire. En ce qui concerne la réduction de la durée de la prescription des titres, cette mesure consistant seulement en une réduction du délai de leur validité, ceux-ci conservent leur nature de titre exécutoire, du moins durant le délai de prescription.

Or il est évident que le caractère imparfait des actes juridiques privés conjugué avec le potentiel risque de violation de droits fondamentaux qu'ils induisent impose une solution qui toucherait plutôt à la nature même de titre exécutoire de tels actes. En cela, la solution de la dévaluation reste inadéquate.

Sous-section II : Le caractère inadéquat de la réponse de la dévaluation

537. Division.- La solution de la dévaluation de l'acte juridique privé exécutoire n'est pas celle adéquate eu égard à la nature même des insuffisances qu'accuse ce titre exécutoire. Ce caractère inadéquat est du reste révélé par, d'une part l'incohérence de la solution au regard de ses effets (A) et d'autre part, la technique employée en l'occurrence celle de l'anéantissement de la force exécutoire de ce titre (B).

A- Le caractère inadéquat révélé par l'incohérence de la solution

538.- L'impossibilité d'aller au bout de la technique de l'anéantissement de la portée exécutoire des actes juridiques privés.- L'incohérence de la solution de la dévaluation résulte comme il a été montré précédemment du fait que le législateur ait cru devoir anéantir la force exécutoire des actes privés exécutoires pour seulement deux des mesures possibles, alors même que les motifs ayant dicté cette solution existent *mutatis mutandis* au niveau des autres mesures. À l'analyse, l'attitude du législateur se comprend et révèle par ailleurs le caractère inadéquat de cette solution. En effet, aller au bout de cette logique d'anéantissement de la force exécutoire des actes juridiques privés pour toutes les mesures exécutoires, reviendrait à une disparition de ceux-ci, donc à une sorte d'immobilisme. Car les faiblesses de ces titres exécutoires n'en font pas moins des outils utiles à la fluidité des échanges économiques, de sorte que leur disparition n'est une solution ni envisageable ni viable. C'est donc moins le fait de n'avoir pas étendu la solution à toutes les mesures exécutoires, que celui d'avoir prévu une solution incomplète parce qu'en soi inadaptée qui peut être reproché au législateur. Le caractère inadéquat de la solution de dévaluation est par ailleurs révélé par la technique même de l'anéantissement de la force exécutoire.

B- Le caractère inadéquat révélé par la technique de l'anéantissement de la force exécutoire

539.- Une contradiction consubstantielle à la technique de l'anéantissement de la portée exécutoire pour cette mesures uniquement.- Contrairement aux décisions de justice

ainsi qu'aux titres exécutoires administratifs qui n'acquièrent leur force exécutoire qu'après leur notification, les actes privés exécutoires bénéficient de la force exécutoire sans notification préalable[1320]. Au point que leur nature de titre exécutoire se confond avec leur force exécutoire[1321]. Dès lors, anéantir celle-ci peut s'analyser en une sorte d'anéantissement du titre exécutoire lui-même. Or voilà que, ce même titre qui est supposé être anéanti reste susceptible de fonder d'autres mesures exécutoires, ce qui ne se conçoit que si celui-ci en réalité conserve tous les attributs d'un titre exécutoire. La contradiction d'une telle technique saute à l'esprit. Par ailleurs, la contradiction consubstantielle à la technique de l'anéantissement de la force exécutoire de certains actes juridiques privés s'agissant de certaines mesures exécutoires se révèle par l'analyse suivante : un titre, est exécutoire ou ne l'est pas. Par conséquent, reconnaître à un titre la qualité de titre exécutoire et dans le même temps anéantir sa force exécutoire, fût-ce pour quelques mesures uniquement paraît clairement contradictoire. Plutôt que d'anéantir la force exécutoire d'un titre pourtant exécutoire –ici les actes juridiques privés exécutoires concernant certaines mesures-, c'est plutôt vers la correction des imperfections qui le caractérise qu'il faudrait en bonne logique, s'orienter. Ceci aura le mérite d'apporter aux faiblesses qu'accusent ces titres en l'occurrence les actes juridiques privés exécutoires, une solution globale, claire et cohérente. Pour ce faire, il faudra construire de toute pièce une théorie nouvelle de l'acte privé exécutoire.

Conclusion chapitre premier :

Face aux risques de violation de droits fondamentaux induits par les actes juridiques privés exécutoires, le législateur et la jurisprudence ne sont pas restés inactifs. Ceux-ci ont posé des solutions, pour la plupart inavouées, et qui conduisent à une dévaluation de l'acte juridique privé exécutoire. Toutefois, la solution de la dévaluation apparaît plutôt comme un simple palliative, insusceptible de s'attaquer aux racines du mal que constituent les risques de violation de droits fondamentaux. Aussi, cette absence de solutions de fond, achève de convaincre du caractère perfectible des actes juridiques privés exécutoires. Ceci justifie le renouvellement de la théorie des actes juridiques privés exécutoires.

CHAPITRE II :
Esquisse d'une théorie nouvelle de l'acte juridique privé exécutoire

540. Division.- Face à ces nombreuses insuffisances caractérisant les conditions d'établissement et de mise en œuvre de l'acte privé exécutoire, mal résorbées, et eu égard aux risques de violation des droits fondamentaux que ceci induit, un renouvellement de la théorie de ce titre exécutoire revêt désormais une impérieuse nécessité. Il consistera à construire de toute pièce un nouvel ensemble de corps de règles plus respectueux des critères de définition d'un titre exécutoire et qui soit conforme aux exigences de respect des droits fondamentaux procéduraux. Une esquisse de cette nouvelle théorie sera ici présentée. Elle se résume en deux types de correctifs principaux. Les uns sont relatifs à l'établissement de l'acte juridique privé exécutoire (Section I) et les autres à sa mise en œuvre (Section II).

Section I : Les correctifs relatifs à l'établissement de l'acte privé exécutoire

541.- Nécessité d'une purge de l'acte privé exécutoire de ses vices de fabrication.- Les correctifs relatifs à l'établissement de l'acte privé exécutoire visent à purger celui-ci de tous ses défauts congénitaux, ses vices de fabrication.

542.- Des vices logés essentiellement à deux niveaux.- Les vices de fabrication de l'acte juridique privé exécutoire se retrouvent essentiellement à deux niveaux. D'abord, au niveau de la procédure d'établissement de l'acte fondamental sur lequel sera apposée la formule exécutoire, puis ensuite au niveau de l'office de l'officier public à l'issue duquel sera apposé la formule exécutoire. Ainsi, l'exposé des aménagements liés à la procédure (Sous-section I) sera suivi de celui des aménagements lié à l'office de l'officier public (Sous-section II).

Sous-section I : Les aménagements liés à la procédure

543. La nécessité de vérifier le caractère équitable des procédures amiables.- En vérité, toutes les procédures qui se soldent par un acte juridique privé exécutoire peuvent recevoir la qualification de procédures amiables. Et en tant que tel, elles ont été abandonnées au bon vouloir des parties. Or, plus que sa nature contractuelle, l'acte fondamental qui en est issu est éligible à l'acquisition de la force exécutoire. Dès lors, les procédures amiables ne concernent pas que les parties. Elles impliquent aussi la puissance publique du fait même que cette dernière serait appelée à donner son aval à l'exécution dudit acte à travers l'apposition de

la formule exécutoire. Dans ces conditions, et eu égard aux conséquences graves qu'emporte l'apposition de cette formule exécutoire, il devient impératif que cette dernière garde un œil sur la procédure d'établissement de l'acte fondamental, notamment en s'assurant de son caractère juste.

Ceci passera inévitablement par l'introduction au sein de ces procédures amiables d'une dose d'équité. Celle-ci se déclinera à travers l'instauration d'un droit à une procédure amiable équitable (A) au profit des parties. Mais il ne s'agira pas de se contenter de la proclamation du droit à une procédure amiable équitable. Encore faudra-t-il en définir la mise en œuvre concrète (B).

A- La nécessaire instauration d'un droit à une procédure amiable équitable

A l'instar du droit à un procès équitable, les parties à une procédure amiable devraient bénéficier d'un droit à une procédure amiable équitable. Pour s'en convaincre, il convient d'exposer les raisons qui rendent nécessaire l'instauration d'un tel droit (1). Le contenu de ce droit sera aussi précisé (2).

1- Les raisons de la nécessité de l'instauration

544. Notion de procédure amiable.- Il convient en premier lieu de définir le mot « procédure ». Cette démarche peut de prime abord paraître dénuée de nécessité. Mais elle conserve tout son sens, tant il est significatif d'observer que ce mot se rapporte systématiquement au procès ou au contentieux dans l'usage juridique[1322]. Au point qu'il est permis de se demander si l'usage de ce mot hors ce cadre est possible. En vérité, une procédure est une marche ponctuée d'un ensemble de formalités et/ou d'actes, tendant vers un but donné et faisant l'objet d'un encadrement légal[1323]. Elle peut être conduite exclusivement par les parties – la procédure transactionnelle, la procédure participative, la procédure contractuelle, etc.- ou par un tiers et sous l'impulsion de celles-ci –la procédure de médiation, les procédures

[1322] V. en ce sens G. CORNU (Association Henri Capitant), Vocabulaire juridique, éd. PUF, 10e éd. 2014, spéc. l'entrée : procédure

[1323] V. dans le même sens H. CROZE, « Au-delà du droit processuel : pour une théorie juridique de la décision », in Justice et droits fondamentaux, Mélanges en l'honneur de J. NORMAND, Paris, éd. Litec, 2003, pp. 125-139, spéc. p. 126 expliquant que : « *Si quelqu'un ne peut agir que dans le cadre légalement réglementé, alors son action est nécessairement l'objet d'une procédure, fût-elle embryonnaire. Il est en effet possible de juger de la légalité de l'action par un contrôle formel de conformité du fait au droit et ce contrôle n'a rien à voir avec le jugement de fond qui peut être porté sur le contenu de son comportement* »

judiciaires de toutes sortes, la procédure notariée-. Dans ce dernier cas, elle appelle des garanties particulières du fait même de la présence de ce dernier.

Ainsi définie, une procédure peut être contentieuse ou amiable. Elle est amiable lorsque les parties établissent d'un commun accord un acte avec ou sans l'aide et/ou l'intervention d'un tiers[1324]. Ainsi en est-il des conciliations et médiations judiciaires ou conventionnelle, de la transaction, de la procédure participative, de la procédure notariée de réception d'un accord, etc.

545. Problème de droit.- Si les procédures amiables faisant intervenir un tiers appellent des garanties particulières[1325], la question se pose de savoir si celles-ci peuvent être empruntées au droit au procès équitable.

546. Les raisons militant pour une application de certains principes fondamentaux du proces aux procédures amiables.- Ces raisons ont été recherchées dans une similitude entre les procédures judiciaires et les procédures de règlement de conflit par un auteur. Le Professeur CADIET soutient que : « *certaines exigences du procès équitable valent, rationnellement, pour les règlements amiables. La raison justifiant leur application au procès devant les tribunaux établis par la loi se retrouve également dans les modes alternatifs de règlement des conflits et cette raison est que les modes de résolution amiables sont, à l'égal des procès judiciaires, des procédures de règlement des conflits* »[1326].

***Arguments techniques*.-** Au-delà de cette raison qui en soi se justifie parfaitement, la nécessité d'appliquer aux procédures amiables certains principes fondamentaux du procès peut se justifier plus fondamentalement par l'existence d'une procédure[1327] susceptible de conduire à

[1324] V. en ce sens G. CORNU (Association H. CAPITANT), Vocabulaire juridique, op. cit. définissant le mot amiable comme « issu d'un commun accord ; se dit de tout acte (convention, constat) que les intéressés établissent eux-mêmes, sans recours à un juge (justice étatique ou arbitre) ou à un auxiliaire de justice ; s'opp. en ce sens à officiel, judiciaire, juridictionnel et donc non seulement à contentieux mais à gracieux (…) » avant de préciser que ce terme désigne par extension « certains modes de solution des litiges, soit parce que le recours à un tel mode est choisi par les parties en litiges (…), soit parce que la solution du litige procède, même devant le juge (ndlr : donc intervention d'un tiers), d'un accord entre les parties (ex. transaction in judicio, conciliation) », ce à quoi il faudrait ajouter : l'accord des parties a été signé devant un tiers tel un notaire.

[1326] L. CADIET, « Procès équitable et modes alternatifs de règlement des conflits », in Variations autour d'un droit commun. Premières Rencontres de l'UMR de droit comparé de Paris, dir (M. DELMAS-MARTY et autres), éd. Société de Législation Comparée, Paris, déc. 2002, p. 89, spéc. p. 100

[1327] Id., p. … donnant une définition de la notion de procédure. Selon l'auteur, « *si quelqu'un ne peut agir que dans un cadre légalement règlementé, alors son action est nécessairement l'objet d'une procédure, fût-elle embryonnaire. Il est en effet possible de juger de la légalité de l'action par un contrôle formel de conformité du fait au droit et ce contrôle n'a rien à voir avec le jugement du fond qui peut être porté sur le contenu de son comportement* »

une modification des droits subjectifs des parties en présence. C'est en effet l'éventualité de la naissance, de l'amenuisement, de la consolidation ou même de la disparition de droits subjectifs à la charge ou au profit des parties à l'issue d'une procédure, qui rend plus que jamais légitime, l'aménagement en leur faveur de garanties propres à assurer le déroulement équitable de celle-ci. En abondant dans ce sens, le Professeur CROZE affirme que : « *nul doute en effet que les principes fondamentaux du nouveau droit processuel, parce qu'ils sont l'émanation des libertés publiques élémentaires n'aient vocation, dans une démocratie, à régir toutes les procédures qui peuvent faire grief aux citoyens, qu'elles se développent ou non dans un cadre processuel* »[1328].

Par ailleurs, il existe une autre raison, tout aussi importante que la première et qui est de nature à rendre nécessaire l'application de certaines garanties du procès équitable aux procédures amiables. Il s'agit de l'intervention d'un tiers. En effet, la connaissance exhaustive de la cause par ce dernier, condition *sine qua non* de l'efficacité de son intervention et a *fortiori* du caractère équitable de celle-ci, ne peut en vérité être assurée sans un débat préalable équitable. Car c'est uniquement le débat équitable qui, tout en permettant l'expression totale des opinions divergentes, assurera l'information complète du tiers[1329]. Or, un débat équitable suppose l'aménagement d'un certain nombre de garanties propres au procès équitable.

Arguments de philosophie du droit.- En vérité, les raisons techniques ci-dessus évoquées sont sous-tendues par des raisons de philosophie du droit. Ainsi, pour amiables que soient ces procédures, elles ne sauraient être des zones de non-droit évoquées par le Doyen *Carbonnier* dans son Flexible droit[1330], étant donné que les actes qui en résultent ont pour vocation de délimiter, d'attribuer ou de consacrer des droits, et que l'évocation du mot « droit » renvoie nécessairement à l'idée de justice. A cet égard, *Ulpien* avait vu juste qui affirmait que : « *faire du droit impose d'abord de savoir d'où vient ce nom de droit. Il provient de la justice* »[1331]. Or la justice elle-même a bien souvent été présentée dans les anciens écrits ayant traité de la question comme étant intimement liée à l'équité.

Ainsi, pour Aristote par exemple, l'équité est « *une sorte de justice et non une disposition différente de la justice* »[1332]. Il a été même expliqué que pour Aristote, « *l'équité (epieikeia)*

[1329] V. sur ces vertus du débat, Id., p. 135 ; et plus généralement sur la notion de débat Ch. LIEVREMONT, Le débat en droit processuel, PUAM 2001.
[1330] CARBONNIER, Flexible droit ….
[1331] Ulpien, 1re livre de ses Institutes (Digeste, 1, 1, 1, 1-4), *trad.* F. ROUMY
[1332] Aristote, *Ethique à Nicomaque*, Livre V, chapitre 14, 1137a 31-1138a 3

couronne l'édifice de la justice ; elle en est la pointe extrême, ou l'épicentre, selon la géométrie qu'on en retient »[1333]. Aussi, le Digeste traitait-il le droit, la justice et l'équité comme étant des concepts étroitement liés, ce que souligne précisément *Ulpien* dans sa célèbre formule « *jus est ars boni et aequi* »[1334]. Cette même thèse d'une imbrication notionnelle entre droit, justice et équité a été aussi soutenue par Paul RICŒUR qui l'a d'ailleurs « *enrichie de la référence aux garanties du formalisme procédurale* »[1335], lesquelles garanties trouvent leurs plus parfaite expression dans le droit à un procès équitable. Il convient maintenant de décliner le contenu de ce droit.

2- Le contenu du droit à une procédure amiable équitable

547. Une exigence générale d'équité.- A l'instar du droit à un procès équitable, le droit à une procédure amiable équitable devra s'entendre d'abord et avant tout d'une exigence générale d'équité telle que consacrée s'agissant du procès équitable par la Cour EDH. La Cour jugeait en effet dans l'affaire *Delcourt c/ Belgique* qu' « *un procès ne serait pas équitable s'il se déroulait dans des conditions de nature à placer injustement (une partie) dans une situation désavantageuse* »[1336]. Plus concrètement, il s'agit du droit pour chacune des parties de pouvoir soutenir sa cause dans des conditions qui ne la place pas en situation de désavantage substantiel par rapport à son contradicteur, et ceci à l'échelle du procès pris in *globo*[1337]. Appliquée à la procédure amiable, l'exigence générale d'équité s'entendra donc du droit pour chaque partie à celle-ci, de pouvoir défendre ses intérêts dans des conditions qui ne la désavantagent pas substantiellement, dans la globalité de la procédure, par rapport à son contradicteur.

L'exigence d'équité dont il est question ici, est moins une règle de droit concrète qu'un principe de justice transcendante, « *quelque chose qui rectifie le juste selon la loi* »[1338]. Ainsi perçue, l'exigence générale d'équité ne saurait exister par elle-même. Son effectivité sera assurée comme c'est le cas pour le procès équitable, par des « *détecteurs d'inéquité* »[1339], des sortes de principes directeurs[1340] d'une procédure amiable. C'est d'ailleurs conscient de cette nécessité

[1333] L. CADIET et autres, Théorie générale du procès, op. cit., n° 51, p. 217
[1334] Le droit est l'art du bon et de l'équitable
[1335] Id., n° 51, p. 218
[1336] CEDH, 17 janv. 1970, aff. *Delcourt c/ Belgique* A n° 11, & 26
[1337] Commission, requête n° 9 938/82, Déc. du 15 juill. 1986, D.R. 48, p. 21 ; aussi J.-CL SOYER et M. de SALVIA, « Commentaire de l'article 6 de la Conv. EDH », in L.-E. PETTITI et autres, (dir), *La Convention Européenne des Droits de l'Homme. Commentaire article par article*, op. cit., p. 265
[1338] Aristote, *Ethique à Nicomaque, op. cit.*
[1339] J.-CL SOYER et M. de SALVIA, « Commentaire de l'article 6 de la Conv. EDH », in L.-E. PETTITI et autres, (dir), *La Convention Européenne des Droits de l'Homme. Commentaire article par article*, op. cit., p. 265
[1340] V. sur la genèse de cette expression, G. ROUHETTE, L'influence en France de la science allemande du procès civil et du code de procédure civile allemand, in Das Deutsche zivilprozessrecht und seine ausstrahlung

que certains auteurs affirment que : « *le développement contemporain des modes alternatives des modes alternatifs de règlement des conflits fait apparaître la nécessité d'autres garanties, d'ordre processuel ou procédurale, sorte de principes directeurs du règlement amiable, garanties de la conciliation équitable* »[1341].

Toutefois force est de remarquer que, cette nécessité de garanties procédurales ne saurait être cantonnée comme semblent le soutenir ces illustres auteurs aux seules procédures amiables de règlement des conflits. Elle s'impose pour toutes les procédures pour peu que celles-ci enregistrent l'intervention d'un tiers. C'est le cas par exemple des procédures contractuelles de réception d'une convention des parties par un notaire ou encore la procédure au terme de laquelle un huissier de justice ou un greffier en droit OHADA établit un titre exécutoire suite à un non-paiement de chèque.

En tout état de cause, l'actualité de la médiation en droit de l'Union européenne donne de bonnes raisons d'espérer que l'exigence générale d'équité fera bientôt son apparition en droit positif. En effet, la *directive 2013/11/UE* relative au règlement extrajudiciaire des litiges de consommation[1342] ainsi que le *règlement 524/2013* relatif au règlement en ligne des litiges[1343] de consommation adoptés par le Parlement et le Conseil européen le 21 mai 2013 prévoient clairement l'exigence d'équité[1344]. Même si ces textes ne prévoient pas un principe général

auf andere rechtsordnungen, Gieseking-Verlag, Bielefeld, 1991, p. 159-199, spéc. n° 19-20 : « c'est de la notion de Grundprinzipien que viendrait celle de principe directeur, via R. W. MILLAR, comparatiste américain de la première moitié du xxe siècle, et ses formative principles of civil procedures, recueillis par Réné MOREL, traitant des « principes directeurs de la procédures française » (Traité élémentaire de procédure civile, 1re éd. 1932 ; 2e éd. 1949, n°424-427) et par H. VIZIOZ (Etudes de procédures, 1956, p. 441, se référant aux « principes directeurs du procès civil ») » cité par L. CADIET, *Et les principes directeurs des autres procès ? Jalons pour une théorie des principes directeurs du procès*, in *Justice et droits fondamentaux*, *Mélanges* J. NORMAND, éd. Litec, n° 1, p. 71-110 et sur la notion : H. MOTULSKY, *Prolégomènes pour un futur code de procédure civile : la consécration des principes directeurs du procès civil par le décret du 9 septembre 1971* : *D*. 1972, 91 ; in Ecrits, t. 1 : Etudes et notes de procédures civiles, p. 275-304- C. PARODI, L'esprit général et les innovations du nouveau code de procédure civile : Défrénois 1976, art. 3115, p. 673-694 et art. 31120, p. 737-779- G. CORNU, *Les principes directeurs du procès civil par eux-mêmes, fragment d'un état de question* : *Mélanges Pierre Bellet*, Litec, 1991, p. 83-100 ; *L'élaboration du code de procédure civile* : *Rev. hist. Fac. droit et sc. Jurid*. 1995, n° 16, p. 241-255, spéc. p. 250 ; *La codification de la procédure civile en France* : in l'art du droit en quête de sagesse, éd. PUF 1998, p. 385-395 – G. BOLARD, Les principes directeurs du procès civil : le droit positif : le droit positif depuis H. Motulsky : JCP 1993, I, 3693- Cour de cassation, Le nouveau code de procédure civile : vingt ans après, La documentation française, 1998, spéc. les interventions de MM. CORNU, PARMENTIER et HAEGEL.- E ; VERGES, La catégorie juridique des principes directeurs du procès judicaire, thèse Aix-Marseille-III, 2000

[1341] L. CADIET, et autres, *Théorie général du procès*, éd. PUF, 2e éd. 2010, n° 52, p. 222

[1342] La directive doit être transposée par le Etats membres avant le 9 juillet 2015

[1343] Le règlement entrera en application le 9 janvier 2016

[1344] Art. 1re de la directive 2013/11/UE DU PARLEMENT EUROPEEN ET DU CONSEIL du 21 mai 2013 relative au règlement extrajudiciaire des litiges de consommation et modifiant le règlement (CE) n° 2006/2004 et la directive 2009/22/CE dite directive relative au RELC, *JOUE*, du 18 juill. 2013, p. 8 qui dispose : « la présente directive a pour objectif, (…) en faisant en sorte que les consommateur puissent, à titre volontaire, introduire des plaintes contre des professionnels auprès d'entités appliquant des procédures de règlement extrajudiciaire des

d'exigence d'équité, l'évocation de cette exigence fût-elle pour des matières complètement parcellaires, dénote en tout cas de la prise de conscience par les pouvoirs publics de la nécessité de prévoir cette garantie pour les procédures amiables. Cette démarche mérite d'être saluée tout en espérant qu'elle soit généralisée à toutes les procédures amiables aussi bien en droit international européen qu'en droit interne.

548. Les principes directeurs d'une procédure amiable inspirés du procès équitable.- Ces principes ne sont rien d'autres que ceux qui sont applicables dans le cadre d'un procès[1345]. Toutefois, il convient de faire observer que tous les principes directeurs du procès n'ont pas vocation à s'appliquer aux procédures amiables. Ainsi, ne sont pas compatibles avec la procédure amiable, l'exigence de publicité et de celle de célérité. La raison en est que ces deux garanties ne visent à protéger que les justiciables contre l'Etat et ne valent donc que pour la justice étatique. En outre, l'incompatibilité de la première résulte du fait que la confidentialité est de l'essence même des procédures amiables, tandis que pour la seconde, son inutilité tire sa cause du fait même que les parties demeurent elles-mêmes maîtresses du temps et du coût de la procédure amiable et aussi du fait que celles-ci restent avant tout des procédures rapides[1346].

Les principes directeurs du procès applicables aux procédures amiables se résument quant à eux à deux catégories principales : celles spécifiques aux parties et celles spécifiques au tiers.

Les garanties spécifiques aux parties. Il s'agit du principe du contradictoire et de l'égalité des armes[1347]. L'effectivité de ces deux principes ne pouvant être assurée que par la présence aux côtés des parties d'avocats, il convient à cet égard de saluer les innovations introduites par la *loi n° 91-647 du 10 juillet 1991 relative à l'aide juridique*. Celle-ci en créant *l'aide à l'accès au droit* permet désormais à toutes personnes réunissant les conditions notamment de ressources, de bénéficier des conseils et de l'assistance d'un avocat lors des procédures

litiges, indépendante, impartiales, transparentes, efficaces, rapide et équitable (…) » et de l'article 1re du REGLEMENT (UE) N° 524/2013 DU PARLEMENT EUROPEEN ET DU CONSEIL du 21 mai 2013 relatif au règlement en ligne des litiges de consommation et modifiant le règlement (CE) n° 2006/2004 et la directive 2009/22/CE dit règlement relatif au RLLC qui dispose que : « le règlement a pour objectif, (…), par la mise en œuvre d'une plateforme européenne de RLL (ci-après dénommée « plateforme RLL ») facilitant le règlement indépendant, impartial, transparent, efficace, rapide et équitable, par voie extrajudiciaire, des litiges en ligne entre consommateurs et professionnels », JOUE du 18 juill. 2013, p. 4

[1345] V. pour la justification H. CROZE, loc. cit., n° 1197

[1346] V. en ce sens, A. ADELINE, « Déjudiciariser les conflits : les enjeux de la médiation », *Encyclopedia Universalis*, Universalia 1999, p. 171-172 ; aussi l'article 8.1 du qui dispose : « sauf convention contraire, la durée totale de la procédure Méd-Arb simultanés est de trois (3) mois à compter et d'une façon générale sur ces incompatibilités L. CADIET, « Procès équitable et modes alternatifs de règlement des conflits », op. cit., pp. 95-96

[1347] V. s'agissant de l'application de ces deux principes aux procédures amiables, supra, n° …

amiables et notamment des procédures de médiation extrajudiciaires et de procédures impliquant l'intervention d'un notaire[1348]. En effet, *l'aide à l'accès au droit* s'entend d'une « *aide à l'intervention de l'avocat dans les procédures non juridictionnelles* »[1349] dont le domaine s'étend entre autre à : l'aide dans l'accomplissement de toute démarche en vue de l'exercice d'un droit ou de l'exécution d'une obligation de nature juridique et l'assistance au cours des procédures non juridictionnelles ; la consultation en matière juridique ; l'assistance à la rédaction et à la conclusion des actes juridiques[1350]. Mais il ne suffit pas que les parties aient la possibilité de s'offrir l'assistance et les conseils d'un avocat pour que l'objectif de l'effectivité de l'État de droit soit atteint. Encore faudrait-il que la représentation par un avocat soit rendue obligatoire lors desdites procédures[1351]. Par ailleurs, la mise en œuvre effective du principe du contradictoire et de l'égalité des armes qui sont parfois confondus[1352] devra être assurée par le tiers qui aura l'obligation de les respecter et de les faire respecter par les parties[1353], et ceci outre les garanties qui lui sont spécifiques.

Les garanties spécifiques au tiers. Aux exigences d'indépendance et d'impartialité, il faut ajouter l'exigence de neutralité.

L'impartialité est nécessaire comme c'est le cas pour le juge, car comme ce dernier, le tiers intervenant dans les procédures amiables doit observer une équidistance entre les différents intérêts en cause. C'est cette capacité de ne favoriser une partie au détriment d'une autre qui confère à son intervention toute sa légitimité. L'impartialité du tiers dans les procédures amiables peut être aussi bien subjective qu'objective. Elle sera considérée comme subjective dès lors que l'une des conditions énumérées à l'article L. 111-6 du code de l'organisation judiciaire sera réunie. Ces conditions peuvent être réunies en trois grandes catégories : l'existence de préjugés sur la condition des parties tenant à la race, au sexe, à leur orientation

[1348] Pour les conciliations ou médiations judiciaires, l'aide juridictionnelle s'étend d'office à celles-ci si elle avait été attribuée à un plaideur dans le cadre de la procédure judiciaire au cours de laquelle un conciliateur judiciaire ou un médiateur aurait été désigné.
[1349] Art. 67 de la loi n° 91-647 du 10 juillet 1991 relative à l'aide juridique modifiée par la loi n° 2014-1654 du 29 décembre 2014 ; comp. au droit à un procès équitable version communautaire qui compte désormais parmi ses garanties, le droit de toute personne à se faire défendre, conseiller et représenter (art. 47 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne)
[1350] Art. 53 de la loi n° 91-647 du 10 juillet 1991 relative à l'aide juridique modifiée par la loi n° 98-1163 du 18 décembre 1998
[1351] V. sur les raisons rendant nécessaire l'intervention d'un avocat aux côtés des parties, supra, n° …
[1352] S. GUINCHARD, « l'influence de la convention européenne des droits de l'homme et de la jurisprudence et de la jurisprudence de la cour européenne des droits de l'homme sur la procédure civile », *Gaz. Pal.* 27-31 août 1999, p. 2 sq, spéc. n° 43 sq
[1353] V. en ce sens Recommandation Rec (2002) 10 du Comité des Ministres aux Etats membres sur la médiation en matière civile (18 sept. 2002) : « 12. Le médiateur devrait agir (…) et veiller au respect de l'égalité des armes pendant le processus de médiation (…) »

sexuelle, etc., de conflit d'intérêts que pourrait avoir le tiers dans l'affaire dont il connaît et enfin de sentiments notoires d'amitié ou d'inimitié à l'égard d'une partie[1354].

Aussi, faut-il noter que l'exigence d'impartialité a bien été prévue par le législateur français en ce qui concerne l'office du médiateur et le conciliateur de justice[1355]. Elle est prévue aussi par les textes régissant les autres procédures amiables. Ainsi en est-il du texte réglementant le notariat[1356] et du règlement de médiation de certains centres privés de médiation[1357]. Le droit de l'Union européenne sur les modes extrajudiciaires des litiges n'est pas en reste, qui prévoit clairement cette exigence[1358]. Celle-ci étant connue de toutes les procédures amiables et ne faisant donc pas débat, il sera aisé, par souci d'uniformité de régime et d'intelligibilité des textes, de prévoir une exigence d'impartialité du tiers dans toutes les procédures amiables. Tel n'est pas le cas de l'exigence d'indépendance dont l'applicabilité aux procédures amiables fait débat.

L'exigence d'indépendance est souvent évoquée ensemble avec celle d'impartialité. Elle peut être définie comme l'absence d'un rapport d'autorité ou de toute autre nature, susceptible d'entraver le libre exercice de l'office de la personne dépendante. Ces entraves peuvent provenir, soit des pressions et instructions de la personne dominante, soit des craintes de représailles que pourraient inspirer à la personne dépendante la non-prise en compte des doléances de la personne dominante. La dépendance peut s'observer entre un organe public et l'Etat, -les magistrats du parquet, par exemple-. Elle peut aussi s'observer entre un tiers à une procédure amiable –une conciliation ou une médiation extrajudiciaire- et une partie. L'exemple le plus significatif est celui où le tiers est uni à une partie par un lien de subordination.

L'application de l'exigence d'indépendance aux procédures amiables, plus précisément aux modes alternatives de règlement des litiges est contestée par certains auteurs. Pour ces derniers, si cette exigence qui vise à « *protéger les parties en assurant la protection du juge par rapport à la puissance publique qui l'a institué* » a « *un sens s'agissant des tribunaux établis par la*

[1354] V. en ce sens S. AMRANI-MEKKI et Y. STRICKLER, Procédure civile, éd. PUF 2014, n° 261
[1355] L'article 1530 du code de procédure civile issu du Décret n° 2012-66 du 20 janvier 2012

[1357] Art. 6.1 du règlement de médiation C.M.A.P qui dispose que : « *le médiateur indépendant neutre et impartial à l'égard des parties (…)* »
[1358] Art. 1re de la directive 2013/11/UE DU PARLEMENT EUROPEEN ET DU CONSEIL du 21 mai 2013 relative au règlement extrajudiciaire des litiges de consommation et modifiant le règlement (CE) n° 2006/2004 et la directive 2009/22/CE dite « directive relative au RELC », 8 et de article 1re du REGLEMENT (UE) N° 524/2013 DU PARLEMENT EUROPEEN ET DU CONSEIL du 21 mai 2013 relatif au règlement en ligne des litiges de consommation et modifiant le règlement (CE) n° 2006/2004 et la directive 2009/22/CE dit « règlement relatif au RLLC », précit.

loi » et « *lorsque le tiers conciliateur est institué par la puissance publique ou par l'une des parties aux litige* », elle ne se distingue pas de l'impartialité dans le cas de l'arbitrage où l'arbitre est institué par les parties elles-mêmes ou lorsque le tiers est désigné de commun accord par les parties. Cette position ne saurait emporter conviction.

D'abord, il convient de faire observer qu'en réalité, ces auteurs ne contestent pas en soi la nécessité d'une exigence d'indépendance du tiers, mais que pour ces derniers, le libre consentement des parties à la désignation du tiers implique de *facto* l'indépendance de celui-ci, de sorte que le rappel de cette exigence n'aurait plus aucune portée juridique. Le contre-exemple de ce raisonnement est tout trouvé. En effet, le consentement à la désignation du tiers peut avoir été vicié. Cette absence de consentement peut tirer sa cause d'une erreur et/ou d'un dol ou même de la violence.

Etant donné que l'exigence d'indépendance du tiers vis-à-vis des parties est requise, et reste donc une qualité substantielle de ce dernier en rapport avec cette mission, la partie avec laquelle le tiers entretient un rapport de dépendance peut s'aviser de ne pas en informer l'autre partie. Une pareille réticence informative suffirait à emporter la qualification d'erreur et/ou de dol. S'agissant de l'erreur, cette réticence informative provoquerait chez l'autre partie une erreur sur les qualités substantielles[1359] du tiers, en l'occurrence les qualités d'indépendance nécessaires à l'exercice de sa mission. Or ce type d'erreur présente toutes les caractéristiques d'une erreur admissible, puisqu'elle elle serait excusable[1360] d'une part, et pourrait être qualifiée de commune[1361] d'autre part, car l'exigence d'indépendance du tiers étant une condition de sa désignation, il peut être établi à l'égard de la partie ayant retenu cette information qu'elle avait bien connaissance de l'importance que l'autre partie attachait à cette qualité. Par suite l'hypothèse de l'erreur constitutive d'un vice de consentement peut donc être retenue comme étant plausible.

Pour ce qui concerne le dol, celui-ci serait aussi constitué toutes les fois que la réticence informative sur le rapport de dépendance entre le tiers et la partie concernée serait dolosive et aurait eu pour finalité de tromper l'autre partie afin de la déterminer à donner son accord à la désignation du tiers[1362]. Or l'exigence de loyauté qui est une condition posée par la

[1359] V. en ce sens, Saint-Denis de la Réunion 6 oct. 1989, *JCP* 1990. II. 21504, note E. Putman ; *RTD civ*. 1990. 647, obs. J. Mestre
[1360] Civ. 3 juill. 1990, *Bull. civ*., n° 329 ; *RTD civ*. 1991. 316, obs. J. Mestre sur l'admission d'une erreur provoquée par une réticence dolosive comme une erreur excusable
[1361] V. sur ce critère, R. CABRILLAC, Droit des obligations, éd. Dalloz, 11e éd. 2014, n° 63, p. 60
[1362] Id., n° 64 et s., pp. 61-62

jurisprudence pour qualifier une réticence informative de dol[1363] devrait être le propre d'une procédure quelle qu'elle soit et donc des procédures amiables. Partant, l'hypothèse d'un dol reste aussi envisageable. Tel est aussi le cas de la violence.

En effet, le fait par exemple pour l'une des parties, de menacer l'autre partie d'emprunter les voies judiciaires à défaut de la non-acceptation du tiers qu'elle propose, peut être analysée comme un détournement, un abus de la voie de droit visant à « *obtenir une promesse ou un avantage sans rapport ou hors proportion avec l'engagement primitif* »[1364]. Un tel comportement serait bien évidemment constitutif d'une violence illégitime, donc d'un vice du consentement à la désignation du tiers proposé.

Les procédures amiables démarrées sur de pareilles bases sont inévitablement vouées à l'inéquité. Et cette inéquité ne pourrait être détectée que par l'exigence d'indépendance, car c'est à son aune que ces différents vices de consentement seront appréciés comme le donnent à voir les démonstrations ci-dessus. Dans ces conditions, il est permis d'affirmer que si l'exigence d'indépendance n'a aucune portée juridique dans l'hypothèse où le tiers serait librement désigné par les deux parties à condition que le consentement ainsi exprimé ait été exempt de vice, son existence reste néanmoins utile pour apprécier le consentement à cette désignation d'un tiers indépendant.

En outre, il convient de relever que le consentement à la désignation d'un tiers n'est pas de nature à éluder l'exigence d'indépendance de celui-ci, dans la mesure où si son absence d'indépendance préexistait à ce consentement, celui-ci ne suffirait pas à la couvrir du fait de la nature d'ordre public de cette règle[1365]. Par suite la vertu élusive de l'exigence d'indépendance dans les procédures de règlement des conflits que semblent attribuer ces auteurs au consentement à la désignation du tiers n'emporte pas conviction.

Par conséquent, l'exigence d'indépendance du tiers dans les procédures amiables reste une exigence utile à leur déroulement équitable. Du reste, ceci explique la raison pour laquelle l'exigence d'indépendance reste posée dans la quasi-totalité des textes qui régissent les

[1363] Civ. 3e, 16 mars 2011, JCP 2011. 566, n° 11, obs. J. Ghestin, Defrénois 2011. 40113, obs. J.-B. Seube
[1364] Req. 6 avril. 1903, S. 1904. 1. 505, note Waquet ; D. 1903. 1. 301 ; Civ. 17 janv. 1984, Bull. civ., n° 133 ; RTD civ. 1985. 367, obs. J. Mestre
[1365] V. en sens contraire la règle critiquable de l'art. 6.3 du règlement de médiation CMAP : « *Si au cours du processus de médiation, le médiateur constate l'existence d'un élément de nature à mettre en cause son indépendance et/ou son impartialité, il en informe les parties. Sur accord écrit de celles-ci, il poursuit sa mission. Dans le cas contraire, il suspend la médiation. La commission de médiation procède alors au remplacement du médiateur* ».

procédures amiables malgré ces positions doctrinales. Ainsi en est-il de l'article 131-5, n° 5 du code de procédure civile qui pose exige que le médiateur présente « *les garanties d'indépendance nécessaire à l'exercice de la médiation* ». Tel est aussi le cas en droit de l'Union européenne des MARC[1366]. A côté de l'exigence d'indépendance et d'impartialité, une troisième exigence s'impose en raison des spécificités des procédures amiables. Il s'agit de l'exigence de neutralité.

L'exigence de neutralité se distingue de l'exigence d'impartialité. Car si celle-ci interdit au tiers tout traitement de faveur à l'égard d'une des parties quand l'exigence de neutralité vise plutôt à cantonner ce dernier dans un rôle de facilitateur dont « *la maïeutique doit permettre aux parties de découvrir elles-mêmes les termes de leur accord* »[1367]. À cet égard, le tiers devra se garder en toutes circonstances d'imposer aux parties sa propre position en usant par exemple d'un « *rapport de force psychologique en sa faveur* »[1368]. Une pareille exigence qui d'ores et déjà trouve une place dans les règlements de certains organismes de médiation[1369] devra être reprise à son compte par le législateur dans le cadre d'un principe directeur des procédures amiables.

A côté de ces garanties inspirées du procès équitable, d'autres garanties présentées comme spécifiques aux procédures amiables ont été mises en avant par la doctrine et reprises par le législateur. Mais force est de reconnaître que la nature de garantie d'une procédure amiable équitable qui leur est attribuée n'emporte pas conviction.

549. Les garanties spécifiques aux procédures amiables.- Deux principes sont ici évoqués. Il s'agit de la confidentialité et du consentement. Le principe de confidentialité interdit l'usage sans l'accord des parties, dans le cadre de toute autre instance ultérieure, des informations recueillies à l'occasion de la procédure amiable, soit par constatations du conciliateur, soit par déclaration des parties elles-mêmes[1370]. Quant au principe de

[1366] Recommandation Rec. (2002)10 du Comité des Ministres aux Etats membres sur la médiation en matière civile (18 sept. 2002) : « 12. Le médiateur devrait agir de manière impartiale et indépendante (…) ; Art. 1re de la directive 2013/11/UE DU PARLEMENT EUROPEEN ET DU CONSEIL du 21 mai 2013 et article 1re du REGLEMENT (UE) N° 524/2013 DU PARLEMENT EUROPEEN ET DU CONSEIL du 21 mai 2013, précit.
[1367] L. CADIET, « Procès équitable et modes alternatifs de règlement des conflits », op. cit., n° 22, p. 104
[1368] Id.
[1369] Art. 6.1 du règlement de médiation C.M.A.P qui dispose que : « *le médiateur indépendant neutre et impartial à l'égard des parties (…)* » ; le règlement intérieur de la Chambre de commerce et d'industrie de région Paris Ile-de-France.
[1370] V. en ce sens l'article 131-14 du code de procédure civile ou pour ce qui relève des organismes privés de médiation : article 7.5 du règlement de médiation C.M.A.P qui dispose que : « le médiateur, les parties et leurs conseils sont tenus à la stricte confidentialité pour tout ce qui concerne la médiation ; aucune constatation,

consentement, il vise à garantir le caractère négocié ou accepté de la procédure amiable. Ces principes ne sauraient être considérés véritablement comme des garanties d'une procédure amiable équitable comme le suggèrent certains auteurs[1371]. Et pour cause, ils ne s'appliquent pas à la procédure en elle-même. L'un s'applique en amont de celle-ci, tandis que l'autre trouve à s'appliquer en aval de la procédure amiable.

Ainsi, le consentement est le préalable indispensable à l'existence même de la procédure amiable. Par conséquent ce n'est pas celle-ci qu'il garantit, mais son existence. Il s'agit de surcroît d'une exigence élémentaire du droit contractuel qui n'a à ce titre aucun lien de parenté avec une garantie d'un processus. Le principe de confidentialité appelle quant à lui deux observations. La première est qu'il vise plutôt à assurer le bon aboutissement de la procédure, en favorisant un climat de confiance aussi bien entre les parties qu'entre celles-ci et le tiers, que de garantir sa conduite équitable. La seconde observation qu'appelle ce principe est qu'il ne trouve à s'appliquer qu'en dehors de la procédure dont elle est censée garantir le caractère équitable !

Or une garantie n'a de sens que s'il elle conduit, sécurise et éclaire le déroulement d'une procédure. Par suite, ces deux principes quelque utiles qu'ils soient ne sauraient être qualifiés de garanties d'une procédure amiable équitable telle qu'il convient de l'entendre[1372].

En résumé, seuls le principe du contradictoire et de l'égalité des armes, le principe d'indépendance, d'impartialité et de neutralité peuvent être considérés comme principes directeurs d'une procédure amiable. A cet égard, il serait souhaitable que le législateur les consacre formellement à titre liminaire des dispositions traitant de la matière des procédures amiables.

B- La mise en œuvre concrète du droit à une procédure amiable équitable

550. Division.- Les procédures amiables peuvent être classées en deux catégories. Il y a d'un côté celles qui ont pour objet le règlement amiable des conflits et de l'autre, celles qui sont caractérisées par l'absence de conflit. Il est évident que la mise en œuvre du droit à une

déclaration ou proposition, effectuée devant le médiateur ou par lui, ne peut être utilisée ultérieurement, même en justice, sauf accord formel de toutes les parties ».

[1371] L. CADIET, « Procès équitable et modes alternatifs de règlement des conflits », op. cit., n° 24 et s., pp. 105-106 expliquant que : « *la confidentialité est une garantie essentielle des modes alternatives de règlement des conflits* » ; Mais reconnaissant que « le consentement n'est généralement pas présenté comme une garantie du règlement amiable des différents » ; S. CARRE , La confidentialité dans le règlement amiable des litiges, Petites affiches, 5 et 8 août 1995

procédure amiable équitable ne peut être la même dans ces deux types de procédures amiables. C'est pourquoi, celle-ci sera envisagée en fonction du type de procédure soit, d'une part au sein des procédures amiables de règlement des conflits (1) et d'autre part au sein des procédures amiables sans conflit (2).

1- Au sein des procédures amiables de règlement de conflit

Les principes directeurs d'une procédure amiable équitable peuvent se résumer en deux types d'exigences. Il s'agit de l'exigence de respect du principe du contradictoire et de l'égalité des armes (a) puis de celle d'impartialité, d'indépendance et de neutralité (b).

a- Le principe du contradictoire et l'égalité des armes

L'exposé de l'application du principe du contradictoire (a-1) précèdera celui de l'égalité des armes (a-2).

a-1) Le contradictoire

551. Obligation de respecter et de faire respecter le principe du contradictoire à toutes les étapes de la procédure.- Le tiers devra observer lui-même le principe du contradictoire et le faire observer par les parties. Ainsi devra-t-il veiller à ce que ce principe s'applique dès l'entame de la procédure. Si celle-ci ne résulte pas d'une clause de conciliation ou de médiation, et procède d'une demande unilatérale d'une partie, le tiers -conciliateur ou médiateur- devra veiller à ce que la demande soit notifiée à l'autre partie et recueillir son accord exprès. Ensuite le tiers devra faire en sorte que le contradictoire s'applique à tous les stades de l'instruction de la cause : la production des écrits et pièces, les constatations, les comparutions personnelles, la reddition de l'avis du tiers sur la valeur de la position de chaque partie puis enfin le projet d'accord proposé aux parties dans le cadre d'une médiation.

***La production des écrits et pièces*.** Les écrits et pièces produits par chaque partie au tiers dans le cadre de la procédure amiable, devront faire l'objet d'une communication systématique à l'autre partie afin de lui permettre de faire ses observations éventuelles.

***Les constatations et comparutions personnelles*.** Si les comparutions personnelles peuvent se dérouler sans la présente des autres parties, les déclarations qui en seront issues doivent être soumises au contradictoire. Pareillement, les constatations personnelles du tiers ne doivent se satisfaire du seul accord des parties comme le suggère l'article 129-4 du code de procédure

civile. Encore faudrait-il qu'elle se déroule contradictoirement. Ce qui suppose que toutes les parties y soient convoquées.

La reddition de l'avis du tiers sur la valeur de la position de chaque partie. Aussi bien la pratique conciliatoire que celle de la médiation a développé la pratique de « l'avis de valeur de position de chaque partie »[1373]. Il s'agit d'évaluer au regard du contexte juridique de la cause, la valeur de la position soutenue par chaque partie, sorte de « chances de succès » en cas d'une action judicaire, dans le but de déterminer celles-ci à parvenir à un arrangement amiable. Aussi pertinente qu'elle peut paraître, cette pratique ne doit pas s'affranchir d'une certaine transparence.

En effet, il ne s'agira pas pour le tiers de s'entretenir en *catimini* avec chaque partie sur la valeur de sa position. La nécessité de transparence que requiert une telle démarche doit inévitablement passer par l'application du principe du contradictoire. Ainsi, l'avis du tiers devra être notifié à chaque partie pour observation. Il est d'ailleurs significatif de relever que cette pratique qui prend l'appellation de « *mini trial* » en droit comparé américain est précédée d'une mini audience caractérisée par la plaidoirie des avocats de chaque partie devant le tiers[1374]. Ainsi, à défaut d'une telle audience préalable à cet avis, celui-ci doit faire suite à une instruction faisant une large place au contradictoire et se rendre de façon contradictoire. Le nouveau droit européen en la matière paraît bien en phase avec cette exigence de contradictoire à tous les niveaux de la procédure, qui pose l'exigence de transparence[1375]. Toutefois, il convient de souligner que cette exigence fait double emploi avec celle du contradictoire. Et pour cause, tout ce qui est soumis au principe du contradictoire est nécessairement marqué du sceau de la transparence.

Le projet d'accord proposé aux parties dans le cadre d'une médiation. La médiation a ceci de différent de la conciliation que, le médiateur, loin de se contenter uniquement de concilier les parties comme c'est le cas dans la conciliation, est aussi investi d'un devoir de proposer aux parties un projet d'accord[1376]. Les parties demeurent certes libres d'adhérer ou non au projet d'accord qui leur sera proposé par le médiateur. Toutefois, l'objectif d'une issue amiable

[1373] V. sur ce point H. J. NOUGEIN et autres, *Guide pratique de l'arbitrage et de la médiation commerciale*, Paris, éd. du JURIS-CLASSEUR, 2004, n° 381, p. 231

[1374] V. M.-D. DOUAOUI, « Les garanties processuelles fondamentales des parties dans le mini trial », *RDAI* n° 5, 2000, pp. 599-637 ; P. E. HERZOG, « Tendances actuelles concernant les méthodes alternatives de résolution des controverses (A.D.R.) aux Etats-Unis », *RGDP* 1999, pp. 787-788

[1375] Art. 1re de la directive 2013/11/UE DU PARLEMENT EUROPEEN ET DU CONSEIL du 21 mai 2013 et article 1re du REGLEMENT (UE) N° 524/2013 DU PARLEMENT EUROPEEN ET DU CONSEIL du 21 mai 2013, précit.

[1376] V. G. CORNU (Association H. CAPITANT), Vocabulaire juridique, op. cit, entrée : médiateur, p. 649

impose au minimum que celui-ci emporte la conviction de toutes les parties. De fait, ce projet ne doit pas sortir comme par enchantement du petit chapeau magique du médiateur. Tous ces éléments devront avoir été soumis à un débat contradictoire ou à tout le moins à un échange contradictoire entre les parties, non pas dans une atmosphère conflictuelle, mais plutôt amiable que le médiateur devra en toute circonstances s'évertuer à rappeler et à maintenir, le but étant de soumettre les propres convictions et positions du médiateur à la contradiction des parties. Tel élément de solution que s'apprête à proposer le médiateur peut, au contact d'un avis contraire et motivé d'une partie, amener celui-ci à amender, réviser voire changer sa position.

Plus concrètement, le médiateur peut estimer par exemple qu'au regard de la valeur de la position d'une partie et du peu de chance de succès qu'elle a en cas d'une action judiciaire, qu'il vaudrait mieux pour cette dernière de consentir quelques concessions. Mais celle-ci peut avoir une lecture aux antipodes de celle du médiateur et en convaincre ce dernier qui le cas échéant, pourra modifier sa position. Le tout se jouera dans la technicité des arguments qu'un débat contradictoire permettra de soulever amiablement. Le règlement amiable ne fait pas du médiateur le seul détenteur de la solution la meilleure, la plus juste et équitable pour les parties, loin de là. Seule « *la contradiction permet de choisir l'opinion qui doit être tenue pour vraie ; la contradiction permet de définir la solution qui sera tenue pour juste pour les parties* »[1377]. Tout ceci ne peut bien évidemment se faire sans l'assistance aux côtés des parties d'avocats, sorte de doublures améliorées de celles-ci, car nantis de compétences juridiques propres à défendre au mieux leurs intérêts, chose que ne peut de toute évidence faire le tiers, aussi neutre et impartial et compétent qu'il soit. C'est par ailleurs à cette même nécessité de la présence aux côtés des parties de conseils aux offres de droit, qu'invite l'exigence de l'égalité des armes entre les parties.

a-2) L'égalité des armes

552. Plus que l'impartialité du tiers, l'exigence d'une véritable égalité procédurale des parties.- L'exigence de l'égalité des armes est ramenée dans les procédures amiables uniquement à des obligations incombant au tiers. Ainsi, l'impartialité du tiers devrait le conduire à « *s'assurer qu'une partie n'est pas désavantagée par la crainte que pourrait lui inspirer l'autre partie et il doit conduire la médiation de manière à prévenir ou à corriger les abus de puissance d'une partie sur une autre* »[1378]. C'est aussi uniquement en termes

[1377] L. CADIET, « Procès équitable et modes alternatifs de règlement des conflits », op. cit., n° 19, p. 101
[1378] Id., n° 23, p. 104 citant le Projet de Recommandation du Conseil de l'Europe sur la médiation civile, Principe IV

d'obligations incombant au tiers que les organismes privés de médiation semblent traduire l'exigence de l'égalité des armes quand ils prévoient en tout et pour tout à cet égard, que le médiateur devra veiller au « *respect des intérêts de chacune des parties (...)* »[1379] et « *assurer un équilibre de traitement entre les parties* »[1380]. Mais bien plus que cela, l'égalité des armes suppose un rapport d'équilibre procédural entre les parties[1381]. A cet égard, l'interprétation dégagée par la Cour EDH de l'exigence de l'égalité des armes dans l'affaire *Dombo Beheer c/ Pays-Bas*, est du reste fort illustrative.

Il ressort en effet de cet arrêt que chacune des parties doit avoir « *la possibilité raisonnable de présenter sa cause –y compris ses preuves- dans des conditions qui ne la placent pas dans une situation de net désavantage par rapport à son adversaire* »[1382]. Ainsi compris, l'égalité des armes doit donc s'entendre aussi et surtout de l'égalité des armes de défense de chaque partie. De sorte que si une partie venait à être représentée par un avocat quand l'autre en est dépourvue, il ne serait pas possible de parler d'égalité des armes. Or cette hypothèse n'est, loin s'en faut, une hypothèse d'école, mais une réalité bien souvent courante, hélas !

Dans ces conditions, sachant qu'il est théoriquement impossible d'interdire à une partie de s'offrir l'assistance d'un avocat, ne vaudrait-il pas mieux, dans un souci de prévention de la rupture de l'égalité des armes qu'engendrerait nécessairement une pareille situation, de rendre la représentation par avocat obligatoire pour toutes les parties ? Une pareille situation reste parfaitement envisageable. Elle l'est d'autant que le législateur a étendu l'aide pour la défense des droits aux procédures amiables[1383]. Il ne restera donc qu'un petit pas à franchir pour que l'égalité des armes devienne une réalité. Ce petit pas est celui de la représentation obligatoire pour toutes procédures, aussi bien judiciaires qu'amiables[1384]. La réalisation de l'idéal de l'État de droit, le vrai, passe inévitablement pas là !

b- L'exigence d'impartialité, d'indépendance et de neutralité

553. La nécessité de précision légale de la mise en œuvre des garanties d'indépendance, d'impartialité et de neutralité.- Il ne suffit pas comme c'est le cas dans les procédures amiables, de proclamer l'exigence d'indépendance, d'impartialité et de neutralité

[1379] Art. 7.1 du règlement de médiation CMAP
[1380] Id.
[1381] V. M. DOUCHY-OUDOT, « Le procès équitable », in *Examen d'entrée dans un CRFPA. Le grand oral. Protection des libertés et des droits fondamentaux*, S. GUINCHARD (*dir*), Paris, éd. Lextensoédition 2014
[1382] Cour EDH, 27 octobre 1993, *aff. Dombo Beheer c/ Pays-Bas* & 33

du tiers pour que celles-ci soit une réalité. Encore faudrait-il qu'un certain nombre de règles soient prises pour en assurer la mise en œuvre concrète. A cet égard, il conviendrait de poser les règles suivantes : une obligation de déclaration d'indépendance et d'impartialité du tiers, une obligation d'information des parties sur les circonstances susceptibles d'affecter l'indépendance et/ou l'impartialité du tiers, l'encadrement strict des conditions de renonciation par les parties à ces garanties, la rédaction par le tiers d'un rapport de procédure en cas de conciliation.

554. La déclaration écrite d'indépendance et/ou d'impartialité du tiers.- Le législateur s'est juste contenté de poser l'exigence d'indépendance et d'impartialité du tiers sans aucune autre précision de nature à en assurer la mise en œuvre. Cette pétition de principe non assortie d'une sanction en cas d'inobservation, revient à laisser l'application de telles garanties pourtant fondamentales dans un Etat de droit, au seul vouloir du tiers[1385]. Sans doute conscients de cette lacune, les organismes privés de médiation ont imaginé à la charge du médiateur, une obligation de « *leur (ndlr : les parties) faire connaître, ainsi qu'au Secrétaire général du CMAP, les circonstances qui, aux yeux des parties, seraient de nature à affecter son indépendance et/ou son impartialité* »[1386]. Mais pour être plus complet, plus qu'une information des parties sur les circonstances de nature à remettre en cause son indépendance et/ou impartialité, c'est une véritable obligation de déclaration d'indépendance et/ou d'impartialité qu'il convient de mettre à la charge du tiers.

L'avantage d'une pareille règle réside dans le fait qu'outre le fait qu'elle renvoie à une certaine solennité de nature à sensibiliser le tiers sur l'importance de sa mission, celle-ci revêt un aspect quelque peu dissuasif. La déclaration d'indépendance et/ou d'impartialité consisterait en une déclaration écrite[1387] systématique faite dès avant la prise de mission, dans laquelle le tiers devra indiquer qu'au jour de sa prise de mission, il n'existe aucune circonstance de nature à affecter son indépendance et/ou son impartialité. Il devra aussi déclarer le cas échéant, l'existence de circonstances susceptibles d'affecter aux yeux des parties son indépendances et/ou impartialité. Dans ce dernier cas, les règlements des centres de médiation privés prévoient en règle générale la possibilité pour les parties de confirmer le tiers dans sa mission nonobstant l'existence desdites circonstances, et de renoncer ainsi à ces garanties procédurales. Ceci pose la question de la validité de tels renoncements.

[1386] Art. 6.1 du règlement de médiation CMAP

555. La validité des renoncements aux garanties de procédure.- Le renoncement par une partie à une procédure amiable, des garanties d'indépendance et/ou d'impartialité et toutes autres garanties de procédure est-il valable ? Une réponse a été apportée à cette question par la Cour EDH dans l'arrêt *Deweer*. Tout en reconnaissant la validité d'un tel renoncement, la Cour EDH ainsi que la Commission se réservent le droit de contrôler les circonstances d'un tel renoncement, eu égard à l'importance particulière attachées dans un Etat démocratique à de telles garanties[1388].

Cette même règle peut être appliquée, toutes choses égales, au renoncement des parties à leurs garanties de procédure dans les procédures amiables. Il s'agit de s'assurer de la réalité du consentement au renoncement des parties. Il ne sera pas question de soumettre un tel accord des parties à un contrôle systématique du juge, mais plutôt d'étendre les pouvoirs de contrôle de ce dernier dans le cadre d'une homologation de l'accord qui sera issu d'une pareille procédure, aux conditions d'un pareil renoncement. Pour ce faire, celui-ci devra se faire par écrit en vue de permettre au juge étatique de pouvoir exercer un contrôle sur les conditions de mise en œuvre des garanties de procédure dans les procédures amiables.

Par ailleurs, en termes d'obligations du tiers de nature à permettre le contrôle du caractère équitable de la procédure amiable par le juge, la rédaction d'un rapport de procédure paraît particulièrement nécessaire.

556. L'obligation de rédaction d'un rapport détaillé de procédure.- La mise en place de garanties d'une procédure amiable équitable n'aurait aucun sens si celle-ci n'est suivie d'un mécanisme susceptible d'en assurer le respect. Et le respect d'une règle de droit quel qu'elle soit ne saurait être assuré si celui-ci est laissé au seul bon vouloir des sujets de droits concernés. Seule l'éventualité d'un contrôle juridictionnel *a postériori* est susceptible de garantir le respect d'une règle. Il conviendra donc de permettre et même de prévoir en l'occurrence un contrôle juridictionnel approfondi du déroulement équitable de la procédure amiable. Ce contrôle ne sera nécessaire que dans la seule hypothèse où l'accord issu de la procédure serait soumis au juge étatique pour homologation. Car tant qu'un pareil accord n'est pas soumis à homologation du juge, il demeure sous l'empire de la volonté individuelle, et le soumettre systématiquement à un contrôle juridictionnel reviendrait à une remise en cause des fondements même de droit contractuel. En revanche dès lors que les parties demandent à un juge de rendre leur accord exécutoire, donc de lui attribuer la force de contrainte légitime au nom de la République, un

[1388] Arrêt Deweer c. Belgique du 27 févr. 1980, A n° 44-49

contrôle juridictionnel sur le caractère équitable de la procédure ayant conduit à celui-ci s'avère particulièrement nécessaire.

La nécessité de ce contrôle est dictée par les exigences même d'un Etat de droit. A cet égard c'est à juste titre qu'il a été affirmé que : « *si une procédure juste ne prémunit pas de jugements ou de conventions injustes, il y a peu de chance, en revanche, qu'une procédure injuste conduise à de justes jugements ou à de justes contrats* »[1389]. Ainsi, s'il convient de tenir pour nécessairement injuste un contrat né d'une procédure injuste, homologuer un contrat sans vérifier le caractère équitable, donc juste de la procédure qui y a donné naissance, ne peut que s'analyser en une légèreté gravement incompatible avec les idéaux d'un État de droit, société dont l'un des piliers reste incontestablement la justice.

Etant donné que le contrôle juridictionnel doit porter sur le déroulement de la procédure amiable dont il vérifiera le caractère équitable au moyen des détecteurs d'inéquité que sont les principes directeurs d'une procédure amiable équitable, il convient que le juge soit mis à même de savoir et d'apprécier le déroulement de celle-ci. C'est pourquoi il serait commode de mettre à la charge du tiers une obligation de rédaction d'un rapport détaillé de procédure. Celui-ci devra indiquer les grandes étapes de la procédure. Il devra y figurer la mention de l'accomplissement aussi bien par le tiers lui-même que les parties, de tous actes et formalités qu'impose le droit à une procédure amiable équitable tel que celui-ci aura été mis en œuvre à travers les principes directeurs ci-haut énumérés. Aussi, afin de permettre que le contrôle juridictionnel soit le plus exhaustif possible, il serait commode que toutes les pièces de la procédure soient annexées au rapport détaillé de procédure.

Par ailleurs, s'agissant d'obligations susceptibles de garantir l'indépendance et/ou l'impartialité du tiers, les parties aussi, pour peu qu'elles sont en possession d'informations sur des circonstances de nature à entacher aux yeux des autres parties cette exigence ne doivent pas être laissées en reste.

557. L'obligation d'information des parties relative à l'exigence d'indépendance et/ou d'impartialité.- La procédure amiable ne doit pas être le règne du « trompe qui peut ». C'est pourquoi, une partie qui entretient, a entretenu ou pourrait être amenée à entretenir avec le tiers, des rapports de nature - en tout cas aux yeux des autres parties- à affecter l'indépendance et/ou l'impartialité de celui-ci doit se voir imposée l'obligation de délivrer cette information

[1389] Loc. cit., infra, n° … L. CADIET, « Procès équitable et modes alternatifs de règlement des conflits », op. cit., n° 20, p. 103

aux autres parties. De sorte que la non-délivrance de celle-ci s'analyserait comme le prévoit la jurisprudence en une réticence dolosive[1390] de nature à vicier le consentement des autres parties. En effet, en l'absence d'une pareille obligation en l'état actuel des règles applicables à la procédure amiable, une telle réticence n'aurait pu être qualifiée de dolosive, n'eut été la prise en compte considération[1391] de l'hypothétique exigence de loyauté requise des parties.

2- Au sein des procédures amiables sans conflit

558. La procédure notariée, seule procédure amiable sans conflit concernée.- Au sein des procédures amiables, la procédure de réception par un notaire de l'accord des parties reste la seule qui n'ait pas pour objet le règlement d'un conflit. L'application des principes directeurs d'une procédure amiable équitable aux procédures sans conflit, ne sera envisagée que vis-à-vis de cette seule procédure.

559. L'impartialité et/ou l'indépendance du notaire garanties par le contradictoire et l'égalité des armes.- Certains éléments de l'office notarial sont susceptibles, comme démontré ci-haut, de remettre en cause l'impartialité et/ou l'indépendance du notaire[1392]. Dès lors, l'insertion d'une dose du contradictoire et de l'égalité des armes dans la procédure notariée apparaît comme un correctif nécessaire à cette situation. Cette nécessité est d'ailleurs corroborée par la pratique en matière de procédure notariée. Celle-ci a en effet développé l'assistance de chacune des parties par un notaire, son notaire. Ainsi, bien que l'authentification soit sauf exception assurée par un seul notaire[1393], nécessairement celui d'une des parties, il peut arriver que les parties se fassent assister dans la procédure par leur notaire. Ceci permet donc d'assurer une certaine égalité des armes ainsi que le contradictoire. Reste à signaler, qu'il ne s'agit là hélas que d'une pratique, qui plus est, ne couvre pas la quasi-totalité des procédures notariées. C'est pourquoi, une intervention légale s'avère nécessaire pour rendre obligatoire l'assistance des parties au cours de la procédure notariée. Celle-ci peut être assurée idéalement

[1390] Le silence gardé par une partie n'est qualifié de réticence dolosive que si celle-ci est tenue à une obligation d'information ou de loyauté. V. les nombreuses applications s'agissant de l'obligation de loyauté Civ. 1re, 3 mai 2000, *JCP 2001. II.* 10510, note C. Jamin, *Defrénois 2000. 1110*, obs. D. Mazeaud, *RTD civ. 2000. 566*, obs. J. Mestre et B. Fage ; Com. 24 sept. 2003, *RTD civ. 2004. 86*, obs. J. Mestre et B. Fage ; Com. 12 mai 2004. RTD civ. 2004. 500, obs. J. Mestre et B. Fage ; Civ. 3e, 17 janv. 2007, *JCP 2007. II. 10042*, note C. Jamin

[1391] Civ. 3e, 16 mars 2011, précit. Faisant d'une réticence informative, une réticente dolosive en présence d'une obligation de loyauté des parties

[1392] V. sur le risque d'impartialité et/ou d'indépendance du notaire François BROCHU, « L'indépendance judiciaire et l'application de la règle *audi alteram partem* », in N. KASIRER et P. NOREAU (dir.), Sources et instruments de justice en droit privé, Éditions Thémis, Montréal, 2002, p. 551-563

[1393] V. sur ce point, J.-F. PILLEBOUT et J. YAIGRE, Droit professionnel notarial, éd. LexisNexis 2012, 9e éd. 2012, n° 425, p. 93

par des notaires, vu l'expérience de ceux-ci dans la pratique notariale. Elle peut tout aussi parfaitement être assurée par des avocats en leur qualité de conseils juridiques.

Sous-section II : Les aménagements liés à l'office de l'officier public

560. L'importance des offices des officiers public dans l'octroi de la force exécutoire.- L'apposition de la formule exécutoire sur l'acte fondamental d'un acte juridique privé exécutoire relève des pouvoirs d'un officier public, qu'il s'agisse du greffier en cas de procédures judiciaires, d'un notaire – dans ce cas, l'office notarié est consubstantiel à la création de l'acte fondamental-, d'un huissier de justice ou d'un greffier en droit OHADA. Les offices desdits officiers revêtent de ce fait une importance capitale.

561. La nécessité d'aménagement des offices des officiers publics.- L'importance de l'office de l'officier public dans l'octroi de la force exécutoire, impose pour une meilleure correction des vices de fabrication de l'acte juridique privé exécutoire, un nécessaire aménagement desdits offices. Les aménagements liés à l'office du juge (A) répondent à une nécessité d'étendre le champ et les moyens de contrôle de ce dernier aussi bien sur la procédure ayant conduit à l'élaboration de l'acte fondamental que sur celui-ci. Les aménagements liés aux offices extrajudiciaires (B), visent quant à eux, non seulement à véritablement cantonner les pouvoirs de ces officiers à la nature même de leur mission, mais aussi à veiller à ce que la procédure exécutoire soit respectueuse des principes directeurs d'une procédure amiable tels qu'exposés ci-haut.

A- L'office du juge

562. Nécessité d'un contrôle plus approfondi du juge de l'homologation.- Le contrôle du juge de l'homologation des accords des parties ne saurait être cantonné comme c'est actuellement le cas, à la vérification de la régularité formelle de l'accord et de sa conformité à l'ordre publique. Encore faut-il que celui-ci soit étendu, pour les raisons ci-haut évoquées, à la procédure qui y a abouti.

563. La nature du contrôle du juge de l'homologation.- Le contrôle du juge de l'homologation gagnerait à s'étendre à la procédure ayant présidé à l'élaboration de l'accord soumis pour homologation. Il appartiendra à ce juge de contrôler le respect scrupuleux du droit à une procédure amiable équitable des parties en vérifiant systématiquement le respect des principes directeurs d'une procédure amiable équitable tel qu'évoqués ci-haut. Par ailleurs, ce contrôle sera l'occasion pour le juge de vérifier le cas échéant, les conditions de renoncements

des parties aux garanties de la procédure équitable. Aussi suppose-t-il nécessairement un accès du juge de l'homologation à toutes les pièces de la procédure. Pour ce faire, il serait commode de mettre à la charge du (des) demandeur(s) à l'homologation, une obligation d'annexer à sa (leur) demande à peine d'irrecevabilité de celle-ci, toutes les pièces de la procédure.

564. La production à peine d'irrecevabilité des pièces de la procédure.-

B- Les offices extrajudiciaires

565. Division.- Seront successivement évoqués ici l'office du notaire (1) et celui de l'huissier de justice (2). Toutefois, il est précisé que, s'agissant de l'office de l'huissier de justice, les propositions qui seront ci-dessous exposées vaudront *mutatis mutandis* pour les offices du greffier ou du notaire en droit OHADA dans l'hypothèse d'un non-paiement d'un chèque, dans la mesure où, dans ces cas, les pouvoirs qui ont été reconnus à ces officiers restent les mêmes.

1- L'office notarié

566. Division de l'office notarial en deux étapes.- En bonne logique juridique, il n'existe aucun lien entre l'authentification d'un acte par un notaire et l'attribution à celui-ci de la force exécutoire[1394]. C'est pourquoi, il conviendra de cantonner dans un premier temps le notaire dans son rôle originaire de témoin public assermenté consistant en l'authentification de l'accord des parties. La procédure exécutoire ne sera enclenchée qu'en cas d'inexécution et dans le respect des principes directeurs de la procédure amiable équitable.

567. Le nécessaire cantonnement de l'office notarial à l'authentification.- Dans ce schéma, le notaire ne devrait plus pouvoir attribuer la force exécutoire à l'accord des parties dès réception de celui-ci, c'est-à-dire *a priori*. Il n'aura qu'un pouvoir d'authentificateur. En revanche le pouvoir d'*impérium* lui sera reconnu a *postériori*, et selon une procédure exécutoire respectueuse des principes directeurs de la procédure amiable équitable.

568. La procédure exécutoire.- Après avoir expliqué que l'attribution automatique de la force exécutoire à un acte authentique viole la *règle audi alteram partem* c'est-à-dire le principe du contradictoire, et prévenu contre le risque d'impartialité du notaire, un auteur préconise une solution alternative assez pertinente. Ce dernier suggère en effet que l'ajout de la formule exécutoire soit demandé a *postériori* non pas au notaire instrumentaire, mais à un autre

qui n'est pas gardien de la minute et qui sera seul habileté à connaître de la demande d'ajout de la formule exécutoire en raison des compétences qui lui seront reconnues au terme d'une formation particulière[1395]. Il propose que : « *Tout notaire consulté par un créancier souhaitant obtenir l'ajout d'une formule exécutoire à son titre (…) serait tenu de dresser un procès-verbal dans lequel il motiverait sa décision, positive ou négative, et qui contiendrait notamment une déclaration sous serment du demandeur (…). Le procès-verbal serait ensuite transmis par voie électronique au notaire ayant reçu l'acte dont l'exécution est demandé par le créancier, ainsi qu'au débiteur qui serait automatiquement mise en demeure d'exécuter son obligation à l'intérieur d'un délai raisonnable. A l'expiration de ce délai, le gardien de la minute délivrerait le titre exécutoire après avoir bien sûr vérifié qu'aucun procès-verbal n'a été délivré antérieurement au sujet du même acte ou que le débiteur n'a pas contesté la demande* »[1396] Cette proposition nonobstant sa pertinence, mérite quelques amendements. Celles-ci tiennent à la demande d'apposition de la formule exécutoire par le créancier, aux droits du débiteur et enfin aux suites de la procédure.

La demande d'apposition de la force exécutoire par le débiteur. S'il paraît tout à fait logique au regard de l'exigence d'impartialité que la demande d'apposition de la formule exécutoire soit adressée à un notaire autre que celui ayant instrumenté, il semble en revanche peu pertinent qu'une déclaration sous serment soit exigée du demandeur à l'apposition de la formule exécutoire, celle-ci ayant une vocation probatoire assez limitée. Un constat de défaut fait par un huissier de justice serait en revanche particulièrement plus intéressant en raison de sa vocation probatoire plus prononcée. Toutefois, il ne devrait pas y être attaché une foi absolue[1397]. C'est pourquoi, il conviendrait de le notifier au « débiteur présumé » ensemble avec la demande d'apposition de la formule exécutoire, tout en impartissant comme le propose à juste titre d'ailleurs cet auteur, un « délai raisonnable » à celui-ci afin qu'il exerce ses droits.

Les droits du débiteur présumé. Celui-ci aura le choix entre l'inaction ou la réaction. Dans le premier cas, sur procès-verbal motivé du notaire saisi, le notaire instrumentaire pourra dès

[1395] François BROCHU, « L'indépendance judiciaire et l'application de la règle *audi alteram partem* », in N. KASIRER et P. NOREAU (dir.), Sources et instruments de justice en droit privé, Éditions Thémis, Montréal, 2002, p. 551-563
[1396] Id., p. 561-562
[1397] V. … posant la règle selon laquelle, un pareil acte vaut jusqu'à preuve contraire et non jusqu'à inscription de faux

réception de l'avis motivé du notaire saisi qui ne devrait pas le lier[1398], délivrer un titre ayant un caractère exécutoire. Le second cas peut donner lieu à deux hypothèses : le « débiteur présumé » nécessairement assisté de son conseil aura le droit d'adresser au notaire saisi, soit une reconnaissance écrite de défaillance, accompagnée le cas échéant d'une demande de délai de grâce, soit ses contestations à caractères civil par observations écrites. Dans cette dernière hypothèse, une procédure contentieuse devra s'ouvrir.

La procédure contentieuse. Le but de cette procédure serait de permettre au « débiteur présumé » de soumettre ses contestations à caractère civil à une juridiction contentieuse, afin que celle-ci décide de leur bien-fondé. Toutefois, étant donné que le choix d'une procédure notariale par les parties est motivé par un souci de gain de temps, il conviendrait de rester dans ce registre-là. Ceci fait penser idéalement au choix d'une procédure arbitrale. Pour ce faire il faudra que l'acte notarié comporte une clause compromissoire que la partie intéressée par la célérité de la procédure serait bien inspirée de négocier dès sa conclusion. Par ailleurs, il serait particulièrement utile au regard du besoin de gain de temps, et d'évitement d'une procédure contentieuse, que la procédure arbitrale éventuelle soit précédée d'une procédure de médiation, ce qui suppose aussi l'insertion dans l'acte notarié authentique d'une clause de médiation.

Au résultat, l'hypothèse dans laquelle le débiteur adresserait au notaire saisi, ses contestations écrites pourrait déboucher sur une procédure de médiation-arbitrage. La sentence arbitrale qui en serait éventuellement issue pourrait être soumise à un juge étatique pour exéquatur.

Aussi force est-il de reconnaître qu'il demeure un risque consubstantiel à ce nouveau droit de contestation du « débiteur présumé » : il s'agit de la possibilité qui lui sera offerte d'élever des contestations fantaisistes dans un dessin purement dilatoire. Ce risque est toutefois contrebalancé par le mécanisme de la sanction de l'abus de droit.

2- L'office de l'huissier de justice

569. Un nécessaire aménagement au profit du « débiteur désigné » –ici le tireur du chèque sans provision- de la possibilité de saisine d'un juge.- Il a été précédemment montré que le principe de l'irrecevabilité des exceptions admet un certain nombre d'exceptions, fussent-elles très limitées[1399], de sorte que dans ces hypothèses-là, les moyens du tireur à

[1398] Cette démarche aura uniquement pour but de résorber le risque d'impartialité du notaire en offrant la possibilité d'avoir l'avis d'un notaire « neutre » qui serait de nature à éclairer le cas échéant la procédure contentieuse

[1399] V. sur les exceptions au principe d'irrecevabilité des exceptions, supra, p. 264

l'encontre du porteur sont recevables. Dans toutes ces hypothèses, le respect scrupuleux des droits de la défense voudrait que le tireur soit mis à même de faire valoir ses moyens avant que ne soit délivré à son encontre un titre exécutoire. Ceci pourrait se faire *via* une procédure de contestation.

570. La procédure de contestation.- L'acte de signification du certificat de non-paiement devra mentionner le droit pour le tireur dans le cas où ce dernier justifierait de moyens limitativement prévus, à en saisir dans un délais raisonnable – à déterminer- la juridiction compétente.

571. Le choix de la juridiction statuant en la forme des référés.- Eu égard au souci de célérité ici requise, la juridiction idéale pour statuer sur un tel recours est la juridiction statuant en la forme des référés. En effet, celle-ci présente deux avantages principaux qui rendent son choix idéal à savoir : la célérité de la procédure puis la nature de sa décision. La célérité de la procédure tient au fait que cette procédure emprunte la forme du référé[1400] avec la possibilité de raccourcissement du délai d'ajournement avec le référé dit d'heure à heure, l'évocation de la cause sans mise en état préalable, l'oralité des débats[1401]. Quant à la nature de la décision du juge statuant en la forme des référés, elle est exécutoire par provision, sauf décision contraire du juge[1402].

572. Les droits du tireur et les suites de la procédure.- Le tireur ainsi informé peut adopter deux attitudes. Il peut en effet choisir l'inaction ou la réaction. Dans la première hypothèse, l'huissier de justice – le greffier ou le notaire en droit OHADA- pourra établir à son encontre un titre ayant un caractère exécutoire. Dans la seconde hypothèse, le tireur peut adresser à l'officier ministériel saisi, mais nécessairement assisté de son conseil, une reconnaissance écrite de dette. Ceci rendrait la procédure très rapide, puisqu'en l'absence de résistance, il devrait être reconnu à l'officier ministériel, le pouvoir d'établir à l'encontre du tireur un titre ayant un caractère exécutoire. Mais toujours dans l'hypothèse d'une réaction, le tireur peut choisir de soumettre ces contestations à la juridiction statuant en la forme des référés. Toutefois, l'usage abusif de ce droit pourra être sanctionné sur le terrain de l'abus du droit.

<u>Section II</u> : les correctifs relatifs à la mise en œuvre de l'acte privé exécutoire

[1400] V. en ce sens l'article 492-1 alinéa 2 renvoyant aux articles 485 à 487 et 490
[1401] V. Civ. 1re, 3 févr. 1993, n° 91-12.714, Bull. civ. I, n° 57 ; Soc. 25 sept. 2013, n° 12-17.968, NP, affirmant le caractère oral de la procédure de référé en l'absence de texte général en ce sens
[1402] Art. 492-1- n° 3

573. Division.- L'acte juridique privé à l'instar des autres titres exécutoires doit être mise en œuvre dans des conditions respectueuses des droits de la défense. Pour ce faire, certains correctifs méritent d'être apportés aux conditions de sa mise en œuvre. Ceci suppose d'abord qu'une distinction soit opérée entre le caractère exécutoire et la force exécutoire de l'acte fondamental du titre. De sorte à pouvoir sauvegarder le droit au juge du « débiteur désigné ». C'est la question du moment de l'acquisition de la force exécutoire de l'acte privé (Sous-section I). Mais une fois que le droit au juge du « débiteur désigné » aurait été aménagé et que l'acte fondamental aurait acquis la force exécutoire, se posera alors la question de la portée exécutoire l'acte privé exécutoire ainsi créé (Sous-section II).

Sous-section I : Le moment de l'acquisition de la force exécutoire de l'acte privé

574. Division.- En vue d'aménager au profit du « débiteur désigné » dans l'acte fondamental un droit à un recours effectif (A), le mécanisme d'attribution de la force exécutoire à celui-ci devra être supprimé. Ainsi, cet acte ne devrait avoir après son établissement qu'un caractère exécutoire. De sorte qu'aussi bien le délai d'action que l'action du « débiteur désigné » elle-même emportent un effet suspensif (B) de ce caractère exécutoire.

A- L'aménagement d'un recours juridictionnel au profit du débiteur présumé

575. Division.- Le droit au juge reste la principale justification (1) de cet aménagement d'un recours juridictionnel au profit du « débiteur désigné ». Par ailleurs, l'aménagement de ce recours s'inscrit dans un objectif d'alignement du régime de l'acte juridique privé exécutoire sur celui des autres titres exécutoires (2).

1- La justification

576. Le droit d'accès au juge.- le droit au juge est un droit pilier dans un Etat démocratique qui se veut de droit. A cet égard, le droit au juge doit être préservé et respecté en tout état de cause. C'est pourquoi, s'agissant des actes juridiques privés ici étudiés, le fait que ceux-ci aient été établis avec l'accord des parties et même dans des conditions procédurales assez satisfaisantes ne saurait constituer un prétexte pour ôter aux parties ce droit. Ainsi, doit-il être laissé en tout état de cause à une partie, la possibilité de pouvoir critiquer les titres à caractère exécutoire créés en dehors de tout procès. Il s'agit du titre établi par l'officier public et ministériel en l'absence de réaction de la part du « débiteur présumé » ou en cas de

reconnaissance écrite signé par celui-ci. Il faut préciser s'agissant de ces titres, que l'inaction du « débiteur présumé » dans le délai imparti ne saurait constituer un handicap au libre exercice du droit au juge de ce dernier. Ce faisant, il serait laissée au « débiteur présumé » la possibilité de soumettre à un tribunal, ses éventuelles contestations à caractère civil sur ledit titre.

2- Un nécessaire alignement sur le régime des autres titres exécutoires

577. Le caractère exécutoire suspendu des décisions de justice et des actes administratifs exécutoires.- Aussi bien les décisions judiciaires que l'acte administratif exécutoire ont un caractère exécutoire dès leur prononcé pour la décision de justice et élaboration pour l'acte administratif. S'agissant particulièrement des décisions de justice, hormis celles qui bénéficient d'une exécution provisoire[1403], leur caractère exécutoire est suspendu aussi bien par l'exercice d'un recours ordinaire –appel ou opposition- que par le délai d'exercice de celui-ci. À noter qu'au rebours de cette règle, une controverse sur la nécessité de suppression ou non de l'effet suspensif de l'appel agite ces dernières années la doctrine. L'exposé du projet de décret relatif à la suppression de l'effet suspensif de l'appel précèdera celui de la controverse doctrinale que celui-ci a suscitée.

578. Les projets de décret relatifs à la suppression de l'effet suspensif de l'appel.- L'idée d'une exécution immédiate des décisions de première instance est apparue pour la première fois en 1997 dans le rapport remis au Garde des Sceaux, ministre de la Justice par le Président Coulon. Il en ressortait en autres propositions, celle d'une « *exécution immédiate des jugements rendus en première instance sauf exceptions légales et pouvoir du juge de l'écarter d'office ou à la demande des parties* »[1404]. En clair, le projet prévoyait dans sa première mouture de renverser le principe traditionnel de l'effet suspensif de l'exercice de l'appel ainsi que de son délai. Toutefois cette règle envisagée a été assortie de limitations[1405]. Cette idée de suppression de l'effet suspensif de l'appel a fait l'objet d'un premier projet de décret en 1999. Soumis à l'initiative de la Chancellerie à « *quelques professionnels de la justice et des*

[1404]J.-M COULON, Rapport au garde des Sceaux, Ministre de la Justice, *Réflexions et propositions sur la procédure civile*, La documentation française, 1997, proposition n° 35, p. 104

[1405] La première concerne les cas légaux d'interdiction de l'exécution immédiate des jugements, tandis que la seconde consiste dans le pouvoir qui serait reconnu au juge d'écarter la force exécutoire, soit d'office soit à la demande des parties. A côté de ces deux tempéraments, existait aussi le pouvoir reconnu au premier président de la cour d'appel d'arrêter l'exécution du jugement.

professeurs de droit (…), le projet n'emporta pas l'enthousiasme des personnes présentes »[1406]. Rangée dans les tiroirs de la Chancellerie après ce premier échec, l'idée d'une suppression de l'effet suspensif de l'appel refit apparition trois ans plus, soit en avril 2002, cette fois-ci au sein d'un autre projet de décret[1407]. Finalement, il est question que les jugements de première instance soit frappés d'une « exécution immédiate », avec le maintien du droit d'appel, mais qu'en cas d'inexécution de la décision du premier juge, la procédure d'appel puisse être radiée sur demande de l'intimé. Par ailleurs, le projet prévoyait un certain nombre de garde-fous à savoir : la possibilité pour le juge de lever le caractère exécutoire immédiat de la décision sous certaines conditions[1408], et celle pour le premier président de la cour d'appel d'ordonner le sursis à exécution du jugement ainsi exécutoire. Ce projet ainsi conçu a fait naître au sein de la doctrine une alerte controverse sur la nécessité de supprimer ou non le caractère suspensif de l'appel.

579. La controverse doctrinale sur la question de la suppression de l'effet suspensif de l'appel.- Cette question divise la doctrine en deux camps à savoir : le camp des pourfendeurs de cette mesure et celui de ses défenseurs. Pour ces derniers[1409], cette règle ne fait qu'épouser la physionomie actuelle du droit, qui serait plutôt axée vers la promotion du droit à l'exécution, la multiplication et la diversification des hypothèses dans lesquelles la règle est mise en échec. Par ailleurs, certains auteurs reprennent à leur compte l'affirmation du Doyen CORNU et de M. FOYER selon lequel « l'effet suspensif, s'il est de la nature, n'est pas de l'essence de l'appel »[1410]. Enfin, cette règle permettrait une effectivité des décisions de justice, elle-même condition du respect de l'autorité judiciaire. Mais tous ces arguments ne trouvent pas grâce aux yeux des auteurs qui défendent la thèse du rejet.

[1406] S. Guinchard, Un bon exemple de la France d'en haut contre la France d'en bas. Le projet de suppression de l'effet suspensif de l'appel, *LPA* 5 juin 2002 ; V. aussi Etats généraux de la profession d'avocat sur la réforme de la procédure civile autour du Rapport Coulon, le temps et la procédure ; Le traitement de l'urgence et l'exécution immédiate, note J. Héron, Synthèse : RJB 1997, n° 48 et 49, p. 123 et s.

[1407] Projet de décret du 4 avril 2002 portant diverses dispositions de procédure civile et relatif à la procédure de répartition du prix de vente du fonds de commerce

[1408] Par exemple lorsque l'exécution immédiate n'est pas compatible avec la nature de l'affaire, ou la faculté d'ordonner une garantie dans les conditions des articles 517 à 521 du Nouveau code de procédure civile. V. en ce sens L. Cadiet, « Feu l'exécution immédiate des jugements ? Regrets de la France du milieu », *JCP G* 2002. I. 1489

[1409] Id., citant N. Fricero, « Le droit européen à l'exécution des jugements » : Rev. huissiers 2001, p. 6 à 10, spéc. n° 19 sur la promotion de plus en plus croissante du droit à l'exécution et Ph. Hoonakker, *L'effet suspensif des voies de recours dans le Nouveau Code de procédure civile : une chimère ?*, thèse Strasbourg, 1988 ; J.-M. Coulon, « Quelques remarques sur un projet de décret de procédure civile », *LPA* 24 juin 2002. 4 ; J.-C. Magendie, « L'exécution immédiate des décisions de justice : l'injuste critique d'une réforme nécessaire », *D.* 2002. 2411 ;

[1410] G. CORNU et J. FOYER, *Procédure civile*, Thémis, 3e éd., 1996, n° 147, p. 609

À l'avant-garde de ce courant se trouve le Professeur GUINCHARD. Ce dernier dénonce un projet politiquement inopportun, économiquement injustifié et juridiquement incertain et dangereux[1411]. Sur les insuffisances juridiques, l'auteur relève en quelques points ce qu'il présente comme étant des « *contraintes européennes et constitutionnelles* » pesant sur la règle ainsi envisagée. *Primo*, l'auteur considère qu'étant donné que la jurisprudence de la Cour EDH est fluctuante, qu'il est permis d'espérer qu'à l'instar de l'égalité des armes, de la motivation des décision de justice, le droit de recourir contre une décision du premier juge puisse être intégré –avec le temps- au droit à un procès équitable. *Secundo*, l'auteur se livre à une petite discussion sur la qualification du droit d'appel comme étant ou non un droit fondamental. Il fait observer successivement que celui-ci a fait l'objet d'une recommandation du conseil des Ministre du Conseil de l'Europe[1412], a été élevé par le Conseil d'Etat au rang de principe général de droit et qu'enfin le droit d'appel sans être reconnu comme droit fondamental, conserve toute de même une valeur constitutionnelle.

D'autres auteurs soutenant cette même thèse ont repris à leur compte ces critiques tout en pointant du doigt l'incohérence de la règle envisagée. Ainsi, après avoir exprimé sans équivoque leur approbation à ces arguments, le Professeur Le BARS et M. Villacèque attirent l'attention sur le fait que l'objectif avoué de cette réforme consistant dans la volonté de revalorisation des décisions de première instance revient à mettre « *la charrue avant les bœufs* ». Selon ces derniers, une pareille valeur ne saurait être accordée aux jugements de première instance tant que le niveau très bas de satisfaction des décisions rendues par le tribunal de commerce ainsi que le conseil des prud'hommes[1413] et lié au manque de compétence technique des juges animant ces juridictions n'aurait pas été réglé.

Plus concrètement, la question de la nécessité de la suppression ou non de l'effet suspensif de l'appel ne peut être bien cernée sans qu'au préalable les questions de fond qu'elle soulève ne soient bien posées. Ainsi pourquoi serait-il nécessaire qu'une décision de justice, qui plus est, présumée avoir été rendue dans des conditions de garantie satisfaisantes, soit suspendue le

[1411] S. Guinchard, « Un bon exemple de la France d'en haut contre la France d'en bas. Le projet de suppression de l'effet suspensif de l'appel », *LPA* 5 juin 2002. 4 ; « Pour une exécution provisoire à visage humain et le droit de libre critique des choses de la justice », *LPA* 28 oct. 2002. 7

[1412] Id. écrivant que : « le conseil des ministres du Conseil de l'Europe a recommandé que toute décision rendue par un tribunal inférieur puisse être soumise au contrôle d'un tribunal supérieur et qu'un recours devant une troisième juridiction soit réservé aux affaires qui « contribueraient au développement du droit et à l'uniformisation de l'interprétation de la loi » ou qui soulève « une question de droit d'importance générale ». C'est l'affirmation claire et nette du droit d'appel et, d'une manière plus restrictive, du droit à un pourvoi en cassation ».

[1413] A contrario, les décisions rendues par les magistrats de carrière sont d'un niveau général satisfaisant de l'avis des avocats et avoués. V. en ce sens Id.

temps de sa réformation éventuelle ? La seule réponse possible et objective qui saute à l'esprit est celle de l'erreur humaine fût-elle liée à un manque de compétence ou à toutes autres circonstances. Un petit exercice de syllogisme à l'Aristote[1414], permet de se rendre compte de cette évidence. Tout homme est faillible ; or les juges sont des hommes ; donc les juges sont faillibles[1415]. D'où l'idée d'une erreur judiciaire consubstantielle à la justice des hommes.

Et c'est en se plaçant du côté du perdant que cette éventualité est difficilement envisageable. Le gagnant en ce qui le concerne perdrait sans doute moins à attendre une vérification des constatations d'une décision, que le perdant à voir exécuter à son encontre une décision dont il est convaincu du caractère erroné, donc injuste. En cela, l'argument consistant à affirmer que ces solutions n'ont rien de scandaleux parce qu'elle serait axées sur les intérêts du gagnant plutôt que ceux du perdant[1416], paraît injustifiable. Comment en effet expliquer à un justiciable, que la nécessité de protéger un prétendu droit à l'exécution de son contradicteur, prime sur celle de juger à nouveau une affaire qu'il estime mal jugée, et ceci sans le laisser supposer que la justice n'est au fond qu'injustice ?

Ces éventuelles récriminations vis-à-vis d'une institution qui est au cœur de l'Etat de droit n'auraient rien de fantaisistes et surtout ne sauraient être regardées comme celles d'un mauvais perdant. Elles seraient plutôt tout à fait justifiées. Elles le seraient d'autant que la possibilité d'erreurs judiciaires relève comme cela a pu être montré plus haut d'une lapalissade. Ce sentiment légitime d'injustice saperait inévitablement les fondements même de la justice, donc de l'Etat de droit. Par conséquent, le droit d'appel, est aux fondements même de l'idée de justice. Plus concrètement, il est un prolongement nécessaire du droit au juge. A cet égard, plus qu'une supposition de sa probable intégration au droit à un procès équitable[1417], c'est une pressante invite à la reconnaissance du droit d'appel comme un nécessaire prolongement du droit au juge et comme un droit fondamental qu'il convient d'adresser aux juges de Strasbourg

[1414] « Tous les hommes sont mortels ; or Socrate est un homme ;donc Socrate est mortel »
[1415] V. aussi dans le même sens et notamment défendant la thèse du rejet J. MOURY, « De la règle de l'effet suspensif de l'appel en matière civile », in Mél. J. NORMAND, op. cit., pp. 353-363, spéc. n° 14, p. 361
[1416] L. Cadiet, « Feu l'exécution immédiate des jugements ? Regrets de la France du milieu », op. cit.
[1417] V. en ce sens S. Guinchard, « Un bon exemple de la France d'en haut contre la France d'en bas. Le projet de suppression de l'effet suspensif de l'appel », loc. cit., p. 365

et à ceux de la rue Montpensier. Cette thèse a d'ailleurs et défendue par Motulsky[1418] ainsi que certains auteurs de la doctrine processualiste contemporaine[1419].

Quant à la question de savoir si l'existence de prétendus garde-fous suffirait à préserver l'essence même de l'appel, il est fort à craindre comme l'explique si bien le Professeur GUINCHARD, que ce nouvel appel ne soit frappé d'une sorte d'ineffectivité contre laquelle la Cour EDH a mis en garde notamment dans sa jurisprudence Airey c/ Irlande[1420]. Car alors, les plaideurs ayant déjà exécuté le jugement exécutoire auront le sentiment d'une affaire quasiment pliée et seront moins enclins à s'investir dans un véritable combat pour leur droit en appel, tant la « messe de l'appel » leur paraîtra comme étant dite d'avance. Pour s'en convaincre il suffit d'observer le très faible pourcentage d'affaires ayant fait l'objet d'une procédure de référé et se retrouvant par la suite devant le juge du fond. L'ordonnance de référé est généralement considérée par les plaideurs comme la vérité judiciaire de leur affaire, de sorte que ces derniers sont moins enclins à initier une procédure au fond[1421].

C'est ce même sentiment, toutes choses égales, par ailleurs, que risque de produire une éventuelle suppression de l'effet suspensif de l'appel sur le droit d'appel des plaideurs qui deviendrait dès lors un droit ineffectif. Toutes ces faiblesses ont sans doute précipité le projet de suppression de l'effet suspensif de l'appel dans les placards de la Chancellerie[1422].

580. Un régime de suspension du caractère exécutoire du titre commun à tous les titres, dicté par le principe d'égalité.- La règle traditionnelle de l'effet suspensif de l'appel reste à ce jour en vigueur en droit français[1423]. Le caractère exécutoire des décisions de justices – de première instance- reste donc suspendu, sauf exceptions, par le délai d'appel ainsi que l'exercice de l'appel. Cette même possibilité existe comme démontré ci-haut en ce qui concerne les actes administratifs exécutoires à travers la suspension de l'exigibilité de la créance en cas

[1418] H. Motulsky, *Le droit naturel dans la pratique jurisprudentiel : le respect des droits de la défense en matière civile*, in Ecrits, Dalloz, p. 60

[1419] G. Wiederkehr, *Droits de la défense et procédure civile*, D. 1989, Chron. 36 ; G. Bolard, « Les principes directeurs du procès civil : le droit positif depuis Motulsky », *JCP*. 1993. I. 3693 ; Les juges et les droits de la défense, in Mélanges Bellet, p. 49

[1420] S. Guinchard, « Un bon exemple de la France d'en haut contre la France d'en bas. Le projet de suppression de l'effet suspensif de l'appel », op. cit., citant CEDH., 9 octobre 1979, Airey c/ Irlande, série A, n° 32 « *la Convention a pour but de protéger des droits, non pas théoriques et illusoires, mais concrets et effectifs* »

[1423] Ce débat n'a jamais été ouvert à notre connaissance dans les pays membres du droit OHADA

de contestation par le contribuable[1424] et d'autres systèmes de recours aménagés en faveur de ce dernier[1425]. Dès lors, l'exigence d'égalité des créanciers, plus précisément des bénéficiaires de ces titres devant la loi, impose un alignement de l'acte privé exécutoire sur un même régime.

B- Un délai d'action et une action suspensifs d'exécution

581. Le caractère exécutoire suspendu des titres délivrés suite à une procédure amiable.- Les titres délivrés par le notaire ou par l'huissier de justice en cas d'inaction du « débiteur présumé », les procès-verbaux de conciliation ainsi que les accords homologués par un juge devraient n'avoir qu'un caractère exécutoire qui sera suspendu aussi bien par un recours qu'il conviendrait d'aménager au profit de ce dernier que par le délai dudit recours.

582. La nature du recours ouvert au « débiteur présumé ».- Il s'agira d'une action en justice - donc une action principale- visant à soumettre les contestations à caractère civil du « débiteur présumé » nées ou découvertes après l'établissement des titres, à un juge. Car il convient de reconnaître que si la nouvelle procédure amiable permettra, de part son caractère équitable de réduire substantiellement les vices de l'acte fondamental sur lequel sera apposée la formule exécutoire, celle-ci ne saurait le purger entièrement de ces vices. Le recours judiciaire ouvert au profit du « débiteur désigné » peut être par exemple une action en nullité. L'objet du recours en ce qui concerne les décisions d'homologation ainsi que les procès-verbaux de conciliation signés des parties et du juge, sera ici l'acte juridique privé homologué ou né de la conciliation et non la décision d'homologation elle-même, car « voies de nullité n'ont lieu contre les jugements »[1426]. Quant à la décision d'homologation proprement dite, elle

[1424] Article L.277 du livre des procédures fiscales « *Le contribuable qui conteste le bien-fondé ou le montant des impositions mises à sa charge est autorisé, s'il en a expressément formulé la demande dans sa réclamation et précisé le montant ou les bases du dégrèvement auquel il estime avoir droit, à différer le paiement de la partie contestée de ces impositions et des pénalités y afférentes.*

L'exigibilité de la créance et la prescription de l'action en recouvrement sont suspendues jusqu'à ce qu'une décision définitive ait été prise sur la réclamation soit par l'administration, soit par le tribunal compétent »

[1426] Article 460 du code de procédure civile

peut être frappée d'appel[1427]. Ceci sera éventuellement l'occasion de vérifier le bon respect par le juge de l'homologation de la procédure d'homologation ci-dessus décrite[1428].

Toutefois, la voie de l'exception devrait logiquement rester ouverte et être perpétuelle sans pour autant avoir le moindre impact en termes d'effet suspensif. L'exercice de cette action en justice qui s'analyse au fond en un recours[1429] contre l'acte ainsi établi devra être enserré dans un délai préfix au regard des besoins de célérité ayant dicté aux parties le choix des procédures amiables.

583. Le délai du recours contre l'acte à caractère exécutoire établi : un délai préfix très cour.- Il s'agira d'un délai préfix, donc qui fera l'objet d'une fixation légale et non susceptible ni de suspension ni d'interruption. Toutefois, à ce délai, il peut être ajouté les délais de distance. Le délai de recours devra courir à compter de la notification du titre ayant caractère exécutoire. L'objectif est de sauvegarder l'idée de célérité ayant motivé les parties à choisir une procédure amiable et surtout de minimiser le plus possible les risques d'incertitudes liés à ces procédures devenues contentieuses. Aussi, dans le même ordre d'idées, conviendrait-il d'enserrer l'examen d'un tel recours dans un délai de même nature (V. remarque directeur de thèse).

Quoi qu'il en soit toutes ces mesures sont la preuve que la célérité recherchée par les parties en faisant le choix des procédures amiables est bien compatible avec les principes d'une bonne justice. La portée exécutoire du nouvel acte privé exécutoire ne saurait échapper à ce constat.

Sous-section II : La portée exécutoire du nouvel acte privé exécutoire

584. Division.- L'un des intérêts de la redéfinition du régime de l'acte privé exécutoire réside dans le fait que celui-ci, avec ce nouveau régime qui le purgera de la quasi-totalité de ses vices, peut dorénavant être hissé au rang d'un titre exécutoire à part entière, et placé sur un pied d'égalité avec les autres titres exécutoires. Dans ces conditions, le nouvel acte privé exécutoire peut à juste titre acquérir à l'instar des autres titres exécutoires, une portée exécutoire totale (A). Toutefois, dans un souci de respect des droits de la défense, il convient d'aménager au profit du « débiteur désigné » dans ce titre, la possibilité d'obtenir, fût-il dans des conditions strictement définies, un sursis d'exécution du nouvel acte privé exécutoire (B).

[1427] Art. 546 al. 2 CPC ; V. aussi en ce sens Cl. BRENNER, « Les décisions dépourvues d'autorité de chose jugée », op. cit., n° 13-14

[1429] G. CORNU et J. FOYER, op. cit., p. 382 pour lesquels une voie de recours « n'est qu'une espèce d'action »

A- Une portée exécutoire totale

585. Le nouvel acte privé exécutoire.- Cet acte s'entend de tout acte privé à caractère exécutoire qui n'aurait pas été frappé de recours dans le délai d'action qui aura été prévu à cet effet. Ainsi en sera-t-il des actes à caractère exécutoire délivrés par les officiers publics et ministériel en cas d'inaction du débiteur, des procès-verbaux de conciliation signés du juge et des parties, des accords homologués. En cas de recours du « débiteur présumé », la décision juridictionnelle qui en découlera a vocation à se substituer à l'acte privé à caractère exécutoire et n'aura force exécutoire que quand elle aura acquis force de chose jugée. De tels actes privés exécutoires établis dans des conditions optimales de garanties de bonne justice devraient avoir une portée exécutoire sans limitation.

586. Une portée exécutoire sans limitation.- Au regard des conditions de garantie qui auront présidé à l'établissement du nouvel acte juridique privé exécutoire, la portée exécutoire de celui-ci ne devrait plus supporter de limitations comme c'est le cas actuellement[1430]. Elle devra être équivalente à celle des décisions de justice. Par conséquent, ce nouvel acte privé exécutoire pourra servir de fondement à toutes les mesures d'exécution forcée sans exception. Toutefois, à l'image des décisions de justice ayant force exécutoire, il devrait pouvoir être sursis à son exécution.

B- L'instauration d'un sursis d'exécution du nouvel acte privé exécutoire

587. L'existence de griefs comme condition d'un sursis d'exécution de l'acte privé exécutoire.- Une demande de sursis à exécution ne se conçoit que quand le demandeur justifie de griefs à faire valoir et qu'une voie de recours lui reste ouverte à cet effet[1431]. Autrement, toute demande de sursis n'aurait aucun intérêt et devrait être frappée d'irrecevabilité. S'agissant en l'occurrence du nouvel acte privé exécutoire ayant acquis la force exécutoire du fait de l'absence de recours exercé dans le délai imparti, il peut arriver que le « débiteur présumé » n'ait pas été touché par la notification du titre délivré par l'officier public et ayant un caractère exécutoire. Dans ces cas, ce dernier peut justifier de griefs contre l'acte ainsi établi. Une possibilité de soumettre ceux-ci au juge devrait lui être donnée. Ceci devra se faire *via* le

mécanisme du relevé de forclusion. La demande de relevée de forclusion devra se faire devant le président du tribunal statuant en matière de référé.

588. La compétence du président du tribunal statuant en matière de référé.- S'agissant d'une demande devant permettre l'ouverture d'une action – un recours- contre un acte ayant force exécutoire, il devrait être donné au demandeur la possibilité de formuler par le même acte, une demande de sursis à exécution contre celui-ci, aussi bien pour le temps de l'examen de la demande de relevée de forclusion que celui le cas échéant de l'examen de l'action.

Conclusion chapitre II :

La théorie nouvelle de l'acte juridique privé exécutoire est une solution de fond en ceci qu'elle prend en compte les spécificités propres de l'acte fondamental qui se voir attribuer ici le force exécutoire, notamment son régime qui est celui applicable au contrat d'une part et surtout les nécessités pratiques d'efficacité économique ayant motivé la création de cette catégorie de titres exécutoires d'autre part. Aussi, le mérite de la théorie proposée par la présente étude réside dans le fait qu'elle a su concilier ces différentes réalités, avec les garanties qu'exigent les principes d'une bonne justice. Ce faisant, elle démontre que les conditions actuelles de création et de mise en œuvre des actes juridiques privés exécutoires peuvent être améliorées dans un sens de plus d'équité, sans pour autant s'écarter de l'objectif d'efficacité économique de départ. En cela elle montre bien que ces titres exécutoires sont perfectibles.

Conclusion du titre II :

589. Un perfectionnement des actes juridiques privés exécutoires introduisant des garanties de procédure aussi dans l'établissement que dans la mise en œuvre des titres.- Le perfectionnement de l'acte juridique privé exécutoire a été rendu nécessaire par le caractère incomplet et inadéquat du remède de la dévaluation résultant de la loi et de la jurisprudence. Loin de se contenter d'un simple palliatif qui ne prend en compte que la seule portée exécutoire des actes juridiques privés exécutoires, qui plus est, imparfaitement, comme c'est le cas dans le remède existant, laissant ainsi sans correctif les vices de fabrication de ceux-ci, les propositions de solution formulées dans le sens d'un perfectionnement des actes privés juridiques

exécutoires envisagent des correctifs aussi bien, lors de l' établissement que de la mise en œuvre des actes juridiques privés exécutoires. Lesdits correctifs ont consisté surtout à introduire plus de garanties aussi bien dans la procédure d'établissement que dans celle de mise en œuvre des actes juridiques privés exécutoires.

Conclusion de la seconde partie :

590. Des solutions de fond, preuve du caractère perfectible des actes juridiques privés exécutoires.- Le renouvellement de la théorie de l'acte juridique privé exécutoire achève de convaincre du caractère perfectible de cette catégorie de titre exécutoire. Et pour cause, l'approche de solution qu'il comporte montre que, plus que le remède limité de la dévaluation des actes juridiques privés exécutoires porté par le législateur et la jurisprudence, qui en réalité fait plus figure de palliatif que de remède, il existe une autre voie qui s'attaque aux racines du mal que constitue la potentielle violation des droits fondamentaux induite par ces titres exécutoires. Cette théorie nouvelle, en s'attaquant aux imperfections des actes juridiques privés exécutoires à toutes les étapes de leurs manifestations –au moment de l'établissement des actes puis de leurs mises en œuvre-, apporte la preuve qu'il existe des solutions de fond à l'imperfection des actes juridiques privés exécutoires et partant aux potentiel risque de violations de droits fondamentaux qu'ils induisent.

Conclusion générale :

591. Une réponse négative à la question centrale de thèse.- La présente étude s'est proposé de répondre à la question de savoir si les conditions d'établissement et de mise en œuvre des actes juridiques privés exécutoires sont satisfaisantes au regard, d'une part des critères de définition et des effets du titre exécutoire et d'autre part de l'exigence du respect des droits fondamentaux aussi bien procéduraux que substantiels ? Si non, existe-t-il un remède légal et/ou jurisprudentiel à cette insuffisance ? Celui-ci le cas échéant, est-il satisfaisant ? Une réponse négative y a été apportée tout au long de la présente étude.

592. Une réponse négative tirée du caractère imparfait des actes juridiques privés exécutoires.- D'abord à travers la démonstration du caractère imparfait des actes juridiques privés. Cette démonstration s'est appuyé notamment sur une comparaison des éléments constitutifs de l'acte juridique privé exécutoire avec les attributs du modèle parfait du titre exécutoire. Cette comparaison a permis de mettre en lumière les lacunes des actes juridiques

privés exécutoires. Par ailleurs, une comparaison avec les autres titres exécutoires a révélé des particularités critiquables des actes juridiques privés exécutoires.

594. Une réponse négative tirée du caractère perfectible des actes juridiques privés exécutoires.- Ensuite, la réponse négative à cette question de départ résulte de la démonstration du caractère perfectible des actes juridiques privés exécutoires. Pour parvenir à cette conclusion, l'auteur s'est évertué à montrer que l'exercice des droits attachés à la détention de titres exécutoires imparfaits conduit potentiellement à la violation de droits fondamentaux du « débiteur désigné » dans le titre. Ce risque constitue en soi une raison, des plus sérieuses postulant une perfectibilité de ces titres exécutoires. Mais surtout la perfectibilité de ces titres résulte de l'absence de solution de fond permettant d'endiguer ce risque. Ainsi a-t-il été montré l'absence aussi bien en jurisprudence que dans la loi de solutions de fond susceptibles d'endiguer ces risques. En effet, l'étude montre que, loin d'apporter à ces risques de violations de droits fondamentaux des solutions de fond, le législateur et la jurisprudence en France n'y apportent qu'une solution palliative. Quant au droit O.H.A.D.A., le législateur et la jurisprudence font pire qu'en droit français en brillant par leur absence totale de réponse.

Enfin, le caractère perfectible des actes juridiques privés exécutoires s'entend surtout de la preuve de l'existence d'une possibilité de solutions de fond. Ladite preuve a été faite par la présente étude. Celle-ci s'est en effet évertuer à élaborer une nouvelle théorie de l'acte juridique privé exécutoire prenant en compte aussi bien les défauts relatifs à l'établissement de l'acte juridique privé exécutoire que ceux relatifs à sa mise en œuvre.

Cette nouvelle théorie de l'acte juridique privé exécutoire a surtout su allier l'objectif d'efficacité au fondement de la création de ces titres avec les nécessités de garanties d'une bonne justice requises dans un État de droit. En cela, la présente étude vient à point nommé, à l'heure où les modes alternatifs de règlement des litiges et plus globalement les procédures déjudiciarisées sont en plein essor notamment à travers l'attribution de la force exécutoire aux accords des parties issus desdites procédures.

595. Les perspectives.- Il convient à présent de formuler une pressante invite à l'endroit des législateurs français et O.H.A.D.A. Le premier gagnerait à s'approprier les conclusions de la présente étude. Quant au second, cette étude sonne comme une mise en garde. En effet, les accords homologués n'ont pas encore été consacrés en droit O.H.A.D.A. Or vu le contexte international très favorable aux modes alternatifs de règlement des litiges, et aux procédures déjudiciarisées en général, il est fort à parier que le législateur O.H.A.D.A y songe, sans doute

à l'occasion d'une prochaine réforme de l'acte uniforme sur les procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution. Il conviendra qu'à cette occasion, les conclusions de la présente étude soient prises en compte, de façon à pouvoir corriger les insuffisances des actes juridiques privés exécutoires existants actuellement en droit O.H.A.D.A., mais surtout dans la création d'autres actes juridiques privés exécutoires connus du droit français. Mais en attendant une réforme, la jurisprudence O.H.A.D.A serait très inspirée de tirer toutes les conséquences des insuffisances théoriques des actes juridiques privés exécutoires relevées par la présente étude, et pourquoi pas des approches de solutions qu'elle propose. Il y va de la réalisation du délicat équilibre entre l'objectif de réalisation du développement économique –par le droit- et la construction d'un véritable État de droit.

BIBLIOGRAPHIE

I)- OUVRAGES GÉNÉRAUX, TRAITÉS, MANUELS

ALLAND D. et RIALS S. (dir.) - *Dictionnaire de la culture juridique*, 1re éd., PUF- Lamy, 2003.

LAGARDE X. - Réflexion critique sur le droit de la preuve, LGDJ, 1994.

ANCEL B. et LEQUETTE Y. - *Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé, 5*e éd., Dalloz, 2006.

ANDRIANTSIMBAZOVINA J., GAUDIN H., MARGUENAUD J.-P. RIALS S. et SUDRE F. (dir.) *Dictionnaire des droits de l'homme*, 1re éd., PUF, 2008.

ARISTOTE - *Ethique à Nicomaque*, Flammarion, 2004.

AUBERT J.-L. - *Introduction au droit*, 10e éd., PUF, 2007.

BELLOIR-CAUX B. - *Dictionnaire de droit des biens*, Ellipses, 2013.

BENABENT A. - *Droit civil*, *Les obligations*, 7e éd., Monchrestien, 1999.

BONHOMME R. - *Instruments de crédit et de paiement*, 10e éd., LGDJ, 2013.

BONNIER, *Traité théorique et pratique des preuves en droit civil et en droit criminel*, 4e éd., Paris, Henri Plon, 1873

BOURASSIN M. - *Droit des obligations. La responsabilité civile extracontractuelle*, 2e éd., Archétype 82, 2014.

CABRILLAC M., MOULY Ch., CARILLAC S. et PETEL Ph. - *Droit des sûretés*, 8e éd., Litec, 2007.

CAFFIN-MOI M. - *Cession de droits sociaux et droit des contrats*, préf. BUREAU D., Economica, 2009.

CARBONNIER J. - *Flexible droit : pour une sociologie du droit sans rigueur*, 10e éd., LGDJ, 2014.

CARBONNIER J., *Droit civil, Introduction, Les personnes, La famille, l'enfant, le couple,* t.1, PUF, 2004.

CARBONNIER, J., *Droit civil, Les biens, Les obligations*, t.2, PUF,2004.

CASTEX P. G. (dir.), *Honoré de BALZAC H. La comédie humaine*, t. III, Paris, Gallimard, coll. La Pléiade, 1976.

CORNU G., Association Henry Capitant, *Vocabulaire juridique*, 9e éd., PUF, coll « Quadrige », 2011.
CORNU G. - *Droit civil, Les biens*, 13e éd., Montchrestien, 2007.

DEBBASCH Ch. et COLIN F. - *Droit administratif*, 10e éd., Economica, 2011.

DEMOLOMBE C. - *Cours de code Napoléon: Traité des contrats ou des obligations conventionnelles*, t. VI, p.242, Durand, 1868.

DERASSE N., et autres - *Histoire de la Justice en France. Du XVIIIe siècle à nos jours*, 4e éd., PUF, 2010.

FERRIERE Cl.-J. de - *Dictionnaire de droit et de pratique*, Paris, Chez Bauche, Libraire, 1769.

FLOUR J., AUBERT J.-L. et SAVAUX E. - *Droit civil. Les obligations. L'acte juridique*, t. I., 15e éd., Sirey, 2012.

GAVALDA Ch. et STOUFFLET J., *Instruments de paiement et de crédit*, 6e éd., Litec, 2006.

GRYNBAUM L. - *Droit civil. Les obligations,* 2e éd., Hachette supérieur, 2007.

GUYOT, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence civile et criminelle, canonique et bénéficial*, Paris, 1785.

HALPÉRIN J.-L. - *Histoire du droit privé français depuis 1804*, 1re éd., PUF , coll. " Droit fondamental ", 1996.

HALPERIN J.-L. et POTHIER R.- J. - *Traité des obligations*, Dalloz, 2011.

HOLLEAUX D., FOYER J. et GEOUFFRE de La PRADELLE G. (de) - *Droit international privé*, Paris, Masson, 1987.

JEANTIN M. et LE CANNU P., *Droit commercial. Entreprises en difficultés*, 7e éd., Dalloz, 2006.
JESTAZ Ph. - *Le Droit*, 7e éd., Dalloz, 2012.

KELSEN H., *Théorie pure du droit*, LGDJ, coll. La pensée juridique, 1999.

KRYNEN J. - *L'état de justice France, XIIIe –XX siècle, II, L'emprise contemporaine des juges*, Paris, NRF, Gallimard, 2012.

LAUBADERE A (de), VENEZIA J.-C. et GAUDEMET Y., *Droit administratif*, 16e éd., LGDJ. 2000
LAURENT, t. XIX, n° 155 et s.

LE CORRE P.-M. et LE CORRE-BROLY E. - *Droit du commerce et des affaires. Droit des entreprises en difficultés*, 2e éd., Sirey, 2006.

LE TOURNEAU Ph. et CADIET L. (dir.) - *Droit de la responsabilité et des contrats*, Dalloz, coll. Dalloz Action, 2000-2001.

LEVY J.-Ph. et CASTALDO A. - *Histoire du droit civil*, 1re éd., Dalloz, 2002.

MALAURIE Ph. et AYNES L. - *Les personnes. La protection des mineurs et des majeurs*, 6e éd., Defrénois Lextenso, 2012.

MALAURIE Ph., AYNES L. et STOFFEL-MUNCK Ph. *Les obligations*, 4e éd., Defrénois-Lextenso, 2009.

MAZEAUD H. L. et J. et CHABAS F. - *Leçons de droit civil. Obligations. Théorie générale*, 9e éd., Monchrestien, 1998.

MAZEAUD H., L. et J.et TUNC A. - *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, 6e éd., t. 1, Paris, Montchrestien, 1970.

MÉTAIRIE G., *La justice de proximité, une approche historique*, Paris, PUF-Léviathan, 2004.
MORVAN P. - *Le principe de droit privé*, LGDJ., 1999.

NIBOYET M.-L. et GEOUFFRE La PRADELLE G (de)., *Droit international privé,* 1re éd., LGDJ, 2007.

OPPETIT B. - *Philosophie du droit*, Dalloz, 1999.

Ph. JESTAZ, Le Droit, éd. DALLOZ, 7ème éd. 2012

PIRIOU J.-P. - *Lexique de sciences économiques et sociales*, 7e éd., La Découverte, 2004.

PLANIOL M. et RIPERT G. - *Traité pratique de droit civil français, obligations, t.VI,* 2e éd., LGDJ, 1952, par P. Esmein.

PRADEL J. - *Procédure pénale,* 16e éd., Paris, Cujas, 2011.

PRADEL J. et DANTI-JUAN M. - *Droit pénal spécial*, 5e éd., CUJAS, 2010.

RICCI J.-C. - *Droit administratif*, 6e éd., Hachette Supérieur, 2008.

RIPERT J. et BOULANGER J., *Traité de droit civil*, tome II, LGDJ., 1957.

ROLAND et BOYER, *Adages du droit français*, 4e éd., LexisNexis, 1999.

ROLAND H. et BOYER L. - *Adages du droit français*, 4e éd., Litec, 1999.

ROUSSEAU J.J. - *Du contrat social*, Flammarion, 2001.

ROZOIR C. du, in *Dictionnaire de la conversation et de la lecture (société des savants et des gens de lettres)*, DUCKETT W. (dir.) , 2e éd., Paris, Librairie de Firmin Didot Frères, Fils et Cie, 1862.

SAINT-ALARY-HOUIN C. - *Droit des entreprises en difficultés*, 9e éd., LGDJ, Lextenso, 2014.

SAVATIER R. - *Traité de la responsabilité civile en droit français civil, administratif, professionnel, procédural*, 2e éd., t. 2, Paris, LGDJ, 1951.

SIMLER Ph. et DELEBECQUE Ph. - *Droit civil. Les sûretés. La publicité foncière*, 6e éd., Dalloz, 2012.

SOPHOCLE - *Antigone, Larousse, coll. Petits Classiques Larousse, 2012*

TERRE F., SIMLER Ph. et LEQUETTE Y. - *Droit civil. Les obligations*, 10e éd., Dalloz, 2009.

TURPIN D.- *Contentieux administratif*, 4e éd., Hachette Supérieur, 2007.

Ulpien, 1re livre de ses Institutes (Digeste, 1, 1, 1, 1-4), ***trad.*** F. ROUMY

VEDEL G. et DELVOLVE P., *Droit administratif*, 12e éd., t. 1, PUF, coll. « Thémis – Droit public », 1992.

WEBER E. - *La fin des terroirs*, Paris, Fayard, 1983.

II) OUVRAGES SPÉCIAUX, THÈSES, MONOGRAPHIES

AMBRA D (d'.) - *L'objet de la fonction juridictionnelle : dire le droit et trancher les litiges*, G.

Paris, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, Tome 236,1994.

AMRANI-MEKKI S. et STRICKLER Y. - *Procédure civile*, PUF, 2014.

ANCEL P., BOYER A., GENIN P., NOUGEIN H.-J., REINHARD Y. et RIVIER M.-C. *Guide pratique de l'arbitrage et de la médiation commerciale*, Litec-LexisNexis, Jurisclasseur-Pratique Professionnelle, 2004.

ARTHUIS J. et HAENEL H. - Justice sinistrée, démocratie en danger, Paris, Economica, 1991.

ASSI-ESSO A.-M. et DIOUF N.- OHADA, *Recouvrement des créances*, Bruxelles, Bruylant, 2002.

AUBERT J.-L. et CRÔNE R - *La responsabilité civile des notaires*, 5e éd., Defrénois, 2008.

BARNABE B. - *La récusation des juges. Etude médiévale, moderne et contemporaine*. Thèse,Toulouse I, 2005, LGDJ , 2010.

BEAULINE J. - « Problématiques spécifiques afférentes à la force exécutoire de l'acte notarié » in N. KASIRER et P. NOREAU (dir.), Sources et instruments de justice en droit privé, Éditions Thémis, Montréal, 2002, p. 506

BIGUENET-MAUREL C. - *Le devoir de conseil des notaires*, thèse, Toulouse, Defrénois, 2006.

BONCENNE P. - *Théorie de la procédure civile*, Paris, Librairie de Videcoq, 1828.

BOUQUET E. - Droit romain : De la preuve littérale. Droit français : De la force probante de l'acte notarié. thèse, Université de Bourgogne, 1884

BRANDAC M. - *La nature juridique de la prescription extinctive en matière civile*, thèse, Paris II, 1986, préface Raynaud.

BRETTON Ph. - *L'autorité judiciaire gardienne des libertés essentielles de la propriété privée*, Thèse, Poitiers, LGDJ, 1964, préface ARDANT Ph.
CABRILLAC R. - *Droit des obligations,* 11e éd., Dalloz, 2014.

CADIET L. et JEULAND E.- *Droit judiciaire privé*, 8e éd., LexisNexis, 2013.

CADIET L., NORMAND J. et AMRANI-MEKKI S. - Théorie générale du procès, 2e éd., PUF, 2013.

CADIET, L. - « Contradictoire » in *Dictionnaire de la culture juridique,* ALLAND D. et RIALS S. (dir.) , 1re éd., PUF- Lamy, 2003.

CARBONNIER, J. , *Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*, 10ème éd., LGDJ, 2001.

CARIO R. - *La médiation pénale. Entre répression et réparation*, L'Harmatan, 1997.

CATALA P. et TERRE F. - *Procédure civile et voies d'exécution*, 2e éd., PUF, coll. Thémis, 1976.

CAYROL N. - *Droit de l'exécution*, 1re éd., LGDJ- Lextenso, 2013.

CHAABAN R. - La caducité des actes juridiques, Thèse, Paris II, 2004, LGDJ 2006, préface LEQUETTE Y.

COLLECTIF NON/TAIRE / LE COQ V. et LÈGUEVAQUE L. - *Manifeste contre les notaires,* Max Milo, 2011.

CORNU G. et FOYER J. - Première préface aux Écrits de procédure civile, t. 1, 2e éd., Dalloz 2010.

CORNU G. et FOYER J. - *Procédure civile*, 3e éd., PUF, Thémis, 1996.

COUCHEZ G. et LAGARDE Z. - *Procédure civile*, 17e éd., Sirey, 2014.

COUCHEZ G. - *Procédure civile*, 14e éd., Sirey, 2006.

COUCHEZ G. - *Voies d'exécution*, 9e éd., Sirey,2007.

COUCHEZ G. et LEBEAU D. - *Voies d'exécution,* 11e éd., Sirey, 2013.

CRISTAU A. - *Droit du travail*, 9e éd., Hachette Supérieur, 2013-2014.

CROZE H. , MOREL C. et FRADIN O. - *Procédure civile*, 4e éd., LexisNexis, 2008.

CURASSON J. - *Traité de la compétence des juges de paix*, 1838.

DALBIGNAT-DEHARO G. - *Vérité scientifique et vérité judiciaire en droit privé*, LGDJ, 2004.

DEBET A. - *L'influence de la Convention européenne des droits de l'homme sur le droit civil*, thèse, Paris II, 2001, Dalloz.

DEFFAINS B. et LANGLAIS E., *Analyse économique du droit. Principes, méthodes, résultats*, De Boeck Université, 1ère édition, 2009.

DEVÈZE C. - *De la règle : Voies de nullité n'ont lieu contre les jugements*, thèse, Toulouse, 1938.

DONNIER M. et DONNIER J-B., *Voies d'exécution et procédures de distribution*, 8e éd., LexisNexis Litec, 2009.

DOUCHY-OUDOT M. - *Procédure civile*, 5e éd., Gualino, 2012.

DUPICHOT Ph. - *Le pouvoir des volontés individuelles en droit des sûretés*, thèse, Paris II, Panthéon-Assas, 2005.

DURRY G. - *La distinction de la responsabilité contractuelle et de la responsabilité délictuelle*, Université McGill, 1986.

ENCINAS DE MUNAGORRI R. - *L'acte juridique unilatéral dans les rapports contractuels,* Thèse, Paris X, LGDJ, 1996, préface LYON-CAEN A.

ESMEIN P. - *Des effets des décisions de justice sur la reconnaissance et la création des droits*, thèse, Paris, 1914.

EYNARD V. J. - *Les données personnelles. Quelle définition pour un régime de protection efficace ?,* Michalon, 2013.

FABRE-MAGNAN M. - *Droit des obligations*, 2, *Responsabilité civile et quasi-contrats*, 2e éd., PUF, 2010.

FARGET J.-P., in *Droit et pratique des voies d'exécutions*, S. GUINCHARD et T. MOUSSA, (dir.), Dalloz, 1999.

GUINCHARD S. et MOUSSA T. (dir.) - *Droit et pratique des voies d'exécution*, 7e éd., Dalloz, 2013-2014.

FAVENNEC-HERY F. et VERKINDT P.-Y. - *Droit du travail*, 4e éd., Lextenso, 2014.

FAVOREU L. et autres, *Droit des libertés fondamentales*, 8e éd., Dalloz, 2012.

FAYS E. de - *Le notariat d'Etat. Authenticité et force exécutoire des actes administratifs de gestion économique*, Bruxelles, Imprimerie F. Van Buggenhoudt, 1942.

FRISON-ROCHE M.-A. - *Généralités sur le principe du contradictoire. Droit processuel*, Thèse, Paris II, 1988.

GATSING H. K. T. - *Le système africain de protection des droits de l'homme. Un système en quête de cohérence*, Harmattan Cameroun, 2014.

GUELFUCCI-THIBIERGE C. - *Nullité, restitutions et responsabilité,* thèse Paris, 1992, LGDJ.

GUINCHARD S. - *Droit et pratique de la procédure civile. Droit interne et de l'Union européenne*, 8e éd., Dalloz, 2014.

GUINCHARD S. - *Examen d'entrée dans un CRFPA. Le grand oral. Protection des libertés et des droits fondamentaux*, 8e éd., Lextenso, 2013.

GUINCHARD S., CHAINAIS C. et FERRAND F. - *Procédure civile*, 32e éd., Dalloz, 2014.

GUINCHARD S., CHAINAIS C. et FERRAND F. - *Procédure civile. Droit interne et droit de l'Union européenne*, 31e éd., Dalloz, 2012.

HERON J. et LE BARS Th. - *Droit judiciaire privé*, 5e éd., Montchrestien-Lextenso édition , 2012.

HOONAKKER Ph. - *L'effet suspensif des voies de recours dans le nouveau code de procédure civile : une chimère? Contribution à l'étude de l'exécution provisoire*, thèse, Strasbourg, 1988.

HOONAKKER Ph.- *Procédures civiles d'exécution. Voies d'exécution. Procédures de distribution*, 2e éd., Larcier, coll. Paradigme, 2012.

HOUDARD J. - *Etat du notariat français au XVIII e siècle*, Paris, 1912.

HOUDARD J., *Etat du notariat français au XVIIIème siècle*, thèse Paris, 1912.

JACOB R. - *Images de la justice. Essai sur l'iconographie judiciaire du Moyen Âge à l'âge classiqu*e, Paris, Presse Universitaire de Vincennes, 1994

JAPIOT R. - *Des nullités en matière d'acte juridique, Essai d'une théorie nouvelle*, thèse, Dijon, 1909.

JEAMMAUD A. - *Le licenciement*, Dalloz, 1993.

JEULAND E. - *Droit processuel général*, 2e éd., Montchrestien, 2012.

JOLY-HURARD J. - *Conciliation et médiation judiciaires*, PUAM, 2003.

JOUHET C. - *De la nature, des variétés et du rôle de l'acte authentique en droit privé français*, thèse, Bordeaux, 1930.

JULIEN P. et FRICERO N. - *Procédure civile*, 4e éd., LGDJ., 2011.

JULIEN P. et FRICERO N.- *Droit Judiciaire privé*, 3e éd., LGDJ, 2009.

KANDIL F. - *Fondements de la justice*, PUF, 2012.

LAFFAIRE M.-L. - *Protection des données à caractère personnel. Tout sur la nouvelle loi informatique et libertés*, éditions d'Organisation, 2005.

LE CORRE P. - *Droit et pratique des procédures collectives*, 8e éd., Dalloz, 2014.

LE MASSON J.-M. - *La recherche de la vérité dans le procès civil*, thèse dactyl., Nantes, 1991.

LEBORGNE A. - *Droit de l'exécution. Voies d'exécution et procédures de distribution*, Dalloz, 2e édition, 2014.
LEHMAN H. - *Justice, une lenteur coupable*, PUF, 2002.

LIEVREMONT Ch. - *Le débat en droit processuel*, P.U.A.M, 2001.

MACKAAY E. et ROUSSEAU S. - *Analyse économique du droit*, Dalloz, 2008.

MAGNAN J.-L. - *Le notariat et le monde moderne*, Paris, LGDJ, 1979.

MAIKASSOUA R. I. - *La Commission africaine des droits de l'homme et des peuples. Un organe de contrôle au service de la Charte africaine*, Karthala, 2013.

MALAURIE Ph. - L*'authenticité*, les éditions du Cridon, Paris

MALAURIE Ph. et AYNES L. - *Les biens*, 5e éd., Defrénois, 2013.

MALPEL-BOUYJOU, C. - *L'office du juge judiciaire et la rétroactivité*, Préf. V. LARRIBAU-TERNEYERE, Paris, Nouvelle bibliothèque de thèse, Volume 134, Dalloz, 2014.

MARGUÉNAUD J.-P. et TOURNAPICHE A.-M. (dir.), *La médiation. Aspects transversaux*, Lexis Nexis, Litec, 2010.

MEMENTO PRATIQUE, *Sociétés commerciales*, Francis Lefebvre, 2014.

MÉTAIRIE G. - *Le monde des juges de paix de Paris* (1790-1838), Paris, Loysel, 1994.

MILANO L. - *Le droit à un tribunal au sens de la Convention européenne des droits de*

l'homme, thèse, Montpellier, déc. 2004.

MINIATO L., Le principe du contradictoire en droit processuel, thèse, LGDJ, 2006.

MOLFESSIS N., *Le Conseil constitutionnel et le droit privé*, thèse, Paris II, 1994

MONTAGNE H. - *De l'effet déclaratif ou constitutif des jugements en matière civile*, thèse, Limoges, Imprimerie Dumont Limoges, 1912.

MOREAU A. - *La magistrature de prévention ou le notaire agent de protection des droits de l'homme*, France édition, 2004.

MOREAU A. - *Les métamorphoses du scribe. Histoire du notariat français*, Perpignan, SocaPress- RCI, 1989.

MOREAU A. - *Le notariat dans la société française d'hier à demain*, Paris, Économica, 1999.

MOREAU A., *Les métamorphose du scribe. Histoire du notariat français*, Perpignan, Socapress, 1989.

MORVAN P. - *Le principe de droit privé*, thèse, Panthéon-Assas, 1999.

MOTULSKY H. - *Ecrits, études et notes de procédure civile*, Dalloz, 2010.

KASIRER N. et NOREAU P. (dir.), *Sources et instruments de justice en droit privé*, Montréal, Les Éditions Thémis, 2002, 533-547.

ONANA ETOUNDI F. - *La pratique de la saisie-attribution des créances à la lumière de la jurisprudence de la CCJA de l'OHADA,* Numerix, 2006.

OUGUERGOUZ F. - *La Charte africaine des droits de l'homme et des peuples. Une approche juridique des droits de l'homme entre tradition et modernité*, PUF, 1993.

PELLETIER C. - *La caducité des actes juridiques en droit privé français*, thèse. Paris XII, L'Harmatan, 2004, préface JESTAZ Ph.

PERRET P. - *La force exécutoire de l'acte notarié*, mémoire de fin de stage, Diplôme supérieur du notariat, Centre de formation professionnel notariale de Lyon/Clermont-Ferrand, 22 sept. 1992.

PERROT R. et THERY Ph. - *Procédures civiles d'exécution* 3e éd., Dalloz, 2013.

PETIT J.-G. - *Une justice de proximité : la justice de paix 1790-1858*, Paris, PUF, coll. Droit et justices, 2003.

PETTITI L.-E. et DECAUD E. et IMBERT P.-E. (dir.) - *La Convention européenne des droits de l'homme. Commentaire article par article,* Paris, Economica, 1999, p. 265

PILLEBOUT J.-F. et YAIGRE J. - *Droit professionnel notarial*, 9e éd., Litec, 2012.

POTHIER R.-J., *Traité des obligations*, Orléans, éd. Langlet & Cie, 1835

RAINAUD J.-M.- L*a distinction de l'acte réglementaire et de l'acte individuel*, LGDJ, 1996.

RAUCENT L. - *Fonction et statuts des notaires,* t.1, 3e éd., Louvain-la-Neuve, Académia-Bruylant, 1988.

RAUCENT L., *Fonction et statuts des notaires*, 3e éd., t I, LOUVAIN-LA-NEUVE, ACADEMIE BRUYLANT 1988

RICŒUR P. - *Le juste*, Esprits, 1995.

RIPERT G. - *Le déclin du droit*, LGDJ. 1949.

RIVIER M.-C.- L'éviction de la juridiction étatique par le contrat in ANCEL P. et RIVIER M.-C. (dir.), Le conventionnel et le juridictionnel dans le règlement des différends, Economica, 2001. p. 23

ROETS D. - *La multiplication des médiations en droit privé*, in TOURNEPICHE A.-M. et MARGUÉNAUD J.-P. (dir.), *La médiation. Aspects transversaux*, LexisNexis, Litec 2010.

SALEILLES R. - *De la déclaration de volonté. Contribution à l'étude de l'acte juridique dans le code civil allemand*, Pichon, 1901.

SOLTAN K.E. - *The causal theory of justice*, University of California Press (Berkeley), 1987

STEVENS F. - *La loi ventôse contenant organisation du notariat et sa genèse*, Bruxelles, Bruylant, 2004.

STRICKLER Y. - *Procédure civile*, 1re éd., Larcier, coll. Paradigme, 2010.

TEMPLIER P. - *De la tentative de la conciliation*, Thèse droit, Paris, 1898.

THULLIER B. - *L'autorisation, étude de droit privé*, thèse, Paris X, LGDJ, 1996, préface BÉNABENT A.

VAN DROOGHENBROECK J. F. et BRIJS S. - Un titre exécutoire européen, Larcier, 2006. préface LAVAL G. de.

VERGES E. - *Les principes directeurs du procès judiciaire. Étude d'une catégorie juridique*, thèse, Aix-Marseille-III, 2000.

VIDAL J. - *Essai d'une théorie générale de la fraude en droit français*, thèse, Toulouse, 1957.

VIZIOZ H. - *Études de procédures*, Dalloz, 2011.

III) ARTICLES, CHRONIQUES, RAPPORTS

KUNT, « De la prévention des difficultés, du mandat ad hoc et de la procédure de conciliation », *LPA*, n° spéc., 8 févr. 2006, n° 28, p. 5 et s. ;

GBAGUIDI N. et KODJOH-KPAKPASSOU W., *Introduction au système juridique et judiciaire du Bénin*, Encyclopédie, Globalex, Université de New-York, 2009

Banat-Berger F., « La réforme de 1958. La suppression des justices de paix », in PETIT J.-G. (dir.)., *Une justice de proximité : la justice de paix 1790-1958*, Paris, PUF, coll. Droit et Justice, 2003, p. 225-247

CHAZAL J-P , « L*'autonomie de la volonté et la libre recherche scientifique* » in *RDC* 2004/3, Juillet 2004, P.630.

FROCHOT M. - « Rapport des comités de Constitution et de Judicature sur les offices des notaires » in STEVENS F. - *La loi ventôse contenant organisation du notariat et sa genèse,* Bruxelles, Bruylant, 2004. p. 25 et s. p. 51 et s.

FROGER D. - « Contribution notariale à la définition de la notion d'authenticité », *Défrénois* 2004, numéro 3, art. 37873, p.189

FROGER D. - « Contribution notariale à la définition de la notion d'authenticité », *Défrénois* 2004, numéro 3, art. 37873, p.189

GERBA N. - « Premières vues sur le décret du 1er octobre 2010 », Gaz. Pal., 10-12 oct. 2001, p. 17-20.

HÉRAIL J. - « Office public ou ministériel », *Rép. Dr. civ*. janvier 2010 (dernière mise à jour : octobre 2013), n° 23.

HOONAKKER Ph. - « Les demandes additionnelles et reconventionnelles », in *Droit et pratique de la procédure civile*, Dalloz, coll. Dalloz Action, 1999.

J.-P JACQUÉ - « L'acte juridique : Réflexions d'un internationaliste » in L'acte juridique, Droits, *Revue Française de Théorie Juridique*, numéro 7, Paris, PUF, 1998, p. 95.

MACKAAY E. - « Les enjeux économiques de la reconnaissance du titre exécutoire conventionnel », in Nicholas Kasirer et Piere Noreau (dir.), *Sources et instruments de justice en droit privé*, Montréal, Les Éditions Thémis, 2002, 533-547.

MATHIEU-FRITZ A. - « Les représentations sociales de la profession d'huissier de justice », *Droit et société*, 2/2003 (n°54), p. 491-515

MOTULSKY H. - « Le droit naturel dans la pratique jurisprudentielle : le respect des droits de la défense en procédure civile » in *Mélanges* Roubier P., Dalloz 1961, t. 2, p. 175

RAYNOUARD A. - « Sur une notion ancienne de l'authenticité : l'apport de l'électronique », *Defrénois,* 2003, numéro 18, Doctrine, art. 37806, p. 1117- 1139

ADELINE A. - « Déjudiciariser les conflits : les enjeux de la médiation », *Encyclopedia Universalis*, 1999, p. 171-172.

AGLAE M. J. - « La loi du 25 juillet 1994 complétant le Code du domaine de l'Etat et relative à la constitution de droits réels sur le domaine public », *LPA*, 28 décembre 1994, n° 155, pp. 4 et s.

ALLARD S. - « La mission du notaire, officier public, et l'instauration de la force exécutoire de l'acte notarié en droit québécois » in KASIRER N. et NOREAU P. (dir.), *Sources et instruments de justice en droit privé*, Éditions Thémis, Montréal, 2002, p. 577.
AMADEI J. P. - « Vers la constitutionnalisation du domaine public », *LPA*, 9 août 1995, n° 95, pp. 19 et s.

AMIGUES B. - « Le titre exécutoire européen, une simplification du recouvrement européen de l'impayé », *RD bancaire et fin*., 2005, p. 73.

AMRANI- MEKKI S. - « Liberté, simplicité, efficacité, la nouvelle devise de la prescription ? À propos de la loi du 17 juin 2008 », *J.C.P* 2008. I. 160.

AMRANI-MEKKI S. - « « Les nouveaux » titres exécutoires : les accords homologués », *Dr. et patr.* 2013, p 231.

AMRANI-MEKKI S. - « La déjudiciarisation », *Gaz. Pal.,*5 juin 2008, n° 157, p. 2, n° 9, p. 2

AMRANI-MEKKI S. - « Qu'est devenue la pensée de Henri Motulsky ? Les droits de la défense », Actes de colloques de Caen, 20 janvier 2012, *Procédures* », mars 2012, p. 18-22.

AMRANI-MEKKI S. - « Déjudiciarisation et évolution des professions juridiques » in Olivera BOSKOVIC (de) (dir.), *La déjudiciarisation*, Mare et Martin, 2012, p. 183.

AMRANI-MEKKI S. - « La convention de procédure participative », *D.,* 2011.3007.

AMRANI-MEKKI S. - « La déjudiciarisation », *Gaz. Pal.*, 2008, n° 157

ANCEL P. - « L'exécution par la puissance publique », *RTD civ*., 1993, n° spécial, p. 135.

ANCEL P. - « L'exécution par la puissance publique », *RTD civ.*, 1993 p. 135, n° 1.

ANCEL P. - « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », *RTD civ.,* 1999 p. 771.

ANCEL P. - « Exécution des contrats et exécution des décisions de justice », in *L'exécution, XXIIe colloque des instituts d'études judiciaires*, L'Harmattan, 2001, p. 151.

ANSAULT J.-J - « La Cour de cassation redonne toute sa confiance au juge de l'exécution », *D.,*2009, p. 2525.

ARCHER J. - « Essai sur la nature juridique de l'action paulienne », *RTD civ.*, 1906, p. 800.

ASSI ESSOPE E., « La Cour commune de justice et d'arbitrage de l'OHADA : un troisième degré de juridiction ? » *RIDC*, 4, 2004.

ASSI-ESSO A.-M., « Commentaire sous article 33 de l'AUVE », in *Traité et actes uniformes commentés et annotés*, 2e éd., Juriscope, 2002 p. 716.

AUBERT J.-L. - « Les relations entre bailleurs et locataires en droit français », in GESTIN J. et FONTAINE M. (dir.), *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels. Comparaison franco-belge*, Paris, L.G.D.J., 1996, n° 6 et s. p. 168 et s.

AYNES L. - « On aura toujours besoin d'une autorité de vérification sur laquelle les parties, les tribunaux et les tiers puissent s'appuyer », *JCP G.*, n° 42, 14 oct. 2013, 1066.

BAKER C. - « Le titre exécutoire européen, une avancée pour la libre circulation des décisions ? », *JCP G,* 2005.I.137.

BANAT-BERGER F. - « ***La réforme de 1958, la suppression des justices de paix*** », in Petit (Jacques-Guy) (dir.). Une justice de proximité : la justice de paix 1790-1958, Paris, PUF, coll. Droit et Justice, 2003, p. 225-247.

BARAV A. - « Le droit au juge devant le Tribunal de Première Instance et la Cour de Justice des Communautés Européennes », in J. RIDEAU (dir.), *Le droit au juge dans l'Union européenne*, LGDJ, 1998, p. 191

BARBÉRI J.-J. - « Voies de nullité ont lieu contre les jugements », *Dr. et patr.*, mars 1997. 46.

BEAUBRUN M. - « NOTAIRE. Vers une déstabilisation de la fonction notariale ? », *Défrénois*, 30 mai 2010 n° 10, p. 1128.

BEAULNE J. - « Problématiques spécifiques afférentes à la force exécutoire de l'acte notarié, in N. KASIRER et P. NOREAU (dir.), *Sources et instruments de justice en droit privé*, éd. Thémis, Montréal, 2002. , p. 459.

BELTZ K. H. - « Le titre exécutoire européen » (TEE), *D.,* 2005. Chron. 2707.

BENARD A. - « La force exécutoire : l'acte authentique comme instrument de déjudiciarisation » in N. KASIRER et P. NOREAU (dir.), *Sources et instruments de justice en droit privé*, éd. Thémis, Montréal, 2002, p. 530.

BENDEL-VASSEUR - « L'évolution de la jurisprudence relative au principe de concentration des moyens postérieurement à l'arrêt d'assemblée plénière du 7 juillet 2006 », *Just. et cass*. 2010. 366 s.

BERGERES M.-Ch. - « L'utilisation du référé-suspension en matière fiscale », *Dr. fisc*., mai 2003, n° 20, 14 p. 684 et s., n° 20.

BILLIAU M. - « Force obligatoire » in *Études GHESTIN J.*, LGDJ, 2001, p. 119.

BILLIER J.- C. – « Vérité et vérité judiciaire », *Les cahiers de la justice,* 2007, p. 195 s.

BLAISE A. - « Arrêt et aménagement de l'exécution provisoire par le Premier Président », *JCP,* 1985. I.3183, n° 22.

BLÉRY C. - « Des effets dévastateurs du principe de concentration des moyens », *Procédures,* 2010, focus, n° 1.

BLERY C. - « Concentration des demandes et office du juge : une nouvelle donne au sein des principes directeurs du procès ? (Du renouvellement des rôles du juge et des parties quant au droit lors d'un procès) », in *Mélanges HERON J.*, 2008, LGDJ, p. 111.

BLERY C. - « Qu'est-ce que l'autorité de la chose jugée ? Une question d'école ? »*Procédures,* août-septembre 2007, n°158.

BLONDEL P. - « La charge de la concentration et le respect d'un principe de complétude », *JCP,* 2012. 464.

BOLARD G - Les juges et les droits de la défense, in *Mélanges BELLET P.*, Litec, 1991, p. 49

BOLARD G. - « De la déception à l'espoir : la conciliation », in *Mélanges HÉBRAUD P,* Toulouse, Univ. Sc. Sociales de Toulouse, 1981, p. 46-57.

BOLARD G. - « Les principes directeurs du procès civil : le droit positif : le droit positif depuis H. Motulsky », *JCP,* 1993. I.3693.

BOLARD G. - « Les principes directeurs du procès civil : le droit positif depuis Motulsky », *JCP,* 1993. I. 3693

BOURDILLAT J.J. - « Le titre exécutoire notarié : le consensus exécutoire », *Rev. Huissiers* 1994, p. 679 et s.

BOUTY C. - « Chose jugée », *Rép. Proc. Civ*. Dalloz, juin 2012, n°246.

BOYER L. - « Contrats et conventions », *Rep. civ. Dalloz,* 1993, mise à jour à juin 2013, n° 250

BRANDAC M. - « L'action en justice droit fondamental, in Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs » in *Mélanges PERROT R.*, Dalloz, 1996, Paris, p. 9.

BRENNER C. et LECUYER H. - « La réforme de la prescription », *JCP E,* 2009, I. 1169.

BRENNER Cl. - « Les décisions dépourvues d'autorité de chose jugée », *Procédures,* n° 8-9, août 2007, étude 13, spéc., n ° 13 et s.

BROCHU F. - « L'indépendance judiciaire et l'application de la règle *audi alteram partem* », in N. KASIRER et de NOREAU P. (dir), *« Sources et instruments de justice en droit privé »*, édition Thémis Québec 2002, p. 551-563.

BURGOGUE-LARSEN, L. - La constitutionnalisation du droit au juge en Espagne, in J. RIDEAU (dir.), *Le droit au juge dans l'Union européenne*, LGDJ, 1998, p. 69

CADIET L. - « Et les principes directeurs des autres procès ? Jalons pour une théorie des principes directeurs du procès », in *Justice et droits fondamentaux*, *Mélanges NORMAND J.,* Litec, n° 1, p. 71-110.

CADIET L. - « Feu l'exécution immédiate des jugements ? Regrets de la France du milieu », *JCP G.,* 2002. I. 1489.

CADIET L. - « Les clauses contractuelles relatives à l'action en justices » in *Les principales clauses des contrats conclus entre professionnels*, PUAM, 1990, p. 193 et s., spéc. n° 49.

CADIET L. - « Procès équitable et modes alternatifs de règlement des conflits », in Variations autour d'un droit commun. Premières Rencontres de l'UMR de droit comparé de Paris, DELMAS-MARTY M. et autres (dir.) , Société de Législation Comparée, Paris, déc. 2002, p. 89.

CADIET L. - « Feu l'exécution immédiate des jugements ? Regrets de la France du milieu », *JCP G,* 2002. I. 1489

CADIET L. - « La déjudiciarisation. Rapport introductif » in Olivera BOSKOVIC (de) (dir.), *La déjudiciarisation*, Mare et Martin, 2012, p. 10

CAROTENUTO S. et MENDES-CONSTANTE J. -, « L'inscription de la justice dans la Charte des droits fondamentaux de l'union européenne », *LPA,* 5 juillet 2002, n° 134, p. 4.

CARRÉ S. - « La confidentialité dans le règlement amiable des litiges », *LPA*, 5 et 8 août 1995.

CATALA P. - « Ébauche d'une théorie juridique de l'information », *D.*, 1984, chron. XVII, p. 97, spéc. n° 5 et 6.

CESSEAU J. de - « Les Juridictions du 21ème siècle - quelques observations sur le compte rendu de Madame GLON, membre du Bureau du CNB » in http://www.cna-avocats.fr/fr/cpg1-565594--Les-Juridictions-du-21eme-siecle---quelques-observations-sur-le-compte-rendu-de-Madame-GLON--membre-du-Bureau-du-CNB..html

CHAÎNE L. -, « L'authenticité et le notariat », *JCP N.,* 1985, Doct., p. 125.

CHAMPEIL-DESPLATS V. - « La notion de droit fondamental et le droit constitutionnel français », *D.,* 1995, p. 323.

CHAZAL J-P, « L*'autonomie de la volonté et la libre recherche scientifique* », *RDC* 2004/3, Juillet 2004, p.630.

CHEYNET DE BEAUPRE A. - « Déjudiciarisation et contractualisation dans le droit de la famille », in Olivera BOSKOVIC (de) (dir.), *La déjudiciarisation*, Mare et Martin, 2012, p. 237

CHOQUET L. - « Un accès aux informations élargi », in « Aperçu de la loi du 22 décembre 2010 relative à l'exécution des décisions de justice », *Dr et proc*. 2011, n° 3, p. 58 et s., n° 22 et s., p. 63.

COHEN-JONAHTHAN G. - Le droit au juge, *in Mélanges WALINE J.*, Paris, Dalloz 2002, p. 477.

COMMARET D. N. - « Une justice distance ou une réflexion sur l'impartialité du magistrat », *D.,* 1998, 27e cahier, chron. p. 262.

CORNU G. – « Les principes directeurs du procès civil par eux-mêmes, fragments d'un état de question » in *Mélanges BELLET P.*, Litec, 1991, p. 83-100.

CORNU G. – « La codification de la procédure civile en France », *Rev. jur. et pol*., 1986, 689.

COSTA - « Quelques réflexions sur la jurisprudence de la CEDH relative au retrait d'un pourvoi du rôle de la Cour de cassation » in *Mélanges GUINCHARD S., Dalloz 2010, p. 671.*

COSTA – « Le droit à un tribunal et ses limites, selon la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *Mélanges BUFFET J.*, LPA/LGDJ, 2004, p. 159.

CÔTÉ P.-A. - « Contribution à la théorie rétroactivité des lois », *La revue du barreau canadien*, mars 1989.

COULON J.-M. - « Quelques remarques sur un projet de décret de procédure civile », *LPA,* 24 juin 2002. 4.

COULON J.-M. - « Quelques remarques sur un projet de décret de procédure civile », *LPA,* 24 juin 2002. 4.

COUSSIRAT-COUSTERE, « Commentaire de l'article paragraphe 2 », in PETTITI L.E., DECAUX E. et IMBERT P.H., (dir.), *La Convention européenne des droits de l'homme. Commentaire article par article,* Paris, Economica, 1999, p. 324 et s.

CROZE H. -

- « Au-delà du droit processuel : pour une théorie juridique de la décision », in *in Mélanges NORMAND J.*, Paris, Litec, 2003, pp. 125-139.

- « De quelques confusions entre la force exécutoire et l'autorité de la chose jugée. Petite contribution au débat sur l'acte authentique et l'acte sous signature juridique », *JCP G.*, n°40, oct. 2008, act.581.

- « De quelques confusions entre la force exécutoire et l'autorité de la chose jugée. Petite contribution au débat sur l'acte authentique et l'acte sous signature juridique », *JCP G.,* n°40, oct. 2008, act.581.

- « La circonstance qu'une créance de nature commerciale soit constatée par un acte notarié ne modifie pas la durée de la prescription », *JCP G,* n° 29, II.10129.

- « Mais où est passé l'article 1441-4 du code de procédure civile ? », *Gaz. Pal.,* 03 avr. 2012 n° 94, p. 16.

- « Au-delà du droit processuel : pour une théorie juridique de la décision », in *Mélanges NORMAND J.*, Litec, 2003, p. 125

- « De quelques confusions entre la force exécutoire et l'autorité de chose jugée. Petite contribution au débat sur l'acte authentique et l'acte sous signature juridique », *JCP G*, 1er oct. 2008, n°40, act. 581.

CROZE H. et FRANDIN O. - « Transaction exécutoire », in MALLET-BRICOUT B. et NOURISSAT C., *La transaction dans toutes ses dimensions*, Dalloz, coll. « Thèmes & commentaires », 2006, p. 95 et s.
DAGOT M. - « La novation par changement de débiteur et le droit hypothécaire », *JCP,* 1975, I, 2693, n° 4-6.

DAHERO G. - « Contrat judiciaire, *Rép. Proc. civ. »*, déc. 2012, n° 47.
Dalloz, 1997

DARAGON, « Etude sur le statut juridique de l'information », *D.,* 1988, chron., p. 63.

DAVID R. - « L'imprévision dans les droits européens », *in Études JAUFFRET A.,* Fac. droit Aix-Marseille, 1974. p 211.

De MONTGOLFIER J.-F. - « Le Conseil constitutionnel et la propriété privée des personnes privées *»*, *Nouv. Cah. Cons. const.* 2011. 35.

DEBOISSY F. et SAINT-PAU J.-Ch. - « La divulgation d'une information patrimoniale (à propos de l'affaire *Calvet*) », *D.,* 2000, p. 267.

DECAUX E. - « Commentaire de l'article 60 de la ChADHP », in M. KAMTO (dir) *La Charte africaine des droits de l'homme et des peuples et le protocole y relatif portant création de la Cour africaine des droits de l'homme. Commentaire article par article*, Bruylant, 2011,

DELEBECQUE Ph. - « Les clauses de responsabilité » in *Les principales clauses des contrats conclus entre professionnels*, PUAM, 1990, p. 177 et s., spéc. n° 15.

DESDEVISES Y. - « La conciliation dans le nouveau code », *D*. 1981. 241.

DIOUF N. - « Commentaire sous TITRE IV de l'AUVE » in OHADA, Traité et Actes Uniformes commentés et annotés, Juriscope, 2008, 3ème édition, p. 814.

DIOUF N. - « Commentaire de l'Acte uniforme portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution » in *OHADA. Traité et actes uniformes*,3e éd., Juriscope,2008, spéc. art. 51, p. 783)

DOUAOUI M.-D. - « Les garanties processuelles fondamentales des parties dans le mini trial », *RDAI,* n° 5, 2000, pp. 599-637.

DOUCHY-OUDOT M. -

- « Le procès équitable », in S. GUINCHARD (*dir*), *Examen d'entrée dans un CRFPA. Le grand oral. Protection des libertés et des droits fondamentaux*, Paris, éd. Lextenso, 2014, n° ….

- « Le procès civil et les affaires transfrontalières : vers un espace judiciaire européen » in *Mélanges JULIEN P.*, Edilaix, 2003, p. 161.

DRAGO G. - « Formule exécutoire et droits fondamentaux constitutionnels », in FRICERO N. (dir.), *La formule exécutoire : instrument procédural ou clause de style ? Acte de la cinquième édition des Institutes de l'Ecole Nationale de Procédure*, *Dr. et Procédures*, déc. 2010, n°13, p. 8.

CADIET L. (dir) - *Droit et attractivité économique : le cas de l'OHADA*. *Travaux de l'Association pour l'Efficacité du Droit et de la Justice (AEDJ) dans l'espace OHADA*, IRJS Editions, 2013.

DUTHEIL DE LA ROCHÈRE J. - « Droit au juge, accès à la justice », in *Pouvoirs*, 2001-96, p. 123, Les Cours européennes.

ESTOUP P. - « Etude et pratique de la conciliation », *D.* 1986. 161.

HÉRON J. - Le temps et la procédure. Le traitement de l'urgence et l'exécution immédiate, Rev.trim.des Barreaux, 1997 n° 48 et 49, p. 123 et s.

FARGET J.-P. - « Le bail notarié n'est pas admis comme titre exécutoire permettant l'expulsion », *Rev. des huissiers,*1999, 773.

FAVOREU L. et LOÏC Ph., - *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, 7e éd., Paris, Dalloz-Sirey, 1993

FERRAND F. - « Le nouveau titre exécutoire européen », *Dr. et patr.*, 2004, no 130, p. 70.

FERRAND F. - « La déjudiciarisation : les expériences étrangères entre incitations externes et politique juridique interne » Olivera BOSKOVIC (de) (dir.), *La déjudiciarisation*, Mare et Martin, 2012. 39

FERREND F. - « Titre exécutoire européen », *Rép proc. civ.*, janv. 2006 (mise à jour mars 2012).

FLECHEUX G. - « Le droit d'être entendu » in *Mélanges BELLET P.*, Litec 1991, 149.

FLOUR J. - « Sur une notion nouvelle de l'authenticité », *Défrénois*, 1972. I. n° 30159.

FRICERO N. -

- Le droit au juge devant les juridictions civiles, in J. RIDEAU (dir.), *Le droit au juge dans l'Union européenne*, LGDJ, 1998 pp. 11-21, spéc. p. 12

- « Le droit européen à l'exécution des jugements » : *Rev. huissiers,* 2001, p. 6-10.

GABORIAU S.

- « Déjudiciarisation et administration de la justice. Promouvoir la « juridiversité » », *LPA*, 14 juin 2012, n° 119, p. 3.

- « Déjudiciarisation et administration de la justice », in Olivera BOSKOVIC (de) (dir.), *La déjudiciarisation*, Mare et Martin, 2012 p. 139

GARAPON A. – « Vers une nouvelle économie politique de la justice ? Réaction au rapport remis au garde des Sceaux par J.-M COULON sur la réforme de la procédure civile », *D.,* 1997, chr. n° 69, spéc. p. 71-72

GAUTHIER M.-Ch. - « Les titres exécutoires délivrés par l'Etat », *Procédures*, févr. et mars 1998.

GAUTHIER P-Y - « L'homologation de la transaction la purge-t-elle du vice de violence ? », *RTD Civ*., 2011, p. 559.

GAUTIER P.-Y. et PASQUALINI F. – « Action paulienne », *Rep. civ. Dalloz*, n° 38.

GERBA N. - « Premières vues sur le décret du 1er octobre 2010 », Gaz. Pal., 10-12 oct. 2001, p. 17-20.

GHESTIN J. - « La fraude paulienne », in *Mélanges MARTY G.,* 1978, p. 568

GIUDICELLI-DELAGE G. - « Droit de la défense », in CADIET L. (dir.), *Dictionnaire de la justice,* PUF 2004, p. 369.

GORCHS-GELZER B. - « Regard critique sur l'ordonnance n° 2011-1540 transposant la directive médiation », *Dr. et proc*. 2012, n° 1, *chron*. p. 1-5.

GRIMALDI M. et REYNIS B. - « L'acte authentique électronique », *Défrénois* 2003, art. 37798, p. 1023 et s.
GUEVEL D. - « L'atomisation du droit cambiaire » in *Mélanges SIMLER Ph.*, Litec-Dalloz 2006, n° 46.

GUEYE B. et NOUROU TALL S. – « Commentaire du Traité OHADA », in *OHADA Traité et actes uniformes commentés et annotés*, 3ème éd., Juriscope, 2008.

GUILLEMAIN A. –

- « Réflexions sur la qualification de l'homologation judiciaire », *Gaz. Pal*. 22 mai 2012, n° 143, p. 12 et s.

- « Procès équitable », *Rép. Proc. civ*. mars 2013 (mise à jour janv. 2014), n° 20

- « Un bon exemple de la France d'en haut contre la France d'en bas. Le projet de suppression de l'effet suspensif de l'appel », *LPA,* 5 juin 2002. 4.

- « L'influence de la convention européenne des droits de l'homme et de la jurisprudence de la cour européenne des droits de l'homme sur la procédure civile », *Gaz. Pal.* 27-31 août 1999, p. 2.

- « Pour une exécution provisoire à visage humain et le droit de libre critique des choses de la justice », *LPA,* 28 oct. 2002. 7.

- « Procès équitable », *Rép. Proc. civ.* (mise à jour : mars 2013) », *D.,* n° 201.

- « Un bon exemple de la France d'en haut contre la France d'en bas. Le projet de suppression de l'effet suspensif de l'appel », *LPA,* 5 juin 2002.

- « Pour une exécution provisoire à visage humain et le droit de libre critique des choses de la justice », *LPA,* 28 oct. 2002. 7.

- « L'ambition d'une justice civile rénovée. Commentaire du décret n° 98-1231 du 28 décembre 1998 et de quelques aspect de loi n° 98-1163 du 18 décembre 1998 », *Dalloz*, 1999. Chron. 65, n° 18.

HÉBRAUD P. -

- « Commentaire de la loi du 9 février 1949 », *D.*, 1949, Législation, p. 29.

- « Notion et rôle du temps en droit civil », in *Mélanges KAYSER P.*, PU Aix-Marseille, 1979, t. 2, p.

HÉRAIL J. - « Office public ou ministériel », *Rép. Dr. civ*. janvier 2010 (dernière mise à jour : octobre 2013), n° 23.

HÉRON (J.), « Le temps et la procédure. Le traitement de l'urgence et l'exécution immédiate », *Rev. trim. des Barreaux* 1997, no 47/48, p. 124.

HERZOG P. E. - « Tendances actuelles concernant les méthodes alternatives de résolution des controverses (A.D.R.) aux Etats-Unis », *RGDP,* 1999, pp. 787-788.

HOONAKKER P. –

- « L'exécution immédiate ou de l'incohérence à la cohérence du droit à l'exécution », in Mélanges Julien P., 2003, Edilaix, p. 209.

- « La prescription de l'exécution, forcée depuis la loi n° 2008-561 du 17 juin 2008 », *Dr. et proc.*, janv-févr. 2009, 15.

- « La prescription de l'exécution, forcée depuis la loi n° 2008-561 du 17 juin 2008 », *Dr. et proc,* janv-févr. 2009, 15, n° 7 et s.

- « Le RSA bancaire ou la mise à disposition automatique d'une somme à caractère alimentaire sur un compte saisi », *D.,* 2010. 1890.

HUET A. - « Effets en France des jugements étrangers subordonnés à leur régularité internationale . – Efficacité substantielle et autorité de chose jugée », *JurisClasseur Procédure civile,* Fasc. 124-6, n°1 et s.

HUGON Ch. - « Le contrôle par la Cour européenne des droits de l'homme du retrait des pourvois du rôle de la Cour de cassation », *D.*, 2001, chron. p. 3369.

HUGON Ch. et MENUT B. - « Les enjeux européens du recouvrement des créances », *Dr. et proc,* 2005. 69

ISSA-SAYEG J. – « Présentation des dispositions sur les procédures simplifiées de recouvrement et les voies d'exécution », *Ohadata D-06-08*, p. 19.

JARROSSON C. - « Les concessions réciproques dans la transaction », *D.,* 1997, chron. 267.

JEULAND E. –

- « Le titre exécutoire européen : un château en Espagne ? », *Gaz. Pal*. 2005, doct., p. 15.

- « Principes procéduraux, médiation et procédure participative », *Gaz. Pal*. 24 mai 2014, n° 144, p. 19.

JORROSSON C. - « Le principe de la contradiction s'applique-t-il à la médiation ? » *RGDP,* 1999, p. 764 sq., spéc. p. 765 et 766

JULIEN P. - et TAORMINA G. - « Voies d'exécution », *D.,* 2005, 1603.

KOERING-JOULAIN R. - « La notion européenne de tribunal indépendant et impartial », *RSC,* 1990, p. 765 et s.

KUNT, « De la prévention des difficultés, du mandat ad hoc et de la procédure de conciliation », LPA, n° spéc., 8 févr. 2006, n° 28, p. 5 et s. ;

LAGARDE X. - « Droit processuel et modes alternatifs de règlement des litiges », *Rev. arb*. 2001, p. 423.

LASSERRE-KIESOW V. – « La vérité en droit civil », *D.*, 2010. 907.

LATINA M. - « Le notaire et la sécurité juridique », *JCP N.,* 2010, n° 22 et s.

LAUVERGNAT L. -

- « Le décret n° 2009-1694 du 30 décembre 2009 relatif à la mise à disposition automatique d'une somme à caractère alimentaire sur un compte saisi : les faux-semblants d'une clarification attendue », *Dr. et proc,* 2010. 76.

- « Le solde bancaire insaisissable : mythe ou réalité », *JCP,* 2010. 1161.

- « L'annulation de la saisie-attribution pratiquée en période suspecte », *Rev. huiss.,* 2007. 254.

- « Brèves remarques sur le déclenchement d'office du solde bancaire insaisissable », *Rev. huiss.,* 2009. 188.

LE BARS T. et VILLACÈQUE J. – « La charrue avant les boeufs : le projet de suppression de l'effet suspensif de l'appel en matière civile », *D.*, 2002 chron. 1987 et 1989.

LE CANNU P. - « Le principe de contradiction et la protection des dirigeants », *Bull. Joly.,* 1996. 11, n° 20.

LE TOURNEAU Ph. - « Les obligations professionnelles », in *Mélanges BOYER L.*, Presses de l'Université des sciences sociales de Toulouse, 1996, p. 365, spéc. n° 18

LEBLANC Ph., « Les aspects politiques de la formule exécutoire », *Procédures,* n°11/déc.2010, p. 17.

LEBORGNE A. - « Droit de l'exécution, janvier 2008 - décembre 2008 », *D.,* 2009.1168.

LEBOULANGER Ph. - « La reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales dans le système OHADA », *Penant,* n° 833, pp. 166-169.

LEDOUX J.-L. - « Acte notarié-Authenticité-Force exécutoire », in *La force exécutoire de l'acte notarié*, Rapport de la journée d'études du 12 mai 1990, Licence notariat, Faculté de Droit, Université Catholique de Louvain, p. 11.

LEDOUX J.-L. et BROECKX K. - « La force exécutoire de l'acte notarié » in *Le notaire, votre partenaire, aujourd'hui et demain*, Journées notariales 1992, Louvain-la-Neuve, Académia-Bruylant, 1992, p. 167 et s.

LEROYER A.-M. - « Prescription. Loi n°2008-561 du 17 juin 2008 portant réforme de la prescription en matière civile », *RTD civ*., 2008, p.563.

LESAGE M. - L'Adage « Nul n'a le droit de se faire justice à soi-même », in *Rapport des journées de l'association Henri Capitant des amis de la culture française, RIDC,* 1967 Volume 19, N° 4, pp. 938-942 spéc. p. 941

MACORIG-VÉNIER et CCAVIGLIOLI, « Le point sur la conciliation », *Rev. proc. coll. 2008/2*, p. 78 et s.

MAGENDIE J.-C. -

- « L'exécution immédiate des décisions de justice : l'injuste critique d'une réforme nécessaire », *D.*, 2002. 2411.

- « L'exécution immédiate des décisions de justice : l'injuste critique d'une réforme nécessaire », *D.*, 2002. 2411.

MALAURIE Ph. - « La réforme de la prescription civile », *JCP,* 2009. I. 134.

MARCHADIER F. – « L'attribution de la force exécutoire à la transaction extrajudiciaire après le décret du 20 janvier 2012 », *Gaz. Pal.* 8 déc. 2012, n° 343, p. 15 et s.

MARTIN R. - « Les détournements de la procédure judiciaire », *RTD civ.*, 2007,p. 723.

MAYER P. - « Réflexion sur l'autorité négative de chose jugée » in *Mélanges HÉRON J.*, LGDJ 2009, p. 331.

MAYER P. – « Réflexions sur l'autorité négative de chose jugée », in *Mélanges HÉRON J.*, 2008, L.G.D.J, p. 331 s.

MAZEAUD D. -

- « L'arrêt Canal « moins » ? », *D.* 2010, 2481

- « Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ? » in Mélange TERRE, Dalloz, 1999, n° 9, p. 611

- « De la distinction des jugements déclaratifs et des jugements constitutifs de droit », *RTD civ.*, 1929. 17.

MAZEAUD V. - Droit réel, propriété et créance dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *RTD civ.*, 2014, p. 29.

MEKKI M. –

- « *Hardship* et révision des contrats », *JCP, 2010,* n° 1219 1257.

- « Retour vers le futur de l'acte authentique ! » : *JCP G.,* 2013, act. 1064, p. 1877, n° 539, p. 114.

MÉNARD C. - « Imprévision et contrats de longue durée », in *Études GHESTIN J.,* LGDJ, 2001, p. 661.

MERON, « Human Rights Law-making in the United Nations, A critique of instruments and processes », 1986, Oxford, *Clarendon Press*, p. 93.

MINIATO L. –

- « Le principe du contradictoire » : nouveau principe directeur du procès ? » *D.*, 2005. 2537.

MOLFESSIS N. - « La protection constitutionnelle » *in Justices et double degré de juridiction, Revue Générale de Droit Processuel,* n° 4 juillet-décembre 1996, p. 17 et s.

MOREAU A. - « Notariat, Révolution : codification » in BADINTER R. (dir.), *Une autre justice. Contributions à l'histoire de la justice sous la révolution française*, Paris, Fayard, 1989, p. 392.

MOTULSKY H. -

- « Le droit naturel dans la pratique jurisprudentielle : le respect des droits de la défense en procédure civile » in *Mélanges ROUBIER P.*, t. 2, p. 175
- « Prolégomène pour un futur Code de procédure civile : la consécration des principes directeurs du procès civil par le décret du 9 septembre 1971 », *D.*, 1972, chron. p. 91, spéc. n° 6, p. 92-93.
- « Prolégomènes pour un futur code de procédure civile : la consécration des principes directeurs du procès civil par le décret du 9 septembre 1971 *»,* *D.*, 1972, 91
- Le droit naturel dans la pratique jurisprudentiel : le respect des droits de la défense en matière civile, in *Ecrits*, Dalloz, p. 60.

MOURALIS J.-L. - « Preuve (1° modes de preuve) », *Rép. Dr. civ*. janvier 2011 (dernière mise à jour : mars 2013), n° 27.

MOURY J. - « De la règle de l'effet suspensif de l'appel en matière civile », in *Mélanges NORMAND J*. éd. Litec 2003, pp. 353-363.

NGONDO S. - « Commentaire de l'article 7, &1 de la ChADHP » in KAMTO M. (dir.), *La Charte africaine des droits de l'homme et des peuples et le protocole y relatif portant création de la Cour africaine des droits de l'homme. Commentaire article par article*, Bruylant, 2011, p. 183.

NOREAU P. et KASIRER N. - « À propos des sources et instruments de justice en droit privé » in KASIRER N. et P. NOREAU (dir.), *Sources et instruments de justice en droit privé*, Thémis, Montréal Thémis Québec, 2002, p. XIII.

NORMAND J. -

- « La compétence du juge de l'exécution ; question d'actualité », *Rev. huissiers*, 1996. 2. et spéc. p. 6
- « Le titre exécutoire européen », *Dr. et proc,* 2002. 331 et s.
- « Le titre exécutoire européen », *Dr. et proc*., 2002, p. 332.
- « Le rapprochement des procédures civiles à l'intérieur de l'Union européenne et le respect des droits de la défense », in *Mélanges PERROT R.*, 1996, 337.

NOURISSAT C. –

- « Titre exécutoire européen », *Procédures,*2004, nº 106.

- « Le règlement CE n° 805/ 2004 du Parlement européen et du Conseil du 21 avril 2004 portant création d'un titre exécutoire européen pour les créances incontestées », *Procédures,* août-septembre 2005. 6.

OKAMTO M. - « Commentaire de l'article 61 » in KAMTO M. (dir.), *La Charte africaine des droits de l'homme et des peuples et le protocole y relatif portant création de la Cour africaine des droits de l'homme. Commentaire article par article*, Bruylant, 2011.

OLIVIER M. -

- « La conciliation et la médiation judiciaire en matière civile (aspects anciens et actuels) », *Gaz. Pal.*, 1996, p. 1257-1261.

- « La conciliation et la médiation judiciaires en matière civile, aspects anciens et actuels », *Gaz. Pal*., 1996, p. 2, p. 1264

ONDOUA A. - « Commentaire de l'article 3 de la ChADHP » in KAMTO M. (dir.), *La Charte africaine des droits de l'homme et des peuples et le protocole y relatif portant création de la Cour africaine des droits de l'homme. Commentaire article par article*, Bruylant, 2011. p. 134

PAILLER P. - « Une transaction inexécutée n'a pas autorité de la chose jugée », *D.*, 2012. 2577.

PARODI C. - « L'esprit général et les innovations du nouveau code de procédure civile », *Défrénois* 1976, art. 3115, p. 673-694 et art. 31120, p. 737-779.

PECHSTEIN M. - La constitutionnalisation du droit au juge en Allemagne, in J. RIDEAU (dir.), *Le droit au juge dans l'Union européenne*, LGDJ, 1998, p. 50

PERROT R. -

- « Juge de l'exécution : compétence sur les incidents relatifs aux actes notariés », *RTD civ*., 2009, p.1.

- « Juge de l'exécution. Compétence d'attribution: difficultés relatives aux titres exécutoires », *RTD civ.*, 1995. p.691.

- « L'huissier de justice et la chasse aux trésors (loi du 11 février 2004) », *Procédures*, 2004, chron. 4, p. 1.

- « Présentation générale de la réforme », *J-CL. Pr. civ. fasc*. 2010, 1993, n° 13.

- « Procédure de paiement direct des pensions alimentaires : la nécessité d'une décision de justice ayant fixé la pension », *RTD civ.*, 2002 p. 567.

- « Créance constatée dans un acte notarié- Prescription décennale », *Procédures,* n° 7, juill. 2003, comm. 165.

PICOD, Le droit au juge en droit communautaire, in J. RIDEAU (dir.), *Le droit au juge dans l'Union européenne*, LGDJ, 1998, p. 141

PIEDELIEVRE S. et GUERCHOUN F. - « Saisie immobilière », *Rép. dr. imm.*, déc. 2013, n° 96.

PLUYETTE G. - « Principes et applications récentes des décrets des 22 juillet et 13 décembre 1996 sur la conciliation et la médiation judiciaires », *Rev. arb.*, 1997, p. 505.

POLLET D. - « Principe de contradiction et médiation », *Gaz. Pal.*, 2-3 juin 1999, p. 3.

POUMAREDE J., « La conciliation, la mal aimée des juges », *Les Cahiers de la justice*, n° 1, 2013

PRADEL J. -

- « D'une loi avortée à un projet nouveau sur l'injonction pénale », *D.*, 1995, chron. p. 171- 173
- « Due process of law, in D. ALLAND et S. RIALS (dir.), Dictionnaire de la culture juridique », PUF- Lamy, 1re éd., 2003, p. 556.

RENOUX Th. S. -

- « Le droit au recours juridictionnel », *JCP G.*, 1993, I, étude 3675, n° 1, p. 212.
- « La constitutionnalisation du droit au juge » in J. RIDEAU (dir.), *Le droit au juge dans l'Union européenne*, LGDJ, 1998

RENOUX Th. S. et SENATORE A. - « Droit au juge », in Dictionnaire des droits de l'homme, ANDRIANTSIMBAZOVINA J., GAUDIN H., MARGUENAUD J.-P. RIALS S. et SUDRE F. (dir.) , 1ère éd., PUF, 2008, Paris, p. 245.

RIDEAU J. - « Le droit au juge : conquête et instrument de l'Etat de droit » in J. RIDEAU (dir.), *Le droit au juge dans l'Union européenne*, LGDJ, 1998, p. 3.

ROMANI A-M. - « L'opposition du tireur au paiement du chèque », *D.*,1985, chron. p. 35

ROUHETTE G. - « L'influence en France de la science allemande du procès civil et du code de procédure civile allemand », in *Das Deutsche zivilprozessrecht und seine ausstrahlung auf andere rechtsordnungen, Gieseking-Verlag*, Bielefeld, 1991, p. 159-199.

ROUSSEAU D. - « Le Conseil constitutionnel, assemblée de légistes », *Rev. sc. Admin. De Méditerranée occidentale*, 1986-87, n° 16-17, p. 4 à 10, spéc. p. 8.

ROUZET G. - « Précis de déontologie notariale », Bordeaux, Presses universitaires de Bordeaux, 1991, p. 13.

RUDULIER N. Le- « La définition du droit de propriété est constitutionnelle », *AJDI,* 2011, 885.

SAINT-ALARY-HOUIN C. - « La procédure de conciliation », *Rev. proc. coll. 2006/2*, p. 169.

SALATI O. - « Nouvelle article 3-1 de la loi du 9 juillet 1991, la prescription des titres exécutoires de l'article 3, 1° à 3°, est décennale », *Procédures*, 2008. Alerte 45.

SALEM OULD BOUBOUTT Ah., « Commentaire de l'article 14 », in KAMTO M. (dir.), *La Charte africaine des droits de l'homme et des peuples et le protocole y relatif portant création de la Cour africaine des droits de l'homme. Commentaire article par article*, Bruylant, 2011.

SANDER E. - « Aux sources de l'opposabilité des servitudes conventionnelles publiées antérieurement au 1er janvier 1900 dans les registres hypothécaires », *Rev. dr. local*, oct. 2002. 14-15.

SAWADOGO F.M. - « Commentaires sous l'art. 75 de l'AUPCAP » in *OHADA Traité et actes uniformes commentés et annotés*, 3e éd., Juriscope, 2008, p. 955.

SENECHAL, J.-P. - « L'Acte notarié : une quasi-sûreté, » *Défrenois,* 1993.

SÉRIAUX A. - « Réflexion sur les délais de grâce », *RTD civ.,* 1993, p.789.

SOYER J.-CL. et SALVIA M. de - « Commentaire de l'article 6 de la Conv. EDH », in, *La Convention européenne des droits de l'homme. Commentaire article par article,* Paris, Economica, 1999, p. 265

STORCK M. - « L'exception de nullité », *D.*, 1987, chron. p. 67 et s.

STRICKLER Y. - « L'exécution des jugements et le double degré en matière civile » *in Justices et double degré de juridiction, Revue Générale de Droit Processuel, n° 4 juillet-décembre* 1996, p. 127.

STRICKLER Y. et FOULON M. - « Accords exécutoires et force exécutoire en France », *Gaz. Pal*. 2013, p. 8 et s.

SUDRE F. –

- « La protection du droit de propriété par la Cour européenne des droits de l'homme », *D.* 1988, chron. p.71.

- « Commentaire sous article 2 de la ChADHP » in in KAMTO M. (dir.), *La Charte africaine des droits de l'homme et des peuples et le protocole y relatif portant création de la Cour africaine des droits de l'homme. Commentaire article par article*, Bruylant, 2011. p. 118 et s. spéc. 126.

- « Droit de la Convention européenne des droits de l'homme », *JCP,* 1996. I. 3910, n° 38.

SANDER E., « Publicité foncière, Généralités, Sources du droit positif » , *Juris. Classeur Alsace-Moselle*, Fasc. 411, 2, 2003.

TAUGOURDEAU J.-P. - « Le recouvrement des créances étrangères à l'impôt et aux domaines », *RF fin. Publ*. 1984, n° spécial.

THÉRY Ph. -

- « L'incidence d'une procédure collective sur les procédures civiles d'exécution », *Rev. huiss.,* 2002. 140 et s.

- « La déjudiciarisation des procédures d'exécution », *LPA*, 6 janvier 1993, n° 3, p. 12.

THIBIERGE-GUELFUCI C. - « Libre propos sur la transformation du droit des contrats », *RTD Civ.,* 1997, p. 357, n° 5.

THULLIER B. - « La conciliation après l'ordonnance du 12 mars 2014 : jamais pareille mais toujours plus proche des procédures collectives », *Bull. Joly. Entreprises en difficultés,* mai-juin2014, 174 et s.

VAREILLES-SOMMIERES P. (de) - « Jugements étrangers », *Rép. Proc. civ*. Dalloz (en ligne), septembre 2006 (mise à jour janv. 2013), n° 277.

VEGLERIS Ph. - « Le principe d'égalité dans la Déclaration universelle et la Convention européenne des droits de l'homme » in *Miscillenae W. J. Ganshof Van Der Meersch*, tome 1, Bruylant-LGDJ, 1972, p. 565.

VICH-Y-LLADO D. - « L'exception de nullité », *Defrénois* 2000, art. 37256.

VINCELLES A. de - « Pour une généralisation, encadrée, de l'abus dans la fixation du prix », *D.*, 2006, chron. 2629, n° 1 et s.

VITU A. - « La récusation en matière pénale », in *Mélanges VINCENT J.*, Paris, Dalloz 1981, p. 427.

WEBER V. - « Comprendre un arrêt de la Cour de cassation rendu en matière civile », *Bull. inf. C. Cass*., 15 mai 2009.

WESTER-OUISSE V. - « La caducité en matière contractuelle ; une notion à reinventer », *JCP G*, 2001. I. 290.

WIEDERKEHR -

- « Le rôle de la volonté dans les actes judiciaires », in *Mélanges RIEG A.*, 2000, Bruylant, p. 883.

WIEDERKEHR G. - « Droit de la défense et procédure civile », *D*., 1978, chron. 36.

ZENATI F. -

- « Du droit de disposer et des privatisations », *RTD civ*., 1990, p. 519.

- « Pour une rénovation de la théorie de la propriété », *RTD civ*., 1993. p.305.

IV) NOTES, COMMENTAIRES, OBSERVATIONS, CONCLUSIONS

AGOSTINI E.
- Note sous Civ. 1re,18 févr. 1971 : ***D***., 1972. 53.

ATIAS Ch.
- Obs. sous Civ. 3e, 18 févr. 1998, *Defrénois,*1998, art.36828.

AUBERT J.-L.
- Obs. sous Civ. 3e ,13 févr. 1970, *Defrénois,*1986, no 14, p.385.
- Obs. sous Civ. 1re , 17 oct. 1979, *Defrénois,*1980, no 45, p. 906.
- Note sous Civ. 3e, 7 juin 1990, *Defrénois,*1991,art. 34987.
- Obs. sous Civ. 1re, 19 mai 1999, *Défrénois,*1999, n° 23, p. 1339.

AYNES L.
- Note sous Ass. plén., 1re déc. 1995, *D.,* 1996. 13.
- Obs. sous cass. com. 17 juin 1997, *Defrénois,*1997, p.1424.

BAILLEUL D.
- Note sous CE, 7 avr. 2011, *Assoc. SOS Racisme, AJDA,* 2011, p.1438.

BAKARY D. - Note sous CCJA, arrêt, n° 016 du 29 avril 2004, Scierie d'Agnibilekrou c/H.S, *Penant*, n° 851, avril. Juin 2005.p. 242.

- Note sous *CCJA*, Arrêt n° 28 du 15 juillet 2004, Dame MONDAGOU Jacqueline c/Société commerciale de Banque Crédit Lyonnais Cameroun dite SCB-CL, *Penant,* n° 853, p. 525.

BENABENT A.
- Obs. sous Civ. 1re, 12 déc. 2006, *RDC,* 2007.p.759.

BERNAUD V., GAY L. ET SEVERINO C.
- Obs. sous Cons. const., 9 nov. 2006, *D.*, 2007. 1166.

BRENNER C.
- Note sous Cass., avis, 8 févr. 1999 : *D.,* 1999. 287.

BONNEAU Th.
- Obs. sous Macron cass. com. 17 juin 1997 : Dr. sociétés, octobre 1997, 221

BONNET A.
- CE 24 juill. 2009, *Sté Leuchtturm, Dr. fisc.,* 2009, no 49, comm. 568.

BOURDILLAT J.-J.
- Obs. sous Cass., avis, 20 oct. 2000, *Dr. et proc.,* 2001,122.

BOUTONNET M.
- Note sous Nancy, 26 sept. 2007, *D.,* 2008. 1120.

BURGELIN J.-F.
- Note sous Civ. 2e, 5 févr. 1992, *D*., 1992. 442.

BURGORGUE-LARSEN L.
- Obs. sous CEDH 16 déc. 2003, *Palau-Martinez c/ France,* aff. nº 64927/01, *D.,* 2004. 1058.
- Chron. sous CEDH , gr. ch., 7 juill. 2011, *Stummer c/ Autriche,* aff. nº 37452/02, *AJDA,* 2012, p.143.
- Chron. sous CEDH , gr. ch., 7 févr. 2013, *Fabris c/ France,* aff. nº 16574/08, *AJDA,* 2013, p.1794.

BURGUBURU D.
- Chron. sous CE , ord., 13 juin 2007, req. nº 306252, *Soppelsa, RJF.,* 2007, nº 1152.

BUY F.
- Obs. sous Civ. 1re, 7 mars 2006, *JCP N,* 2006, nº 24, p.1217.

CABRILLAC M. et TEYSSIÉ B.
- Obs. sous Civ. 1re,31 janv. 1984, *RTD com*., 1984, p.493.

CACHARD O.
- Note sous Nancy, 26 sept. 2007, *RLDC.,* 2008/5, nº 2969.

CADIET L.
- Obs. sous Cass., avis, 20 oct. 2000, *JCP,* 2001. I. 311.

CAILLE C.
- Obs. sous Civ.1er, 18 mars 2003, *Dr. et proc.,*2003, p.315.

CARON Ch.
- Note sous Civ. 3e, 20 mars 2002, *D*., 2002. 2075.

CARTOU
- Obs. sous : CJCE 15 oct. 1987, Heylens aff. 222/86, Rec. 1987, p. 4097,*D*., 1986. IR 454.

CASTETS-RENARD C.
- Chron. sous Cons. const. 27 juill. 2006, n° 2006-540 DC, *Loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information*, cons. 15, *D*. 2006. 2157.

CHABAS F.
- Obs. sous Civ. 1re,17 oct. 1979, *RTD civ*. 1980. 766.

CLAY T.

- Obs. sous Civ. 2e, 26 mai 2011, *JCP G*, 2011.I.n° 50.1397.

COLLIN P.
- Concl. sous CE 1er juill. 2009 req. nº 298913, *Kerroux, BDCF 2009, nº 120. (à vérifier)*

CORNU G.
- Obs. sous Civ. 3e, 29 juin 1976, *RTD civ*., 1977, p.340.

COUSSIRAT-COUSTÈRE V.
- Obs sous CEDH 28 nov. 1984, *Rasmussen c/ Danemark*, aff. nº 8777/79 § 37,*AFDI 1985. 403.*

COURTIAL J.
- Concl. sous CE, sect., 25 avr. 2001, req. nº 213460, *Sté Parfival, Dr. fisc., 2001,n° 29,comm. 711.*

CROZE H.
- Note sous Cass., avis, 20 oct. 2000, *Procédures,* 2001, n° 34.

CROZE H. et MOREL C. - Obs. sous Civ. 2e, 14 avr. 1988, Gaz. Pal. 1988. Somm. 491.

DAIGRE J.-J.
- Note sous Cass., avis, 8 févr. 1999, *Rev. huiss.* 1999. 301.

DAGOT M.
- Note sous Civ. 1re, 16 juill. 1985, JCP,1986. II. 20595.

DAHAN G.
- Note sous TGI Quimper, JEX, 3 févr. 1994, Rev. Huis., p. 703.

DECAUD E. et TAVERNIER P.
- Obs. sous : CEDH 23 juin 1993, *Hoffmann c/ Autriche, JDI,1994. 778.*

DELEBECQUE Ph.
- Obs. sous Ass. plén., 1re déc. 1995,*Defrénois,*1996. 747.

DIENER P.
- Note sous Civ. 1re, 31 janv. 1984, *D*., 1985. 40.

DEUMIER P.
- Obs. sous Civ. 1re, 7 mars 2006, *RTD civ*., 2006, p.521.

DUGRIP O.
- Note sous CE, 29 juin 1991, *D*., 1991. 65.

DUPICHOT J. et PIEDELIEVRE S.
- Note sous Cons. const. 16 janv. 1982, *Gaz. Pal.,* 1982. 1. Pan.67.

ESCAULT N.

- Concl. sous CE 24 juill. 2009, req. n° 304672, *Sté Leuchtturm, RJF 2009, n° 930,BDCF 2009, n° 126.*

FABRE-MAGNAN M.
- Obs. sous Com., 22 oct. 1996, aff. Chronopost, *JCP,* 1997. I. 4002.

FAGE B. et MESTRE.J
- Obs. sous Civ. 1re, 3 mai 2000, *RTD civ.,* 2000,p.566.
- Obs. sous Com., 24 sept. 2003, *RTD civ.,* 2004, p.86.
- Obs. sous Com., 12 mai 2004, *RTD civ.,* 2004, p.500.
- Obs. sous Civ. 1re, 16 mars 2004, *JCP,* 2004. I. 173.
- Obs. sous Civ. 1re, 16 mars 2004, *RTD civ*., 2004,p. 290.
- Obs. sous Civ.1re, 7 mars 2006, *RTD civ*., 2007, p.103.

FAGE B.
- Obs. sous Nancy, 26 sept. 2007, *RTD civ.,* 2008, p. 295.

FLAUSS J.-F.
- Chron. sous CEDH 28 mai 2009, *Bigaeva c/ Grèce*, aff. n° 26713/05 , *AJDA,* 2009, p.1936.
- Chron. sous CEDH 21 févr. 1997, *Van Raalte c/ Pays-Bas*, aff. n° 20060/92, *AJDA,*1998, p.37.
- Chron. sous CEDH 5 juin 2008, *Sampanis et a. c/ Grèce,* aff. n° 32526/05, *AJDA,* 2008, p.1929.

FONTBRESSIN P. de
- Note sous Ass. plén., 1re déc. 1995 : *Gaz. Pal. 1995. 1. 626.*

FOSSEREAU prénom ????
- Note sous Ass. plén., 1re déc. 1995, *BICC,* 15 janv. 1996, p. 10.

FOUQUET O.
- Note sous CE , ord., 13 juin 2007, req. n° 306252, *Soppelsa, Dr. fisc., 2007,*n° 40, comm. 897.

FRICERO N.
- Note sous Civ. 2e, 26 mai 2011, *D*., 2012. 245.
- Note sous CEDH, 19 mars 1997, req. n° 18357/91, Hornsby c/ Grèce, *D*., 1998. 74.
- Obs. sous CEDH, 28 juill. 1999, req. n° 22774/93 Immobiliare Saffi c/Italie, *D*., 2000.186.
- Obs. sous CEDH, 28 oct. 1999, Brumarescu c/ Roumanie affaire *numéro* 28342/95 : *D*., 2000.187.

GAÏA P.
- Obs. sous Cons. const., 19 janv. 1995, *D*. 1997. 137.

GALLMEISTER I.
- Obs. sous CEDH , gr. ch., 7 févr. 2013, *Fabris c/ France,* aff. n° 16574/08, *D.,* 2013. 434.

GAUTIER P.-Y.
- Obs. sous Civ. 1re, 7 mars 2006, *RTD civ.,* 2006, p.580.
- Obs. sous - Civ. 2e, 26 mai 2011, *RTD civ.,* 2011, p.559.

GAVOTY et EDWARDS
- Note sous Civ. 1re, 16 mars 2004, *LPA*, 28 juin 2004, p. 18.

GELOT B.
- Obs. sous Civ. 1re, 7 mars 2006, *Defrénois,* 2006, art. 38397

GUEDJ A.
- Note sous Civ. 2e, 25 nov. 1999, *JCP,* 2000. II. 10338.

GHESTIN.J
- Note sous Civ. 1re, 17 oct. 1979, *JCP*, 1981. II. 19627.
- Obs. sous Civ. 1re, 27 avril 1991, *JCP G*, 1996. II. 22665.
- Obs. sous Civ.1re , 13 janv. 1993, *JCP,* 1993. I. 3660, no 4.
- Note sous Civ.1re , 13 janv. 1993, *JCP,*1993.II. 22027.
- Note sous Ass. plén., 1re déc. 1995, *JCP,* 1996. II. 22565.
- Obs. sous Civ. 3e, 16 mars 2011,*JCP,* 2011,n° 11, p 566.

GIBOULOT
- Note sous Civ. 6 mars 1876, *De Gallifet c/ Cne de Pelissanne (affaire du Canal de Craponne), DP.1876. 1. 193,* S. 1876. 1. 161.

GOUPILLE R. ET GUICHARD M.
- Note sous CE, 1er juill. 2009 req. no 298913, *Kerroux , Dr. fisc.* 2009. no 43.comm. 514.

GOUTTENOIRE
- Obs. sous CEDH, 21 févr. 1975, Golder c/ Royaume-Uni, GACEDH, 2011, PUF, no 25.

GRANET-LAMBRECHTS F. - Obs. sous CEDH, 7 janv. 2014, Cusan et Fazo c/ Italie, aff. n° 77/07, *D*. 2014. 1171.

GRAVELEAU P.
- Note sous CE, 18 juin 2008, *Gaz. Pal.* 9 déc. 2008. 19.

GRIMALDI M.
- Obs. sous Civ. 1re, 4 janv. 1995, *D.,* 1995. 328.

GROSLIERE J.-C.
- Note sous Civ. 2e, 19 févr. 1986, - 6 mai 1987, *D*., 1987. 358.

GUINCHARD S.
- Note sous Civ. 2e, 16 nov. 1983, *Gaz. Pal*., 1984. 1. Pan. 72.

GUINCHARD S. et MOUSSA T. - Obs. sous Civ. 2e, 14 nov. 1985, *Gaz. Pal*., 1986. 2. Somm. 330.

HAMON L. Note sous Cons. const., 16 janv. 1982, *D*., 1983. 169.

HAUSER J.
- Obs. sous Civ. 1re, 6 avr. 1994, *RTD civ*., 1994, p. 563.

- Obs. sous Civ. 1re, 18 oct. 1994, *RTD civ*., 1995, p. 337.

JAMIN C.
- Note sous Civ. 1re, 3 mai 2000, *JCP,* 2001. II. 10510.
- Note sous Civ. 3e, 17 janv. 2007, *JCP,* 2007. II. 10042.

JEOL M.
- Concl. sous Ass. plén., 1re déc. 1995, *D.,*1996. 13.

JORION B.
- Note sous Cons. const., 19 janv. 1995, *AJDA,*1995, p.455.

JULIEN P.
- Obs. sous 9 févr. 1990, *D.,* 1990. 341.
- Obs. sous CA Paris, 9 juin 1992, *D*., 1993.282.

KOERING-JOULIN R.
- Obs. sous CEDH, 23 juin 1993, *Hoffmann c/ Autriche,* aff. no 12875/87, *RSC.* 1994. 362.

LABETOULLE D.
- Concl. sous CE, 5 nov. 1982, *AJDA,*1983, p.259.

LAMBERT- FAIVRE Y.
- Note sous Civ. 1er , 21 nov. 1967, *D*., 1968. 317.

LAMOUREUX M.
- Note sous Nancy, 26 sept. 2007, JCP*,* 2008. II. 10091.

LATOURNERIE M.-A.
- Concl. sous CE, 27 juill. 1984, *Dr. fisc.,* 1986, comm. 745.

LAUVERGNAT L.
- Obs. sous Civ. 1re, 22 mars 2012, *Procédures,* 2012. Focus 45.

LEBEL C.
- Note sous Cons. const., 20 janv. 2012, n° 2011-212 QPC, *JCP N,* 2012. n° 1315.

LEGEAIS D.
- Obs. sous Com., 17 juin 1997, *JCP E,* 1997.II.1007.

LEGRAND
- Note sous Com., 3 oct. 2006, *Bull. Joly*., 2007, p. 237.

LEON
- Note sous CE, 18 juin 2008*, Dr. et Proc.*, 2009, 335.

LEROY-GISSINGER L. et SOMMER J.-M.
- Comm. sous Civ. 2e, 26 mai 2011, *D*. 2011. 2153.

LEVENEUR L. –
Obs. sous Civ. 1re, 27 févr. 1996, *Contrats, conc, consomm.*, 1996, comm. n° 94.

LEVINET
- Obs. sous CEDH,28 mai 2009, *Bigaeva c/ Grèce*, aff. nº 26713/05, *RD publ.* 2010. 874.

LEVILAIN N.
- Obs. sous Civ.1re, 28 mars 2012, *AJ fam,*2012, p. 281.

LONG
- Concl. CE, 11 mai 1956, Sté française des transports Gondrand, *AJDA*, 1956. II. 247.

LOUSSOUARN Y.
- Obs. sous Civ.1re,18 févr. 1971, *RTD civ.*, 1971. p.841.

LUCHAIRE F.
- Note sous : Cons. constit., 4 juill. 1989, *D.*, 1990. 209.

LUKASZEWICZ
- Note sous CE, 2 juill. 1982, *AJDA* 1982. 657

MAGNON X. -
- Chron. sous Cons. const., 27 juill. 2006, n° 2006-540 DC, *Loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information*, cons. 15, D. 2006. 2157.

MALLAURIE Ph.
- Note sous Civ. 1re, 27 avril 1991, *D.*,1996.518.

MALLET-BRICOUT B. - Obs. sous : Civ. 3e, 20 mars 2002, Bull. civ. III, n° 71 ; somm. p. 2057

MALLET-BRICOUT B. et REBOUL-PAUPIN N.
- Obs. sous Civ. 1re, 28 mars 2012, *D.*, 2012. 945.

MATHIEU B.
- Note sous Cons. const., 29 déc. 1999, n° 99-425, L. fin. rect. 1999, cons. 23, *RFDA*,2000, p.289.

MARMOZ F.
- Note sous Civ. 1re, 7 mars 2006, *D.* 2006. 2894.

MARTIN-SERF A.
- Obs. sous Cons. const., 20 janv. 2012, n° 2011-212 QPC, *RTD com.*, 2012. p.198.

MASSIP J.
- Civ. 2e, 6 mai 1987, D. 1987. 358

MAYNIAL M.

- Concl. Cass. avis., 13 mars 2009 : BICC 1re juin 2009, p.6, R. Gabet, concl. Maynial. (référence ?)

MAZEAUD D.
- Obs. sous Civ. 1re, 3 mai 2000, *Defrénois*, 2000, p. 1110

- Note sous com. 29 juin 2010, D. 2010, 2481
- Note sous Cass. civ. 1re, 16 mars 2004, D. 2004.1754
- Obs. sous Com., 17 juin 1997, *Defrénois*, 1998, p.1040.
- Obs. sous Civ., 6 janv. 1998, *Defrénois*, 1998, p.741.
- Note sous Com., 29 juin 2010, *D.*, 2010, p.2481.

MESTRE J.
- Obs sous Civ., 17 janv. 1984, *RTD civ*., 1985,p. 367.
- Obs sous Saint-Denis de la Réunion, 6 oct. 1989, *RTD civ*.,1990, p.647.
- Obs sous Civ. 3 juill., 1990, *RTD civ*.,1991,p.316.
- Obs sous Civ. 1re, 27 avril 1991, *RTD civ*.,1992, p.81.
- Obs sous Civ. 1re, 27 avril 1991, *RTD civ*., 1997,p.114.
- Obs. sous Com., 3 nov. 1992, *RTD civ.,* 1993,p.124.
- Obs. sous Civ. 1re, 27 juin 1995, RTD civ., 1996, p.384.
- Obs. sous Ass. plén., 1re déc. 1995, *RTD civ.,* 1996,p.153.
- Obs. sous Civ. 1re, 27 févr. 1996, *RTD civ.,* 1997, p.119.
- Obs. sous Com., 14 mai 1996, *RTD civ.,* 1997,p.943.
- Obs. sous Com., 22 oct. 1996, aff. Chronopost, *RTD civ.,*1997,p. 418.
- Obs. sous Com., 3 mai 1997, *RTD civ*.,1998, p.101.
- Obs. sous Com., 17 juin 1997, *RTD civ.,* 1998,p.100.
- Obs. sous Civ. 1re ,25 nov. 1997, RTD civ., 1998, p.367.
- Obs. sous Civ. 1re, 7 avril 1998, RTD civ., 1999.84.

MIGNON prénom ? E. ?
- Concl. CE,16 févr. 2001, req. nº 217890, *Carrasco, BDCF 2001, nº 71.*

MIARA S.
- Obs. sous CE, 18 juin 2008,JCP. *2008*. Actu. 469.

MOLFESSIS N.
- Obs. sous Civ. 1re, 25 nov. 1997, *RTD* civ., 1998,p.210.

MOUTON S.
- Note sous Cons. const., 10 juin 2010, n° 2010-607 DC, Loi relative à l'entrepreneur individuel à responsabilité limité, cons. 7-10, D. 2010. 2553.

NGUYEN QUOC VINH N. et FRANCK C.
- Note sous Cons. const., 16 janv. 1982, *JCP,*1982. II. 19788.

PICOT. Y
- Obs. sous Com., 24 nov. 1998,*JCP G,*1999.II.10210.

PIEDELIEVRE S.
- Obs. sous Civ. 1re, 27 juin 1995, D., 1995, 621.

PILLEBOUT J.-F.
- Note sous Civ.1re, 18 juin 1996,*JCP N,*1997. II. 392.

PELLOUX R.
- Obs. sous CEDH, 27 oct. 1975, Synd. nat. de la police belge c/ Belgique, aff. n° 4464/70, *AFDI,* 1976. 121.

PÉRINET-MARQUET H.
- Obs. sous Civ. 1re, 4 janv. 1995, *JCP,*1996, I.3921, no 1.
- Obs. sous Civ. 3e, 18 févr. 1998, *JCP,*1999, I, 120, n° 2.
- Obs. sous Cons. const., 29 juill. 1998, *JCP,*1998, I. 171, n° 2.
- Obs. sous Civ. 1re, 28 nov. 2006, *JCP G,* 2007, I. 117, n° 7.

PERROT R.
- Obs. sous Cass. ord., 9 févr. 1990, *RTD civ.,* 1990,p.563.
- Obs. sous Cass. avis, 16 juin 1995, *R.T.D civ.,* 1995, p.691.
- Obs. sous Cass. avis, 14 févr. 1997, *R.T.D civ.,* 1997, p.518.
- Note sous Civ. 3e, 1re juill. 1998, *Procédures*, 1998, comm. 240.
- Obs. sous Civ. 2e, 7 mars 2002, *R.T.D civ.,* 2002, p.364.
- Obs. sous Civ. 2e , 7 mars 2002, *R.T.D civ*., 2002, p.567.
- Obs. sous Civ. 2e , 7 mars 2002, *JCP,* 2002,IV. 1664.
- Obs. sous Civ., 22 févr. 2007, *Procédures,2007,*comm. 165.
- Note sous Civ. 2e, 22 févr. 2007, Procédures, 2007, comm. 165.
- Note sous Civ. 2e, 5 mars 2009, *Procédures,* 2009, comm. 191.

PLANIOL
- Note sous Civ., 25 oct. 1905, DP 1906. 1. 337.

PLANQUE J.-C.
- Note sous Civ., 3e, 20 mars 2002, *JCP N*, 2002, p.1648.

PLOUVIN J.-Y.
- Note sous Cass., ord., 24 janv. 1990, *D.,* 1990. 322.

PRÉVAULT J.
- Note sous Jex Lyon, 14 juin 1994, *D.*, 1995. 207.

PUTMAN E.
- Note sous Saint-Denis de la Réunion, 6 oct. 1989, *JCP*, 1990. II. 21504
- Note sous Civ. 2e, 21 oct. 2010, *Dr. et proc*. 2011. 19.

REVET Th.
- Obs. sous Civ. 3e, 20 mars 2002, *RTD civ*., 2002, p. 333.

ROLLAND P. et TAVERNIER P.

- Obs. sousCEDH, 28 nov. 1984, *Rasmussen c/ Danemark*, aff. nº 8777/79 § 37, JDI, 1986, 1074.

REGIS
- Obs. *sous* Cons. const., 20 janv. 2012, n° 2011-212 QPC, *AJ fam,* 2012.

TATU P.
- Concl. sous Civ., 19 mai 1998, *D*., 1998. 405.

ROUSSEL-GALLE Ph.
- Obs. sous CEDH, gr. Ch., 4 déc. 2008, *S*. et *Marper c/ Royaume-Uni, aff.* n° 30562/04, & 66, *AJ Pénal* 2009. 81.
- Obs. sous Cons. const., 2 déc. 2011, n° 2011-203 QPC, *AJ pénal* 2012. 332.
- Note sous Cons. const., 20 janv. 2012, n° 2011-212 QPC, *Rev. sociétés* 2012, p.192.

RUSQUEC E. (du)
- Obs sous Civ. 2e, 12 févr. 2004, *Gaz. Pal*. 13-15 mars 2005, p. 17.

SALATI O.
- Note sous Civ. 2e, 26 mai 2011, *Dr. et Proc,* 2011, p.215.

SALATI O. et TOMMASONE F.
- Note sous Civ. 1re, 22 mars 2012, *Dr. et proc*. 2012, p.154.

SAVATIER J.
- Note sous Soc., 29 nov. 1990, *Dr. soc*. 1991, p. 99.

SCHOETTL J.-E.
- Note sous Cons. const., 29 déc. 1999, n° 99-425, Loi de finances rectificative pour 1999, cons. 23, *AJDA,* 2000,p. 43.

SCHRAMECK O.
- Obs. sous Décision n° 96-373 DC du 9 avril 1996, loi organique portant statut d'autonomie de la Polynésie française, *AJDA,* 1996, p.371.

SCHRICKE C.
- Concl. CE , plén., 8 janv. 1982, *Dr. fisc.,*1982, comm. 1400.

SERINET Y.
- Obs. sous Civ. 1re, 12 déc. 2006, *RDC,* 2007,p. 434.

SERIAUX A.
- Note sous Com., 22 oct. 1996, *D*., 1997.121.

SEUBE J.-B.

- Obs. sous Civ. 3e, 16 mars 2011, *Defrénois,*2011, art.40113.

SUDRE F.
- Chron. sous CEDH, 21 févr. 1997, *Van Raalte c/ Pays-Bas*, aff. nº 20060/92 § 42 : *A, JCP,*1998. I. 107.
- Obs. sous CEDH, 28 oct. 1999, Brumarescu c/ Roumanie, *JCP,*2000. I. 203, nº 10.
- Obs. sous CEDH, 28 mars 2000, req. 41209/98, Georgiadis c/ Grêce,*JCP,* 2001. I. 291.
- Chron. sous CEDH, 30 sept. 2003, *Koua Poirrez c/ France, aff.* n° 40892/98, & 38 ,*JCP,* 2004.
- Chron. sous CEDH, gr. Ch., 4 déc. 2008, *S.* et *Marper c/ Royaume-Uni, aff.* n° 30562/04, & 66, *JCP* 2009. *I.* 104.I. 107.
- Chron. sous CEDH, 28 mai 2009, *Bigaeva c/ Grèce*, aff. nº 26713/05 § 40, *JCP,*2009. I. 143.
- Obs. sous : CEDH, 17 déc. 2009, *B c/ France*, *aff.* n° 5335/06 & 68 et 69,*JCP* ,2010. *act.* 62.
- Chron. sous CEDH, 11 déc. 2012, *Sampanis c/ Grèce,* aff. nº 59608/09 § 103, *RD publ. 2012. 731.*

SURREL H.
- Obs. sous CEDH, 11 juin 2002, Willis c/ Royaume-Uni, *aff.* n° 65731/01 & 51 et 61, *RD publ.*,2007, p.872.

THARAUD D.
- Note sous CEDH , gr. ch., 7 juill. 2011, *Stummer c/ Autriche,* aff. nº 37452/02 § 98, *RDSS,* 2012, p. 684.

TEILLA G.
- Obs. sous Civ. 1re , 25 nov. 1997, *AJDI,* 1999. 44.

THÉRY Ph.
- Note sous Civ. 2e, 19 févr. 1986, *D.*, 1987. 441.

VIRASSAMY G.
- Note sous Com., 3 nov. 1992,*JCP G,* 1993, II, 22164.

VALORY S.
- Note sous Civ. 1re, 12 déc. 2006, *RJPF,* 2007.4/37.

VAUVILLÉ F.
- Note sous Cons. const., 20 janv. 2012, n° 2011-212 QPC, *Defrénois,*2012,p.815.

VERPILLÈRE C. (de la)
- Concl. CE, 29 juin 1991, *Rev. Fr. dr. adm.* 1990, 543.

ZENATI F.
- Obs. sous Civ.1re, 4 janv. 1995, *RTD civ.,* 1996,p.932.

WAQUET
- Note sous Req. 6 avril. 1903, S. 1904. 1. 505.

V) JURISPRUDENCES

I. JURISPRUDENCE AFRICAINE

A. JURISPRUDENCE OHADA

1. TGI

- TGI Ouagadougou, jugement n° 031 du 29 janvier 2003, KAFANDO KASSOUM c/ OUEDRAOGO RASMANE, ohada.com/Ohadata J-04-333

2. CCJA

- CCJA, N °02/2001 du 11 oct. 2001, époux Karnib c/SGBCI, Rec. CCJA, n° spécial, janv. 2003, p. 37, Ohadata J-02-06
- CCJA, N° 12/2003, 19 juin 2003 SEHICc/SGBC, Rec. n° 1, janv. juin 2003, p.13 Juriscope.org, Ohada.com/ Ohadata J-04-104 ;
- CCJA, N° 013/2003 Socom SARL c/SGBC et BEAC, Rec. n° 1, janv. juin 2003, p. 20, Juriscope.org., Ohada.com/ Ohadata J-04-105.
- **CCJA, N° 014/2003, 19 juin 2003, Socom SARL c/ SGBC, Rec. n° 1, janv. juin 2003, p. 20, Juriscope.org., Ohada.com/ Ohadata J-04-106.**
- CCJA, N° 002/2003, 30 janv. 2003, Aff. Sté Delmas Vieljeux Côte d'Ivoire c/ Civexim, *Rec. OHADA* N° 1, janv.-juin 2003, p. 36, Ohada.com/Ohadata J-03-110
- CCJA, N° 008/2002, 21 mars 2002, Aff. Sté Palmafrique c/ Etienne Konan Bally Kouakou, Juriscope.org
- CCJA, N° 012/2002, 18 avr. 2002, Aff. Sté Elf Oil Côte d'Ivoire c/ Sté Cotracom, Juriscope.org, Ohada.com/Ohadata J-02-65
- CCJA, N° 015/2004, 29 mars 2004, Aff. Sté Energie du Mali c. J.K, Ohada.com/Ohadata J-04-300

- *CCJA*, N° 25 du 15 juillet 2004, Dame MONDAGOU Jacqueline c/Société commerciale de Banque Crédit Lyonnais Cameroun dite SCB-CL, Ohada.com */ohadata J-05-168*

- CCJA, N° 2 du 9 mars 2006, Monsieur L.E., Société Camerounaise de Transformation dite SOCATRAF c/ Caisse Commune d'Epargne dite CCEI- Bank SA – ohada. Com/Ohadata J-07-09

- CCJA, Arrêt N° 004/2012, 02 févr. 2012, *aff. Société Ivoirienne de travaux (SONITRA) SA C/ EDJA BINDE et autres*, *ohadata* J-14-86

B. JURIPRUDENCE DE LA COMMISSION AFRICAINE DES DROITS DE L'HOMME

- Commission africaine, *Legal ressources Foundation c. Zambie* : *amendement constitutionnel* de 1996, Communication 211/98

- Commission africaine, Purohit et Moore c. Gambie, *aff. Lunatics Detention*, mai 2003, Communication241/01.

- Commission africaine, 8e, *Affaire Civil Liberties Organisation c/ Nigéria*, Communication n° 101/93, rapport annuel d'activité de la ComADHP 1994-1995, p. 28

- Commission africaine, 8e, *Affaire Constitutional Rights Project c/ Nigéria*, Communication n° 60/9, rapport annuel d'activité de la ComADHP 1994-1995, p. 18

- Commission africaine, Mouvement Burkinabé des droits de l'homme et des peuples c. Burkina Faso, 2001, & 40, Communication 207/97.

II. JURISPRUDENCE FRANCAISE

A. JURISPRUDENCE JUDICIAIRE

1. TGI

Paris, 1ère Ch. sect. 1, 28 juin 1995, *Davenas c.*

2. Cour d'appel

Riom, 10 févr. 1845, DP 1845. 2. 190.
Paris 5 févr. 1993, Juris-Data n° 1993-020828.
Paris 8 déc. 1993, *RTD com.*, 1994 p. 324.
Paris, 14e C, 20 sept. 1996, *Steve c. Assoc. La Grande loge de France, Juris-data n° 022397.*
Douai, 23 déc. 1993, et 7 avr. 1994, Gaz. Pal. 1994.2
Grenoble 18 nov. 1996, Juris-Data n° 1996-049771.
Rouen 24 nov. 1999, Juris-Data n° 1999-110191.
Paris, 1re ch. A, 31 janv. 2000, JurisData n° 2003-01814.
Saint-Denis de la Réunion, ch. Civ., 2 juin 2006.
Aix- en Provence, 4ème ch., 9 janv. 2007, n° rôle 05/05321.
Nancy 2e ch. com. 30 mai 2007, n° rôle 04/00990.
Riom, ch. com.,16 janv. 2008, n° rôle : 06/0660.
Colmar, 13 mars 2008, n° rôle : 04/03358.
Douai, 1ère ch., 26 avril 2010, n° rôle 08/07934.
Douai, 1ère ch. 03 mai 2010, n° rôle : 09/00689.
Angers, 1ère ch. A., 1 juin 2010, n° rôle : 09/01000.
Nancy, Première ch. civ., 21 octobre 2010, n° rôle 05/02882.
Nîmes, 1ère ch. civ. 10 janv. 2012, n° rôle : 10/05753.
Paris, Pôle 4, chambre 1,11 avril 2013, n° 11/06910, JurisData n° 2013-007317.
Douai, 1ère ch. Sect. 1, 10 juin 2013, n° rôle 12/05311.

3. Cour de Cassation

Cass. 30 janv. 1844, *D.* 1857.II.173
Cass, 8 juin 1887, *S.*87.1.381.

Cass. req., 31 janv. 1883, *S*. 1884.1.321.
Cass. req., 6 août 1890, *DP* 1891, 1, p. 195

Cass. , ord., 26 juill. 1994, *Bull. civ. ord.*, n° 22.
Cass. , ord., 13 nov. 2008, Bull. civ. ord., n° 6.

Ch. réunies, 23 juin 1966, *Bull. ch. réunies*, n° 3.

Civ.,30 janv. 1900, *DP* 1900. 1. 166.
Civ., 29 juill. 1903, *DP* 1904. 1. 196.
Civ., 25 juill. 1932, *S.* 1933. 1. 8
Civ., 23 juill. 1934, *Gaz. Pal. 1934. 2*, *jur. p*. 523.
Civ., 14 déc. 2004, *Bull*. I, n° 308.
`
Civ. 1re, 17 juill. 1967, n° 65-13.809.
Civ. 1re, 15 oct. 1980, *Bull. civ*. I, n° 257.
Civ. 1re, 27 janv. 1988, n° 95-15.297.
Civ. 1re, 19 mars 1991, *n° 89-19.960*.
Civ. 1re, 3 févr. 1993, n° 91-12.714, Bull. civ. I, n° 57.
Civ. 1re, 30 juin 1993, *Bull civ. I*, n° 238.
Civ. 1re, 9 mai 1996, *Bull. civ. I*, n° 1995.
Civ. 1re, 3 mai 2000: *Bull. civ. I, n° 130.*
Civ. 1re , 7 mai 2002, *n° 99-17.374*.
Civ. 1re , 11 févr. 2003, *JCP G* 2003, IV, 1618
Civ. 1re , 1er juill. 2003, *n° 02-13.590.*
Civ. 1re, 22 nov. 2005 : *Bull. civ*. 2005, I, n° 438.
Civ. 1re ,16 mai 2006, n° 03-16.653.
Civ. 1re, 21 nov. 2006, Bull. I, n° 496
Civ. 1re, 3 avr. 2007, n° 06-12.831, FS-P+B
Civ. 1re, 15 mai 2007, F-P+B, *JCP N* 2007, n ° 24, 450
Civ. 1re, 11 févr. 2010, n° 08-18.087.
Civ. 1re, 14 avril 2010, n° 09-11.218, Bull. civ. I, n° 97.

Civ. 2e, 10 févr. 1977, *Bull. civ. II*, n° 32.
Civ. 2e, 16 avr. 1986, *JCP,*1986. IV. 169.
Civ. 2e, 6 juin 1996, *n° 94-20.293*.
Civ. 2e, 9 nov. 1997 : *Bull. civ. II*, 1997, n° 227
Civ. 2e, 25 mars 1998 : *Bull. civ. II*, 1998, n° 102
Civ. 2e, 25 mars 1998, *Bull. civ. II*, n° 107.
Civ. 2e, 17 juin 1998, *Bull. civ. II*, n° 199.
Civ. 2e, 10 nov. 1998, *Bull. civ. II*, n° 269.
Civ. 2e, 18 févr.1999, *n° 96-21.045*
Civ. 2e, 11 mars 1999, *n° 96-21.331*.
Civ. 2e, 1er juill. 1999, *Bull. civ. II*, n° 130.
Civ. 2e, 5 avr. 2001 : Bull. civ. 2001, II, n° 75
Civ. 2e, 28 juin 2001, *Dr. et procéd.* 2001, p. 400.
Civ. 2e, 9 juin 2005, n° 04-13.182
Civ. 2e, 25 mars 2010, n° 09-12-127.
Civ. 2e, 24 juin 2010, n° 09-67.887.
Civ. 2e, 26 mai 2011, n° 06-19.527; *D*. 2011. 1494. (FS-P+B)

Civ. 3e, 22 nov. 1968, *Bull. civ. III*, no 484.
Civ. 3e, 9 avr. 1970, *D*. 1970. 726.
Civ. 3e, 3 mai 1973, *Bull. civ. III*, no 306.
Civ. 3e, 6 avr. 1976, *D*. 1976, IR 189.
Civ. 3e, 12 juillet 1979, *Bull. civ*. III, n° 313
Civ. 3e 10 oct. 2001, *n° 99-18.852*.
Civ. 3e, 28 mai 2002, *no 00-22.513*.
Civ. 3e, 24 sept. 2003, *no 02-11.057*.
Civ. 3e, 30 nov. 2011, n° 10-30.612.
Civ. 3e, 8 sept. 2011, , D. 2011. 2199.

Com., 7 août 1951, *Bull. civ. IV*, n° 280.
Com. 16 juill. 1980, *Bull. civ. IV*, no 298
Com. 12 janv. 1988, *Bull. civ. IV*, no 20.
Com. 3 mai 1990, *n° 88-15.535*.
Com. 24 févr. 1998, *JCP 1998*, I, 163, n° 6
Com., 20 nov. 2001, *Bull. civ. IV*, n° 183.
Com. 2 mai 2007, *Dr. fisc.* 2007, no 27, comm. 713*; RJF,* 2007, no 975.
Com. 13 mars 2012, n° 11-10289.
Com. 27 nov. 2012, D. 2012. 2900.

Soc. 22 oct. 1959, *Bull. civ*. V, n° 1037.
Soc. 18 déc. 1975, *Bull*. civ. V, n° 621.
Soc. 11 mars 1982, n° 81-10241, Bull. civ. V, n° 169.
Soc., 27 janv. 2000 : Bull. civ. 2000, V, no 43
Soc. 25 sept. 2013, n° 12-17.968.

B. JURISPRUDENCE ADMINISTRATIVE

1. Tribunal administratif :

- TA Lille, 17 mars 2000, req. no 98-227, *Lefebvre: RJF 2000, no 1172.*
- TA Rouen, 18 juill. 1980: *Dr. fisc. 1980, comm. 2387.*

2. Cour administrative d'appel

CAA Paris, 28 mai 2002, req. no 0275, *Tarallo: Dr. fisc. 2003, no 13, comm. 265.*

3. Conseil d'État

- CE, Ass. 23 janv. 1970, Amoros*, Rec*. p. 51 ;

- CE, Ass., 20 juin 1975, *Nataf et Ferrari*, Rec. p. 381

- CE 21 déc. 1977, *RJF 1978. 103.*

- CE, 12 févr. 1986, Rousseau, Rec. p. 40

- CE 17 nov. 1986, *RJF 1987. 71; Dr. fisc. 1987.*

- CE, 20 déc. 2000, *Ouatah*, *Rec*. p. 643,

- CE, ord., 22 mars 2001, Meyet, *Rec*. p. 1130,.

- CE, 22 mai 2002, *Benamou: Dr. fisc. 2002, comm. 917; RJF 2002, n° 1021.*

- CE, 19 juin 2001, Mme Barège, *Rec*. p. 273.

C. Conseil constitutionnel

- Cons. const. 9 avr. 1996: *n° 96-375 DC, Loi portant diverses dispositions d'ordre économique et financier*

- Cons. const. 10 juin 2004: *n° 2004-496 DC, Loi pour la confiance dans l'économie numérique*

- Cons. const. 27 sept. 2013, n° 2013-343 QPC, *Époux L. [Détermination du taux d'intérêt majorant les sommes indûment perçues à l'occasion d'un changement d'exploitant agricole*

- Cons. const., 13 janv. 2012 : n° 2011-208 QPC, *Consorts B. [Confiscation de marchandises saisies en douane]*

- **Cons. const. 29 juillet 1998, n° 98-403 DC, *Loi d'orientation relative à la lutte contre les exclusions***
- Cons. const. 29 juill. 1998, n° 98-403 DC, *Taxe d'inhabitation*

- Cons. const. 23 juill. 1999, n° 99-416 DC, *Couverture maladie universelle*

- Cons. const. 9 nov. 1999: *n° 99-419 DC, Pacte civil de solidarité*

- Cons. const. 21 déc. 1999: *n° 99-422 DC. , Loi de financement de la sécurité sociale pour 2000*

- Cons. const., 13 mars 2003, *n° 2003-467 DC*, *Loi pour la sécurité intérieure*

- Cons. const. 2 mars 2004: *n° 2004-492 DC.* Loi portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité

- Cons. const., 8 déc. 2005, n° 2005-527, n° 2005-527 DC, *Loi relative au traitement de la récidive des infractions pénales.*

- Cons. const. 16 mars 2006: *n° 2006-533 DC. Loi relative à l'égalité salariale entre les femmes et les hommes*

- Cons. const. 3 mars 2007: *n° 2007-553 DC. Loi relative à la prévention de la délinquance*

- Cons. const. 21 févr. 2008: *n° 2008-562 DC. Loi relative à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental*

- Cons. const. 25 févr. 2010: *n° 2010-604 DC. Loi renforçant la lutte contre les violences de groupes et la protection des personnes chargées d'une mission de service public*

- Cons. const. 22 mars 2012: *n° 2012-652 DC., Loi relative à la protection de l'identité*

- Cons. const. 30 mars 2012, *Omar S.: n° 2012-227 QPC, M. Omar S. [Conditions de contestation par le procureur de la République de l'acquisition de la nationalité par mariage*

- Cons. const., 13 mars 2014 : n° 2014-690 *DC. Loi relative à la consommation*

- Cons. const., n° 93-325 DC du 13 août 1993, Maîtrise de l'immigration clandestine

- Cons. const., n° 93-335 DC du 21 janvier 1994, *Urbanisme et construction*

D. Tribunal des conflits :

- T. confl. 19 nov. 2001, Mlle Mohamed

- T confl. 17 juin 2013, M. B. c/ Sté ERDF Annecy

III- JURISPRUDENCE EUROPÉENNE

A. COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME

- CEDH, 17 janv. 1970, aff. *Delcourt c/ Belgique* A n° 11, & 26

- CEDH, 23 juill. 1968, *Affaire «relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique»: aff. n° 1474/62.*

- CEDH, 8 juin 1976, *Engel*, *Série A,*n° 22.

- CEDH, 7 décembre 1976, *Kjeldsen, Busk Madsen et Perdesen,Série A,*n°23.

- CEDH, 6 septembre 1978, *Klass et autres,Série A*,n° 28.

- CEDH, 26 avril 1979, Sunday Times, *Série A,*n° 30.

- CEDH, 13 juin 1979, *Marckx c/ Belgique, Série A*, n° 31.

- CEDH, 9 octobre 1979, *Airey c. Irlande*

- CEDH 24 oct. 1979, *Winter Werp c/ Pays-Bas*, *Série A*, n° 33.

- CEDH, 23 oct. 1981, *Dudgeon c/ Royaume-Uni*, *Série A*, n° 45.

- CEDH, 28 novembre 1984, *Rasmussen*, *Série A,* n° 87.

- CEDH, 28 mai 1985, *Aschingdame c/ Royaume-Uni*, *Série A*, n° 93.

- CEDH, 28 mai 1985, *Abdulaziz, Cabales et Balkandali c/ Royaume-Uni: aff. n° 9214/80.*

- CEDH, 26 juin 1986*, Van Marle et autres c. Pays-Bas*, *Série A*, n° 101.

- CEDH, 23 septembre 1982, *Sporrong et Lönnroth c. Suède*,

- CEDH, 21 févr. 1986, *James, Jurisp. C. eur. Dr. de l'homme*, 7e éd., p. 196.

- CEDH, 8 juillet 1986, *Lithgow et autres c. Royaume-Uni,* S*érie A*, n° 102.

- CEDH, 26 mars 1987, *Leander*

- CEDH, 9 avril 1987, *Broeks c/ Pays-Bas*,.

- CEDH, 30 nov. 1987, *H.C. / Belgique, Série A*, n° 127.

- CEDH, 29 févr. 1988, *Bouamar c/ Belgique: aff. n° 9106/80.*

- CEDH, 24 mai 1988, *Müller et autres*, *Série A,* n° 133.

- CEDH, 21 juin 1988, *Berrehab*, *Série A,* n° 138.

- CEDH, 26 oct. 1988, *Norris*, *Série A,* n° 142.

- CEDH, déc. 3 avril 1989, *Ibrahim Gueye Etal. c/ France, R.U.D.H.*, p. 62

- CEDH,22 juin 1989, *Eriksson*, *Série A,* n° 156.

- CEDH, 22 mai 1990*, Autronic AG*, *Série A,* n° 178.

- CEDH, 9 novembre 1990, *Lindgren et al. c/ Suède*

- CEDH, 26 nov. 1991,*Observer et Guardian, Série A,* n° 216.

- CEDH, 31 mars 1992, Th. *Sprenger c/ Pays-bas*

- CEDH, 27 nov. 1992, arrêt *Olsson*, *Série A,* n° 250.

- CEDH, 16 déc. 1992, De Geouffre de la Pradelle c/ France ;

- CEDH, 4 déc. 1995 Bellet c/ France

- CEDH, 28 nov. 1993, *Poitrimol c/ France*, Série A, n° 277-A.

- CEDH, 9 décembre 1994, *Raffineries grecques Stran et Stratis Andreadis*, *Série A*, n° 301-B.

- CEDH, 23 févr. 1995, *Gasus Dosier und Födertechnik c. Pays-Bas, Série A*, n° 306-B.

- CEDH, 20 nov. 1995, *Pressos Compania Naviera SA et autres*, *Série A*, n° 332.

- CEDH,7 août 1996, *C. c/ Belgique: aff. nº 21794/93.*

- CEDH, 16 sept. 1996, Gaygusuz c/ Autriche : aff. n° 17371/90.

- CEDH, 28 octobre 1998, Aït-Mouhoub c/ France

- CEDH, 14 déc. 1999, *Kalfaoui c/ France, D.*, 2000.

- CEDH, 14 nov. 2000, *Annoni di Gussola et autres c/France,* Req. n°31819/96 et 33293/96.

- CEDH,10 mai 2001, *Mata Estevez c/ Espagne: aff. nº 56501/00.*

- CEDH, 26 nov. 2002, *Buchen c/ Rép. Tchèque*, aff. n° 36541/97.

- CEDH, 13 déc. 2005, *Timichev c/ Russie* : aff. n° 55762/00.

- CEDH, 27 juill. 2006, ***X… c/*** *France*, Requête n° 73695/01.

- CEDH, 14 novembre 2006, *ONG/France*, Req. n° 348/03.

- CEDH,10 mars 2011, *Kiyutin c/ Russie: aff. nº 2700/10.*

- CEDH,21 juin 2011, *Anatoliy and Vitaliy Ponomaryov c/ Bulgarie: aff. nº 5335/05.*

- CEDH, 9 juill. 2013, *Altinay c/ Turquie: aff. nº 37222/04.*

- CEDH, 23 janv. 2014, Montaya c/ France, aff. n° 62170/10, *JCP* adm., 2014, 113.

B. COUR DE JUSTICE DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES

- CJCE 15 mai 1986, *Marguerite Johnston*, aff. 222/84, Rec. CJCE 1651.

- CJCE 3 déc. 1992, *Borelli*, aff. C-97/91, Rec. CJCE I-6313.

- CJCE 22 sept. 1998, Belinda J. Coote, aff. C-185/97, Rec. CJCE I-5199

IV- JURISPRUDENCE INTERNATIONALES

A. COMITÉ DES DROITS DE L'HOMME DES NATIONS UNIES

- CDH, communication n° 298 et 299/ 1988, Lindgren et al. c/ Suède, déc. 9 novembre 1990, A/46/40, p. 64.
- CDH, *Broeks c/ Pays-Bas*, 9 avril 1987, 172/1984, 9 avril 1987

TABLES DES MATIERES

INTRODUCTION 2

Section I : L'objet de l'étude 4

Sous-section I : Délimitation du sujet 4

A - Champ d'étude spatial 4

B- Champ d'étude temporel 5

Sous-section II : Définition du sujet 5

A- Notion de force exécutoire 6

B- Les actes juridiques privés exécutoires 6

1- Les actes concernés 6

2- Des actes qualifiables d'actes juridiques privés 14

3- Des actes dotés de la force exécutoire 14

Section II : L'objet de la démonstration 14

Sous-section I : Les questionnements 14

A- Les questionnements liés aux fondements des actes juridiques privés 15

1- Les évolutions historiques de la création des divers actes privés exécutoires 15

2- Les interrogations 26

B- Les questionnements liés au régime juridique des actes juridiques privés 26

1- L'annulation a *postériori* de l'acte juridique privé exécutoire interprétée à la lumière du rôle de l'Etat dans l'exécution forcée 26

2- L'hypothèse d'un acte juridique établi dans des conditions inégalitaires interprétée à la lumière du rôle de l'Etat dans l'exécution forcée 27

C- Les questionnements liés aux procédures d'établissement des actes juridiques privés éligibles à l'acquisition de la force exécutoire 27

D- Les questionnements liés aux conditions de mise en œuvre des actes juridiques privés exécutoires 30

E- Les questionnements liés à la double attitude jurisprudentielle et législative 30

Sous-section II : L'intérêt de l'étude 31

A- L'intérêt théorique 31

B- L'intérêt pratique 34

C- Démarche 35

PREMIERE PARTIE : DES TITRES EXECUTOIRES IMPARFAITS 37

TITRE PREMIER : PANORAMA DU TITRE EXECUTOIRE 38

CHAPITRE PREMIER : Les attributs du titre exécutoire 39

SECTION I : LA NATURE DU TITRE EXECUTOIRE 39

Sous-section I : Les éléments constitutifs du titre exécutoire 40

A- La recherche de l'acte fondamental de chaque titre exécutoire 41
1- Le préalable nécessaire à l'acquisition de la force exécutoire 43
2- Les différents éléments concernés dans chaque catégorie 44
a- Les actes 44
b- Les décisions 48
B- Les critères d'appréciation de la pertinence d'un titre exécutoire 49
1- Le degré de vérité attachée à un acte fondamental 49
a- Le moment de l'apposition de la force exécutoire sur l'acte fondamental 49
b- L'analyse du recours admis contre chaque acte fondamental 50
2- Les autres éléments constitutifs du titre exécutoire 54
a- La force probante de l'acte fondamental 55
b- La force obligatoire de l'acte fondamental 57
b-1) La force obligatoire des jugements 57
b-2) La force obligatoire de l'acte juridique privé 62
b-3) La force obligatoire de l'acte administratif 63
c- Le caractère exécutoire de l'acte fondamental 64
c-1) Le caractère exécutoire des décisions de justice 64
c-2) Le caractère exécutoire des actes juridiques privés 65
c-3) Le caractère exécutoire des actes administratifs 65
d- La formule exécutoire 65
e- La notification de l'acte revêtu de la formule exécutoire 68
Sous-section II : Les avantages décisifs du titre exécutoire 69
A- Les voies d'exécution 69
1- Les mesures exécutoires 70
a- La saisie-attribution 70
b- La saisie-vente 74
2- Les mesures conservatoires 75
B- Le caractère contraignant de la mesure 77
SECTION II : LA VALEUR DU TITRE EXECUTOIRE 80
Sous-section I: La vérité légale attachée au titre exécutoire 80
A- l'intangibilité du titre exécutoire 80
B- La portée légale de l'intangibilité 81
Sous-section II : La vérité légale induite par la caution de l'Etat 83
A- Les obligations de l'Etat induites par la délivrance d'un titre exécutoire 83
1- Le droit au concours de la force publique 84
2- Le droit à l'information du créancier 86

B- La sanction du non-respect du droit à l'exécution du créancier 90
1- L'affirmation d'un droit à l'exécution 91
2- La dette de l'Etat en cas de non-respect du droit à l'exécution 93
Conclusion chapitre premier : 95
CHAPITRE II : 96
La création des titres exécutoires 96
SECTION I : Les titres créés en dehors de tout procès 98
Sous-section I : Les titres créés par un officier public et ministériel 98
A- L'acte notarié 98
B- L'acte d'huissier de justice 99
Sous-section II : Les titres créés par des agents de l'Etat et autorités assimilées 102
A- Les personnes investies du pouvoir de création des titres 102
B- La typologie des titres 103
SECTION II : Les titres créés par un juge 105
Sous-section I: Les titres délivrés après un contrôle juridictionnel 105
A- Les décisions nationales 105
1- Les décisions des juridictions de l'ordre judiciaire 105
2- Les décisions des juridictions de l'ordre administratif 107
B- Les décisions étrangères 108
1- Les décisions judiciaires 108
2- Les sentences arbitrales 115
Sous-section II: Les titres délivrés sans un contrôle juridictionnel 117
A- Les titres judiciaires constatant un accord 117
1- Les accords intervenus en présence d'un conciliateur ou d'un médiateur 117
2- Les accords intervenus suite à une transaction 118
B- Les titres constatant un accord extrajudiciaire 119
C- Le régime juridique des accords soumis à l'homologation du juge 120
Conclusion chapitre II : 122
Conclusion du titre premier : 122
TITRE II : LES PARTICULARITES DES ACTES JURIDIQUES PRIVÉS EXECUTOIRES ... 123
CHAPITRE PREMIER : 124
Les anomalies de l'acte juridique privé exécutoire 124
SECTION I : Les anomalies congénitales 124
Sous-section I : Les limites du contrôle préalable à l'apposition de la formule exécutoire 124
A- Le contrôle insuffisant des officiers publics 125
1- Le notaire 125

2- L'huissier de justice ou le greffier 129
B- L'office limité du juge dans l'attribution de la force exécutoire à l'accord des parties 129
Sous-section II : La possible remise en cause des constatations de l'acte juridique privé exécutoire 130
A- Les hypothèses de remise en cause 130
1- Les hypothèses d'annulation 131
2- L'inefficacité de l'acte pour caducité 131
3- La remise en cause de l'acte juridique privé pour fraude 132
B Une possible remise en cause injustifiable 133
1- Critique de la possibilité de remise en cause de l'acte juridique privé exécutoire .. 134
2- La possible remise en cause justifiée des actes administratifs et décisions exécutoires 134
SECTION II : Les anomalies incidentes 139
Sous-section I : L'absence de recours suspensif en cas de difficultés d'exécution 139
A- Le droit d'exécution du bénéficiaire du titre en cas d'inexécution … 139
B- … Malgré l'existence de moyens sérieux du débiteur 140
1- Les moyens liés à la contestation de l'acte 140
a- Les éventuels griefs du débiteur 140
b- L'existence de recours contre un acte juridique privé avant sa mise à exécution 143
c- L'inefficacité des recours du débiteur 143
2- L'exception d'inexécution 145
3- Le cas de l'imprévision 146
Sous-section II : La différence de régime avec les autres titres exécutoires 147
A- L'existence de recours suspensif d'exécution contre les actes exécutoires administratifs 147
B- L'existence de recours empêchant l'exécution des décisions de justices exécutoires 155
1- La suspension par les voies de recours ordinaires 156
2- Le sursis à exécution des décisions exécutoires provisoires par des recours spécifiques 160
Conclusion chapitre I : 164
CHAPITRE II : 164
La critique des fondements des actes juridiques prives exécutoires 164
SECTION I : Les fondements liés à l'acte 165
Sous-section I : Les qualités de l'officier instrumentaire 165
A- La qualité d'authentificateur 165
1- Le rattachement injustifié de la force exécutoire à l'office d'authentification 166

a- L'authentification extrajudiciaire 166
a-1) Les actes notariés 166
a-2) L'acte dressé par un huissier ou par un greffier en cas de chèque impayé .. 169
b- L'authentification judicaire 171
2- La qualification de service public de l'activité notariale sujette à caution..... 172
B- Les qualités intrinsèques..... 173
1- La déduction injustifiée de garanties des qualités intellectuelles de l'officier..... 174
a- Les garanties déduites du devoir d'information et de conseil 174
b- L'insuffisance des garanties déduites de la protection du devoir de conseil..... 178
2- La justification contestable du pouvoir du notaire par ces qualités morales..... 181
a- Obligation générale d'indépendance et d'impartialité..... 181
b- L'application du principe général d'indépendance et d'impartialité au notaire.. 184
b-1) L'exigence justifiée d'indépendance et d'impartialité du notaire..... 184
b-2) Les aspects du notariat présentés comme gage d'indépendance et/ou d'impartialité 188
b-3) Les limites des arguments tirés de la tarification imposée et du numérus clausus 189
Sous-section II : Le consensus exécutoire..... 197
A- Une analyse fondée sur une conception traditionnelle de la théorie des obligations . 197
1- La force exécutoire de l'acte privé fondée sur l'autonomie de la volonté 197
2- Un mécanisme injustifié au regard des limites de l'autonomie de la volonté..... 199
a- La réalité de l'inégalité des parties substituée à l'utopie de l'égalité postulée.... 199
b- Les différents déséquilibres contractuels 201
B- Une analyse dépassée par les récentes évolutions de la théorie générale des obligations 203
1- Les nombreux aménagements apportés à l'autonomie de la volonté..... 203
a- Les aménagements en droit commun des contrats 203
a-1) Les aménagements apportés par le devoir de loyauté des parties 204
a-2) Les aménagements apportés par le devoir de coopération et de renégociation 206
b) Les aménagements spécifiques aux contrats d'adhésion 210
c) Les aménagements en matière de surendettement des particuliers 211
2- Les contre-arguments tirés de l'émergence de nouveaux principes..... 211
SECTION II : Les fondements liés à l'économie..... 212
Sous-section I : La déjudiciarisation 212
A- Le concept 213
1- Quelques clarifications sur le concept de la déjudiciarisation 213

2- Le rôle de la déjudiciarisation dans l'attribution de la force exécutoire aux actes juridiques privés 215
3- Les réelles motivations de la politique de déjudiciarisation 218
a) Les causes internes 219
b) Les causes externes 219
b-1) Les causes internationales 219
b-2) Les causes européennes 221
B- La légitimité 222
1- Les incertitudes entourant la lenteur judiciaire décriée 222
2- La recherche de célérité appréciée à l'aune des exigences de bonne justice 227
Sous-section II : L'analyse économique du droit 228
A- Une analyse instrumentale du droit 228
B- Une analyse incompatible avec les principes de justice 232
Conclusion du chapitre II : 234
Conclusion du titre II 234
Conclusion de la première partie : 235
SECONDE PARTIE : DES TITRES EXECUTOIRES PERFECTIBLES 236
TITRE PREMIER : LES RAISONS DE LA PERFECTIBILITÉ 237

CHAPITRE PREMIER : La potentielle violation des droits fondamentaux procéduraux 238
SECTION I : LE DROIT AU RESPECT DU CONTRADICTOIRE 238
Sous-section I : Un droit fondamental implicitement reconnu 239
A- Un cantonnement injustifié du principe à la sphère décisionnelle 239
1- Précisions terminologiques 239
2- Un principe préexistant au droit positif 244
B- Un domaine d'application extensible par-delà de la sphère décisionnelle 247
1- Une application parcellaire du droit au respect principe du contradictoire 248
a- L'application du principe du contradictoire au droit au licenciement de l'employeur 249
a-1) L'obligation de convocation à un entretien préalable au licenciement 249
a-2) L'obligation de notification du licenciement 250
b- L'application du principe du contradictoire à la révocation ad nutum des dirigeants sociaux 250
c- L'application du principe du contradictoire à la radiation des membres d'un groupement 251
2- Une reconnaissance universelle du droit au respect du principe du contradictoire. 251
a- La recherche des prémisses d'une interprétation extensive 251

a-1) Le cas du licenciement 252
a-2) Le cas de la révocation ad nutum 252
b- L'interprétation extensive 254
b-1) La nature fondamentale 254
b-2) Le principe d'égalité devant la loi 255
b-3) Le raisonnement par analogie 256
Sous-section II : Un droit fondamental possiblement violé 257
A- Le droit de mise en œuvre de l'acte privé exécutoire …. 257
1- Les mesures conservatoires 257
2- Les mesures exécutoires 258
a- Les mesures sans vente 258
b- Les mesures avec vente 260
c- Les mesures mixtes 264
B- … Sans notification préalable au débiteur 266
Section II : Le droit à une procédure équitable 267
Sous-section I : Le droit à un recours juridictionnel effectif 268
A- Nature et contenu 269
1- En droit français 270
a- La consécration du caractère fondamental en droit européen 270
a-1 Le droit issu du Conseil de l'Europe 270
a-2 Le droit de l'Union européenne 273
b- La constitutionnalisation du droit à un recours juridictionnel effectif 274
2- En droit africain 277
a- Le cadre réglementaire de référence 277
b- Une consécration textuelle indirecte du droit à un recours juridictionnel effectif ? 278
c) Le droit à un recours juridictionnel effectif dans la doctrine de la ComADHP .. 281
B- La violation du droit au juge par le mécanisme d'attribution de la force exécutoire . 283
1- L'existence de droits lésés 283
2- L'ineffectivité du droit au recours juridictionnel du « débiteur désigné » 284
a- Des atteintes substantielles … 284
b- … disproportionnées 285
Sous-section II : Les garanties procédurales 286
A- Notion de garanties de procédure dans les procédures déjudiciarisées 286
1- Fondement de l'exigence de garanties de procédure dans les procédures déjudiciarisées 287

2- Le contenu des garanties de procédure dans les procédures déjudiciarisées..... 289
B- L'examen du degré d'exigence des garanties de procédure dans les procédures déjudiciarisées 291
1- Le principe du contradictoire et l'égalité des armes..... 291
a- L'applicabilité du principe aux procédures déjudiciarisées 291
b- L'absence quasi-totale d'une exigence légale du respect du principe dans les procédures déjudiciarisées..... 295
b-1- La procédure participative respectueuse du principe du contradictoire et de l'égalité des armes 295
b-2 L'absence d'exigence du respect du principe du contradictoire dans la procédure transactionnelle..... 297
b-3- La non-exigence du respect principe du contradictoire dans les autres procédures déjudiciarisées..... 298
2- Le principe d'impartialité et d'indépendance..... 304
Conclusion chapitre premier : 304
CHAPITRE II :..... 305
La potentielle violation de droits fondamentaux substantiels 305
Section I : Les droits fondamentaux patrimoniaux..... 305
Sous-section I : La protection constitutionnelle et internationale de la propriété 306
A- La propriété des biens patrimoniaux non discutée 306
1- La protection en droit français 306
a- En droit interne..... 306
a-1) La double reconnaissance du caractère fondamental du droit de propriété.. 306
a-2) La protection du droit de propriété induite de son caractère fondamental ... 308
b- En droit européen 314
b-1) Une protection textuelle étendue par la jurisprudence..... 314
b-2) Une protection modulée à la nature de l'atteinte 317
2- La protection en droit OHADA..... 319
B- La propriété des droits patrimoniaux en construction 320
1- Une reconnaissance nationale et internationale de la propriété des créances 320
2- La non-reconnaissance d'une propriété des droits réels en droit interne palliée par le droit issu de la Conv. EDH..... 323
3- La reconnaissance en droit africain d'une propriété des droits patrimoniaux ?..... 325
Sous-section II : Le constat de la violation du droit de propriété du « débiteur désigné ».. 326
A- La potentielle saisie des biens protégés du « débiteur désigné » 326
1- Les biens *stricto sensu* 326
2- La saisissabilité des droits de créances 326

a- Les biens incorporels, objets d'une saisie règlementée 327
a-1) Les créances d'une somme d'argent 327
a-2) Les droits d'associé et les valeurs mobilières 327
b- Les droits incorporels objets d'une saisie non règlementée 328
3- La saisissabilité des droits réels 328
a- La saisissabilité des droits réels accessoires immobiliers 329
b- La saisissabilité des droits réels accessoires mobiliers **Réservé**. 331
B- Des saisies constitutives d'une violation du droit de propriété du « débiteur désigné » 331
Section II : Les droits fondamentaux extrapatrimoniaux 332
Sous-section I : Le droit à la vie privé du « débiteur désigné » 333
A- Le droit d'accès aux données personnelles du « débiteur désigné » fondé sur l'acte privé exécutoire … 333
1- La notion de données à caractère personnel 333
2- La qualification 335
B- … constitutive d'une violation de sa vie privée 336
1- La protection des données à caractère personnel au titre de droit à la vie privée 336
2- Une ingérence injustifiée 338
Sous-section II : le droit fondamental à l'égalité d'éventuels créanciers du « débiteur désigné » 341
A- La reconnaissance supra-législative du principe d'égalité 342
1- Au plan international 342
a- La reconnaissance d'un droit à la non-discrimination 342
b- Les critères de traitement discriminatoire 346
2- En droit interne 349
a- La reconnaissance constitutionnelle du droit à l'égalité en droit français 349
b- Les critères de la discrimination posés par le Conseil constitutionnel 351
B- La rupture d'égalité avec d'éventuels autres créanciers 352
1- Une analogie de situation 352
2- L'existence d'un traitement différencié 353
3- La légitimité du but d'efficacité économique 354
4- L'absence d'un rapport de proportionnalité entre le traitement différencié constaté et le but d'efficacité économique 354
Conclusion chapitre II : 355
Conclusion titre premier : 356
TITRE II : LA PERFECTIBILITÉ DU REMEDE EXISTANT 357
CHAPITRE PREMIER : 357

Le remède de la dévaluation des actes juridiques privés exécutoires et ses limites 357
Sous-section I : Un affaiblissement légal de la portée des actes privés exécutoires 358
A- La restriction du champ exécutoire des actes privés exécutoires 358
1- Les mesures exclues du champ exécutoire 358
2- La justification des exclusions 360
B- L'instauration de délais de prescription distincts aux titres exécutoires 363
C- Des évolutions inconnues du droit O.H.A.D.A. 367
Sous-section II : Un affaiblissement jurisprudentiel de la portée des actes privés exécutoires 368
A- Le constat d'une défiance de la jurisprudence vis-à-vis de l'acte privé exécutoire ... 369
B- Le revirement jurisprudentiel relatif à l'incompétence du Jex sur les questions de validité actes notariés 371
1- D'une interprétation restrictive à une interprétation extensive de la compétence du *Jex* 371
2- L'applicabilité de l'interprétation extensive aux autres actes privés exécutoires ... 377
Section II : Les limites de la dévaluation 378
Sous-section I : Le caractère incomplet de la dévaluation 378
A- L'incomplétude au regard de la portée de l'acte privé exécutoire 379
1- L'effet partiel de la dévaluation sur la portée exécutoire du titre …..... 379
2- …une solution illogique au regard des faiblesses de l'acte privé exécutoire..... 380
B- L'incomplétude au regard de la nature de l'acte privé exécutoire..... 381
1- L'absence de réponse imposée par le caractère imparfait de l'acte privé exécutoire 381
2- L'absence d'impact de la dévaluation sur la force exécutoire de l'acte privé..... 381
Sous-section II : Le caractère inadéquat de la réponse de la dévaluation 382
A- Le caractère inadéquat révélé par l'incohérence de la solution..... 382
B- Le caractère inadéquat révélé par la technique de l'anéantissement de la force exécutoire 382
Conclusion chapitre premier : 383
CHAPITRE II : Esquisse d'une théorie nouvelle de l'acte juridique privé exécutoire 384
Section I : Les correctifs relatifs à l'établissement de l'acte privé exécutoire 384
Sous-section I : Les aménagements liés à la procédure..... 384
A- La nécessaire instauration d'un droit à une procédure amiable équitable..... 385
1- Les raisons de la nécessité de l'instauration..... 385
2- Le contenu du droit à une procédure amiable équitable..... 388
B- La mise en œuvre concrète du droit à une procédure amiable équitable..... 396
1- Au sein des procédures amiables de règlement de conflit..... 397

a- Le principe du contradictoire et l'égalité des armes 397
a-1) Le contradictoire 397
a-2) L'égalité des armes 399
b- L'exigence d'impartialité, d'indépendance et de neutralité 400
2- Au sein des procédures amiables sans conflit 404
Sous-section II : Les aménagements liés à l'office de l'officier public 405
A- L'office du juge 405
B- Les offices extrajudiciaires 406
1- L'office notarié 406
2- L'office de l'huissier de justice 408
Section II : les correctifs relatifs à la mise en œuvre de l'acte privé exécutoire 409
Sous-section I : Le moment de l'acquisition de la force exécutoire de l'acte privé 410
A- L'aménagement d'un recours juridictionnel au profit du débiteur présumé 410
1- La justification 410
2- Un nécessaire alignement sur le régime des autres titres exécutoires 411
B- Un délai d'action et une action suspensifs d'exécution 416
Sous-section II : La portée exécutoire du nouvel acte privé exécutoire 417
A- Une portée exécutoire totale 418
B- L'instauration d'un sursis d'exécution du nouvel acte privé exécutoire 418
Conclusion chapitre II : 419
Conclusion du titre II : 419
Conclusion de la seconde partie : 420
Conclusion générale : 420
BIBLIOGRAPHIE 423
I)- OUVRAGES GÉNÉRAUX, TRAITÉS, MANUELS 423
II) OUVRAGES SPÉCIAUX, THÈSES, MONOGRAPHIES 426
III) ARTICLES, CHRONIQUES, RAPPORTS 432
IV) NOTES, COMMENTAIRES, OBSERVATIONS, CONCLUSIONS 451
TABLES DES MATIERES 472