

LE NOTAIRE, UN FREIN AU DÉVELOPPEMENT DES AFFAIRES ?

Martine LACHANCE

Volume 109, numéro 2, septembre 2007

URI : <https://id.erudit.org/iderudit/1045580ar>

DOI : <https://doi.org/10.7202/1045580ar>

[Aller au sommaire du numéro](#)

Éditeur(s)

Éditions Yvon Blais

ISSN

0035-2632 (imprimé)

2369-6184 (numérique)

[Découvrir la revue](#)

Citer cet article

LACHANCE, M. (2007). LE NOTAIRE, UN FREIN AU DÉVELOPPEMENT DES AFFAIRES ? *Revue du notariat*, 109(2), 239–263.

<https://doi.org/10.7202/1045580ar>

LE NOTAIRE, UN FREIN AU DÉVELOPPEMENT DES AFFAIRES ?

Martine LACHANCE*

INTRODUCTION	241
I. LE CARACTÈRE DÉFINITIF DE L'ENTENTE NÉGOCIÉE	247
A. Le droit français met les parties en position d'éteindre le litige	247
B. La common law n'admet l'extinction du litige que par le fait du juge	249
II. L'EFFICACITÉ DE L'ENTENTE NÉGOCIÉE	251
A. Le droit français instrumentalise la force exécutoire.	251
1. La procédure d'homologation judiciaire	251
2. La force exécutoire de l'acte notarié	253
B. La common law judiciarise la force exécutoire	255
Analyse et conclusion préliminaire	255
III. LA TRANSPOSITION DE LA FORCE EXÉCUTOIRE DANS LE SYSTÈME JURIDIQUE DU QUÉBEC	259
CONCLUSION GÉNÉRALE	262

* LL.D. et notaire, professeure au Département des sciences juridiques de l'Université du Québec à Montréal.

INTRODUCTION

Depuis plusieurs années, la Banque mondiale sonde le monde des affaires et accumule des données relatives aux activités commerciales et à l'exécution des diverses obligations auxquelles elles donnent naissance. Présentés dans son rapport annuel *Doing Business*, les résultats nés de telles études permettent, à partir d'indicateurs identiques utilisés dans 175 États, d'analyser les facteurs qui augmentent ou contraignent l'investissement, la productivité et la croissance d'un pays.

Dans deux de ses rapports, *Understanding Regulation* et *Removing Obstacles to Growth*, respectivement publiés en 2004 et 2005, la Banque mondiale soutient que le droit français, et plus généralement le droit civil, seraient intrinsèquement défavorables au développement économique ; la surabondance des lois et la confusion qui en résulte affligeant le système de justice, il ne peut qu'en résulter des conséquences négatives sur l'économie. Elle écarte alors l'hypothèse voulant que, parce qu'il est plus polyvalent, le droit civil puisse être une voie par laquelle l'ordre juridique s'adapte aux réalités sociales, économiques et culturelles¹. Dans son rapport de 2004, la Banque mondiale va même plus loin, alléguant qu'en certaines circonstances, en l'occurrence la création d'une entreprise, le notaire serait un fardeau inutile. Ces deux affirmations, parce qu'elles mettent directement en cause les atouts mêmes de la tradition civiliste que sont l'accessibilité, la sécurité et la flexibilité du droit écrit, tout comme elles jugent sévèrement le rôle et l'utilité de la profession notariale, appellent de nouveau une réponse.

La Banque mondiale ayant dans chacun de ses rapports abordé les mêmes aspects commerciaux – la création d'une entreprise, le droit du travail, la publicité foncière, l'obtention de crédit, la protection des investisseurs, l'exécution d'un contrat et la faillite –, nous aurions pu diriger notre réplique vers l'une ou l'autre de ces disciplines. Mais ce serait à notre avis passer à côté d'un champ du

1. Nicholas KASIRER et Pierre NOREAU, « À propos de *Sources et instruments de justice en droit privé* », dans N. KASIRER et P. NOREAU (dir.), *Sources et instruments de justice en droit privé*, Montréal, Éditions Thémis, 2002, p. xiii, à la page xvi.

droit qui, parce que transversal, permet davantage d'évaluer la santé d'une économie : la résolution des litiges.

L'évitement mis à part, seules deux voies de règlement sont possibles et elles sont totalement opposées : la confrontation ou la discussion. En droit, elles s'expriment respectivement sous la forme de processus juridictionnel ou de processus amiable. Le premier traite les litiges à l'intérieur d'un cadre juridique donné, en présence de l'un des organes judiciaires suivants : le tribunal étatique ou le tribunal arbitral. Le second tend, au contraire, à ne pas judiciariser la résolution des différends. Il procède par l'entremise de méthodes amiables telles la conciliation, la négociation ou la médiation. Ces méthodes ont toutes pour objectif de régler au mieux un différend. Mais alors que les premières trouvent leur issue dans une décision de justice, les secondes se dénouent dans une convention appelée transaction².

Parce que la Banque mondiale se livre chaque année à une analyse comparative de l'efficacité des différents systèmes judiciaires en matière d'exécution forcée des contrats, c'est donc au modèle amiable, et principalement à l'entente transactionnelle, que nous nous intéresserons. Le vecteur économique de l'analyse est ici respecté, sachant que toute pratique qui vise à la déjudiciarisation d'un conflit, participe directement à une réduction significative des coûts de l'appareil judiciaire³.

2. Aux termes de l'article 2631 C.c.Q., « la transaction est le contrat par lequel les parties préviennent une contestation à naître, terminent un procès ou règlent les difficultés qui surviennent lors de l'exécution d'un jugement ».

D'autres systèmes de tradition civiliste connaissent aussi cette convention. En France, l'article 2044 C. civ. prévoit que « la transaction est un contrat par lequel les parties terminent une contestation née, ou préviennent une contestation à naître ». Le Code civil allemand la définit comme un contrat par lequel les parties mettent fin à un différend ou à une incertitude concernant un rapport de droit par des concessions mutuelles [traduction libre de 779(1) BGB]. Quant à la *transazione* du droit italien, elle constitue un acte par lequel les parties mettent fin à un litige au moyen de concessions réciproques [traduction libre de l'article 1965 C. civ. italien]. Enfin, il est prévu à l'article 3038 du Code civil louisianais que « la transaction est une convention entre deux ou plusieurs personnes qui, pour prévenir ou terminer un procès, règlent leurs différends de gré à gré, de la manière dont elles conviennent, et que chacune d'elles préfère à l'espérance de gagner, jointe au péril de perdre ».

3. À titre d'exemple, les données statistiques démontrent qu'au Canada, en raison de l'engouement des citoyens pour la médiation familiale et civile, les dépenses relatives au service de la justice sont passées de 38 \$/habitant en 1990 à 31 \$/habitant en 1992 ; Sandra BESSERER et Jennifer TUFTS, « Dépenses de la justice au Canada », *Juristat*, Statistique Canada, n° 85-002-XPF, vol. 19, n° 12 (décembre 1999), p. 4.

Jadis, les mécanismes ou procédures de résolution des conflits impliquaient l'intervention d'un magistrat. Depuis plusieurs années, la conciliation et la médiation offrent des voies alternatives pour quiconque recherche un règlement rapide et efficace des conséquences économiques de l'échec de leur relation d'affaires en dehors des cadres juridiques habituels, sans compter la possibilité qui demeure pour les commerçants de se rapprocher eux-mêmes et de partager leurs points de vue. Parce que ces démarches représentent un mode souple pour aménager leurs intérêts individuels, ces dernières voies sont largement utilisées⁴. Le recours à la négociation permet aux parties de garder le contrôle de l'échec de leur rapport contractuel et d'en contenir les conséquences pécuniaires dans des conditions décidées par elles-mêmes. Devant le risque accru d'une intrusion de l'État, l'individu affirme son autonomie, sa personnalité et son individualité. On assiste à une large privatisation des conflits commerciaux⁵.

Il arrive que les contractants aient recours à la transaction pour des motifs d'ordre psychologique. Soit ils estiment plutôt faibles leurs chances de remporter un débat judiciaire, soit ils désirent éviter une controverse sur la place publique, laquelle risquerait de compromettre leur crédibilité et leur réputation auprès d'autres partenaires commerciaux⁶.

La théorie des jeux, développée par Robert Axelrod, démontre bien la dynamique sous-jacente qu'exprime la conduite des parties appelée à résoudre un différend⁷. La démarche de cet économiste s'inscrit avant tout dans les rapports de longue durée, représentée sous l'idée d'un jeu de longue haleine. Résumée ainsi par M. Mac-kaay, la méthode d'Axelrod consiste à :

-
4. Une étude réalisée au Québec en 2001 démontre que, placés devant le choix d'un mode de règlement des litiges, seulement 4 % des Québécois opteraient pour la voie des tribunaux judiciaires. 66 % des justiciables choisiraient plutôt la négociation non assistée, alors que 30 % des citoyens se tourneraient vers la médiation ; Chambre des notaires du Québec, « La force exécutoire de l'acte notarié », mémoire présenté au ministère de la Justice du Québec, septembre 2001.
 5. Seulement 12,9 % des dossiers ouverts à la Chambre commerciale de la Cour supérieure se rendent à procès ; Christiane COULOMBE, « Portrait statistique de l'activité judiciaire en matières civiles à la Cour supérieure et à la Cour du Québec », dans André RIENDEAU (dir.), *Dire le droit : pour qui et à quel prix ?*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2005, p. 81, à la page 87.
 6. René DAVID, *Le droit du commerce international*, Paris, Économica, 1987, p. 131.
 7. Robert M. AXELROD, *The Evolution of Cooperation*, New York, Basic Books, 1984.

[...] construire une théorie de la coopération qui démontre comment des individus, poursuivant leurs propres intérêts dans une interaction structurée [...], peuvent arriver à la solution coopérative, sans l'aide d'une autorité centrale, donc, au sens littéral, dans l'anarchie.⁸

Pour appliquer la théorie des jeux à la transaction et en démontrer les résultats, exposons la situation commerciale fictive suivante. Deux corporations concluent un contrat de vente et de distribution de marchandises. Aux termes du contrat, le vendeur s'engage à livrer les marchandises au siège social de l'acheteur dans les trente jours de la commande. En contrepartie, l'acheteur s'engage à payer le prix des marchandises au moment même de leur livraison. Le contrat ne prévoit aucune clause quant au transfert des risques au cours du transport. Une clause pénale de 40 000 \$ est cependant prévue, dans l'éventualité où l'acheteur ferait défaut de respecter la modalité de paiement. Le jour même de la réception du bon de commande, le vendeur expédie six conteneurs, chacun ayant une valeur de 20 000 \$; à l'arrivée, il n'en reste que quatre. L'acheteur refuse de payer pour les deux conteneurs manquants.

Quelles sont les possibilités qui s'offrent aux parties ? D'abord, le vendeur peut s'adresser au tribunal pour mettre en œuvre la clause pénale, ce à quoi l'acheteur peut ne pas réagir. En tel cas, la preuve du défaut de paiement sera présentée devant le tribunal et la clause pénale deviendra exécutoire. Autrement, pour éviter le stress et les coûts inhérents à la procédure, l'acheteur peut choisir de payer les deux conteneurs manquants et mettre ainsi fin au litige. Enfin, le vendeur peut agir avec plus de souplesse et n'exiger le paiement que d'un seul conteneur. Comme aucune clause n'est prévue au contrat quant au transfert des risques, le partage des pertes semble équitable. L'acheteur est alors placé devant l'alternative suivante : soit il ne paie rien, soit il accepte le partage des risques avec son cocontractant et paie le prix d'un conteneur.

Selon le diagramme d'Axelrod, le partage des pertes se présenterait comme suit :

8. Ejan MACKAAY, « L'ordre spontané comme fondement du droit – Un survol des modèles de l'émergence des règles dans la société civile », (1989) 3 *R.I.D.E.* 247, 266.

	Aucune coopération		Coopération	
	Vendeur	Acheteur	Vendeur	Acheteur
Action	0 \$	40 000 \$	0 \$	40 000 \$
Proposition	40 000 \$	0 \$	20 000 \$	20 000 \$

Le diagramme démontre, abstraction faite de la case inférieure droite, que l'avantage du jeu n'est toujours que pour l'une des parties. L'acheteur n'a aucun intérêt à coopérer si le vendeur choisit la confrontation. Dans les deux cas, il devra verser 40 000 \$. À l'inverse, l'acheteur peut choisir de ne pas coopérer lorsque le vendeur lui offre de ne payer que la moitié des conteneurs manquants. En tel cas, le vendeur sera le seul à assumer la perte de 40 000 \$. Dans ces trois situations, seul un des partenaires commerciaux assume l'entièreté de la perte. Il y a donc toujours un gagnant et un perdant. C'est malheureusement l'approche la plus commune qui implique des tactiques de pouvoirs, et qu'une certaine littérature identifie sous le vocable d'approche *gagnant-perdant*⁹.

Ce n'est pas ce qui se produit dans la dernière situation, celle des cases inférieures droites, où aucune des parties ne tire avantage du jeu. Psychologiquement, cela se traduit par une approche *perdant-perdant* où chaque partie préfère consentir des concessions réciproques plutôt que de perdre sur toute la ligne¹⁰. En 1803, Bigot De Préameneu présentait déjà le mouvement intérieur des opposants sous cet angle :

chaque partie balance de bonne foi, et avec le désir de la conciliation, l'avantage qui résulterait d'un jugement favorable et la perte qu'entraînerait une condamnation ; elle sacrifie une partie de l'avantage qu'elle pourrait espérer, pour ne pas éprouver toute la perte qui est à craindre.¹¹

Dans notre exemple, cela se résume commercialement par le partage des pertes en parts égales entre les deux commerçants. Aucun ne sait trop ce que sont devenus les fameux conteneurs.

9. Marie-France CHABOT, « Aspects psychologiques de la médiation », dans Service de la formation permanente du Barreau du Québec, *Développements récents en médiation*, vol. 68, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1995, p. 139, à la page 142.

10. *Ibid.*

11. *Code civil*, Livre III, 1^o partie, Paris, Garnery, 1803, p. 144.

Aucun d'entre eux ne veut mettre en péril la relation contractuelle. Chacun fait alors un compromis. Bien qu'il se croie en droit de revendiquer le paiement du prix des deux conteneurs, les ayant livrés, le vendeur n'en accepte néanmoins que la moitié du prix. Quant à l'acheteur, bien qu'il se croie en droit de ne pas les payer, ne les ayant jamais reçus, accepte de supporter la moitié des coûts. Telles sont les concessions réciproques exigées pour que naisse la transaction.

Selon Axelrod, la confrontation est souvent évitée, même sans communication entre les joueurs¹². Il a démontré que lorsque les joueurs sont liés par un lien contractuel de longue durée, contrat que chacun peut faire valoir devant une instance juridictionnelle, ils arrivent à adopter un comportement coopératif. Le résultat est attrayant : dans la plupart des cas, les contrats sont mis en œuvre selon les normes d'un ordre juridique propre aux cocontractants.

Au Québec, pour une réclamation de 50 000 \$, les différents frais judiciaires supportés par les parties sont de l'ordre de 13 000 \$. Soixante pour cent de ces coûts, soit la somme de 8 000 \$, sont versés en frais d'interrogatoires et d'enquêtes préliminaires¹³. Il n'est donc pas surprenant que, outre la nécessité des gens d'affaires de négocier afin de préserver des relations harmonieuses, ils aient recours aux pratiques informelles de règlement des conflits pour contourner les principaux inconvénients présentés par les organes juridictionnels. Il ne leur est ainsi pas nécessaire d'engloutir des sommes folles en honoraires et autres frais judiciaires, ni de supporter les interminables délais engendrés par les tribunaux étatiques ou arbitraux pour rendre leur décision.

Cette longue introduction nous conduit donc à prendre pour prémisses les deux affirmations précitées de la Banque mondiale, soit la faible efficacité économique du droit civil et le piètre rôle du notaire en tant que régulateur de l'économie, et à les transposer dans un contexte transactionnel. Cette transposition ne visera ici que l'ordre juridique français, d'abord en raison du fait qu'il a été l'objet de critiques dans les rapports *Understanding Regulation* et *Removing Obstacles to Growth*, mais aussi parce qu'il est celui duquel la transaction québécoise trouve son origine. L'exercice nous

12. R. M. AXELROD, *op. cit.*, note 7.

13. J. BÉLANGER, « Les avantages financiers et d'affaires de la médiation : un excellent rapport coût/bénéfice », conférence donnée à l'occasion de la journée de formation *La médiation : une approche d'affaires gagnante*, présentée par les Éditions Yvon Blais, Hôtel Intercontinental, le 26 novembre 1998.

permettra de démontrer que ce système est permissif, en ce qu'il permet au modèle amiable d'atteindre pleinement son objectif qu'est l'extinction définitive du litige, alors que la tradition anglo-saxonne est contraignante (A). Il nous révélera également que l'efficacité du règlement négocié repose dans le système français sur une partie privée – le notaire –, alors que dans les systèmes de common law, il est le fait d'un représentant de l'État – le magistrat (B). Puis, ces résultats étant présentés, pourquoi ne pas en tenter une transposition subséquente en droit québécois (C) ?

I. LE CARACTÈRE DÉFINITIF DE L'ENTENTE NÉGOCIÉE

Il n'y a extinction définitive du litige qu'en présence de chose jugée. Or, la *res judicata* n'est habituellement réservée qu'aux seules décisions de justice qui mettent fin à la contestation, sinon d'une manière irrévocable, du moins dans des conditions telles que le juge n'a plus à revenir sur le point litigieux¹⁴.

A. Le droit civil français met les parties en position d'éteindre le litige

D'entrée de jeu, il nous faut rappeler que l'autonomie de la volonté est un des thèmes incontournables du volet de droit privé. Quel autre dogme pourrait mieux décrire la transaction ? Au moment de la formation de l'entente, les parties ont toute latitude pour fixer les conditions du règlement. Hormis l'impossibilité qu'impose le Code civil français de transiger sur les questions qui intéressent l'ordre public, la liberté contractuelle des protagonistes est absolue. Œuvre d'un choix, qu'il soit ou non raisonné, les concessions mutuellement consenties peuvent ainsi être en total déséquilibre sans qu'il soit possible de mettre en cause la solution convenue. La convention ne peut être annulée pour cause de lésion, pas plus qu'elle ne peut être anéantie en raison d'une erreur de droit¹⁵ : respect de la volonté des protagonistes et stabilité du contrat obligent. Au-delà des hypothèses particulières de contrôle judiciaire, le magistrat y a donc un pouvoir d'intervention limité. Cela

14. Le jugement définitif est celui qui tranche, dans son dispositif, tout ou partie d'un litige, ou celui qui statue sur une exception de procédure, une fin de non-recevoir ou tout autre incident (art. 480 N.C.P.C. (fr.)).

L'article 482 du *Nouveau Code de procédure civile* (fr.) indique, quant à lui, que le jugement qui se borne, dans son dispositif, à ordonner une mesure d'instruction ou une mesure provisoire n'a pas, au principal, l'autorité de la chose jugée.

15. Art. 2052 C. civ.

est d'ailleurs souhaitable ; la notion même de modes amiables de résolution des différends véhicule l'idée voulant que les parties désirent, dans la mesure du possible, garder le juge hors de leur rapport transactionnel.

C'est en raison de l'existence d'un litige qu'une corrélation est établie entre la transaction et la décision de justice ; toutes deux ont vocation à y mettre fin. C'est pourquoi il est primordial pour l'intérêt public, dans une politique visant à assurer la sécurité et la stabilité des rapports juridiques et sociaux, que la transaction ait un effet analogue à la décision qui émane de l'ordre judiciaire. Il est difficile de ne pas reconnaître que l'autorité dont la loi revêt la transaction – même si à titre de contrat, elle émane purement de l'ordre privé – recouvre la même règle de fond que la chose jugée attachée au jugement contentieux : la paix sociale.

Dès lors, pourquoi ne pas reconnaître que la transaction possède un *effet* analogue à celui des décisions de justice ? La transaction n'est de toute évidence pas un jugement, mais elle peut tout au moins, dans certains de ses effets, être considérée comme son équivalent¹⁶. Ces deux actes juridiques sont ancrés dans une politique sociale d'intérêt public visant à assurer la sécurité et la stabilité des rapports juridiques et sociaux. On ne saurait, en effet, refuser de reconnaître que l'autorité dont est revêtue la transaction recouvre la même règle de fond que la chose jugée attachée au jugement contentieux¹⁷.

Avec une ouverture d'esprit, comme en fait preuve Jean Foyer dans sa thèse de doctorat, il nous est même permis de penser que l'absence du critère organique n'est plus un obstacle incontournable à la reconnaissance d'un effet de chose jugée en matière de transaction :

Si tous les actes du juge ne produisent pas l'autorité de la chose jugée, celle-ci est attribuée à des actes qui ne sont pas des jugements, parce qu'ils n'émanent point du juge, mais dont les *effets* sont équivalents à

16. Gérard CORNU, « Les modes alternatifs de règlement des conflits – Rapport de synthèse », (1997) 2 *R.I.D.C.* 313, 319.

17. Le doyen Carbonnier écrit : « Le litige (dès lors que les voies de recours sont épuisées) est vidé, tranché une fois pour toutes, ce qui garantit sécurité, stabilité et paix pour tous les hommes » ; Jean CARBONNIER, *Droit civil – Introduction*, 27^e éd., coll. « Thémis », Paris, P.U.F., 2002, n° 190, p. 378.

ceux d'un acte juridictionnel. L'exemple est donné par la transaction.¹⁸

Cette souplesse du lien, malgré la profonde imbrication des notions d'autorité de la chose jugée et de juridiction, rend ainsi plausible la reconnaissance de l'effet de chose jugée à l'accord transactionnel. On parle alors d'autorité de la chose *transigée*, combinaison de chose convenue – effet associé aux actes juridiques – et de chose jugée – effet habituellement associé aux seuls actes juridictionnels. L'autorité de la chose jugée est une qualité spécifique de l'acte juridictionnel. Aussi, de la même façon qu'il faut parler d'autorité de la chose *décidée* en matière de décision administrative¹⁹, est-il juste de parler d'autorité de la chose *transigée* en matière de transaction. Toute la particularité de la transaction y apparaît ; la mixité d'éléments de natures conventionnelle et judiciaire permet qu'une *autorité* soit reconnue à un accord purement privé, alors qu'en tout autre cas elle résulte nécessairement de l'action d'un organe public²⁰.

B. La common law n'admet l'extinction du litige que par le fait du juge

Norme fondamentale sur laquelle repose notamment la fonction juridictionnelle, la *res judicata* dont est revêtu le *settlement agreement*, équivalent fonctionnel de la transaction, n'est alors pas une qualité propre de la convention mais du jugement ou de l'ordonnance qui en fait foi²¹. Il est vrai, certes, que les parties disposent du litige au terme du règlement négocié²². Mais l'entente ainsi conclue n'a pas en elle-même de caractère irrévocable ; la *res judicata* n'est jamais étendue en common law aux actes juridiques

18. J. FOYER, *De l'autorité de la chose jugée en matière civile*, thèse, Paris, 1954 [non publiée], p. 187 [nos italiques]. Voir aussi Alain BÉNABENT, *Droit civil – Les obligations*, 5^e éd., Paris, Dalloz, 1995, n° 689-1, p. 352.

19. Charalambos PAMBOUKIS, *L'acte public étranger en droit international privé*, Paris, L.G.D.J., 1993, n° 79, p. 61.

20. *Ibid.*, n° 76, p. 58.

21. « This doctrine [res judicata] applies to a judgment or order notwithstanding that it is made pursuant to an agreement between the parties » ; David FOSKETT, *The Law and Practice of Compromise – with precedents*, 5^e éd., London, Sweet & Maxwell, 2002, n° 6-02, p. 102. Pour la jurisprudence, voir *Kinch c. Walcott*, [1929] A.C. 482 (P.C.) ; *McKenzie c. McKenzie*, (1976) 69 D.L.R. (3d) 765 (C.A.) ; *Baldissera c. Baldissera*, [2000] B.C.J. (Quicklaw) n° 2492 (S.C.).

22. *Knowles c. Roberts*, (1888) 38 Ch. D. 263.

autres que les actes juridictionnels issus d'un processus contradictoire²³.

Comme le souligne M. Foskett, l'accord négocié « is no less binding upon them [the parties] and final than if they asked the court to resolve it [the dispute] for them »²⁴. Dès lors, à moins que les parties n'en disposent autrement, l'autorité dont est doté le *compromise* empêche la partie insatisfaite du règlement de relancer l'affaire²⁵. Mais il ne s'agit là que d'une autorité de chose *convenue*. La force obligatoire de la convention est fondée sur la philosophie générale qui règne en matière contractuelle et qui veut que les contractants soient tenus de respecter les engagements qu'ils ont librement consentis²⁶.

Ne reste plus aux protagonistes qui veulent mettre un terme *définitif* au litige à entreprendre une action en justice pour que les termes de leur règlement soient incorporés dans une décision²⁷. L'enjeu du mécanisme judiciaire n'en est alors pas un de contrôle de l'opportunité et de l'équité du règlement ; à l'instar des autres contrats, la démarche judiciaire vise à assurer le droit à l'exécution en nature reconnu dans le contexte de la théorie générale des obligations²⁸. Aussi, dans la mesure où le magistrat conclut à l'existence

23. *Siekanowicz c. Sure Kill Pest Control Co.*, (1996) 24 C.C.E.L. (2d) 215 (Ont. Small Cl. Ct.).

24. D. FOSKETT, *op. cit.*, note 21, n° 1-02, p. 4 : l'accord négocié « n'est pas moins obligatoire et final entre les parties contractantes que s'ils avaient demandé au tribunal de résoudre le litige pour eux » [traduction libre].

25. *Plumley c. Horrell*, (1869) 20 L.T. 473.

26. D. FOSKETT, *op. cit.*, note 21, n° 6-02, p. 102.

27. « A settlement which is approved by a court has the same res judicata effect as a final judgment on the merits » ; *Schlaepfi c. Delaware Trust Co.*, 525 A.2d 562 (1986). Voir aussi *Ezzes c. Ackerman*, 234 A.2d 444 (1967) ; *Steiner c. Sithe-Energies*, 1989 Del. Ch. LEXIS 153. C'est aux règles de pratique des différentes provinces canadiennes de même qu'au *Restatement on Contracts* (art. 357) du droit américain, que les protagonistes doivent s'en remettre pour introduire leur action en justice ; Joëlle THIBAUT, *Les procédures de règlement amiable des litiges au Canada*, coll. « Bleue », Montréal, Wilson & Lafleur, 2000, nos 402 et s., pages 288 et s. Les systèmes de common law favorisent d'ailleurs largement les règlements amiables, dans la mesure où ils ne contreviennent pas à l'ordre public : *Thomas c. Hollowell*, 155 N.E.2d 827 (1959) ; *Middlesex Concrete Products & Excavating Corp. c. Carteret Industrial Association*, 37 N.J. 507 (1962) ; *Green c. John H. Lewis & Co.*, 436 F.2d 389 (3d 1970) ; *Mongrue c. State Farm Mutual Automobile Liability Insurance Co.*, 396 So.2d 466 (4th Cir. 1981) ; *Read c. Baker*, 438 F. Supp. 732 (D. Del. 1977).

28. *Baldissera c. Baldissera*, précité, note 21.

d'un *settlement agreement*, ne peut-il refuser de rendre jugement au motif que l'exécution forcée du règlement sera injuste envers l'une des parties²⁹.

II. L'EFFICACITÉ DE L'ENTENTE NÉGOCIÉE

Il est unanimement admis, en droit civil, que le créancier de toute obligation contractuelle est en droit d'exiger l'exécution de l'engagement volontairement accepté. Néanmoins, lorsque la seule force obligatoire de l'acte juridique ne permet pas une exécution spontanée, la force exécutoire doit prendre le relais avec l'appui de la force publique. Le recours aux tribunaux de droit commun est alors nécessaire pour que la partie fautive soit judiciairement tenue de s'acquitter de son obligation.

Contrairement à tout autre contrat, la force exécutoire de la transaction n'est pas tributaire de la discrétion du juge. C'est que le temps a démontré que les longs délais et le poids de la procédure judiciaire rendaient périlleuse l'exécution du règlement amiable. Aussi le législateur français a-t-il introduit le principe voulant que la transaction acquière une force d'exécution par la voie d'une procédure judiciaire simplifiée. Mais c'est sans compter sur le rôle incontestable du notaire, le notariat étant l'un des rouages essentiels des pays de droit latin³⁰.

A. Le droit civil français instrumentalise la force exécutoire

1. La procédure d'homologation judiciaire

Malgré des effets qui s'apparentent à la décision judiciaire, la transaction demeure avant tout un contrat, non un acte de l'autorité publique. À elle seule, la volonté des auteurs de l'acte est impuissante à produire tous les effets de nature juridictionnelle qui découlent nécessairement du jugement. C'est ce qui explique que la convention n'a pas en soi de force exécutoire, contrairement au jugement passé en force de chose jugée qui peut être exécuté à la suite d'une simple notification³¹.

29. *Mellon c. Mellon*, [1996] M.J. (Quicklaw) n° 382 (Q.B.).

30. Ils sont d'ailleurs plus de 70 pays représentés au sein de l'Union internationale du notariat.

31. Art. 501 N.C.P.C. (fr.).

Essence même du jugement, cette force d'exécution est néanmoins donnée à la transaction par la voie d'une procédure judiciaire simplifiée. Alors qu'on ne peut habituellement faire exécuter un accord contractuel que par une action en justice³², la force exécutoire de la transaction passe par le canal d'une requête en homologation³³ sur l'initiative d'une seule des parties contractantes³⁴. Ainsi pourvue du sceau de l'*imperium* – identique à celui que reçoit la décision judiciaire – la transaction justifie que soit rapidement utilisée la contrainte matérielle pour en obtenir l'exécution.

Le jugement qui homologue la transaction n'a d'autre but que celui de reconnaître et de donner force d'exécution au règlement

32. Il en était ainsi en France de la transaction extrajudiciaire, avant l'entrée en vigueur du *Décret n° 98-1231 du 28 décembre 1998*, J.O. 30 décembre 1998, p. 19904.

33. Le législateur français a donné au président du Tribunal de grande instance, en 1998, le pouvoir de rendre une transaction exécutoire sur simple requête (article 1441-4 N.C.P.C. (fr.)). Il nous faut également citer la loi du 22 novembre 1999 qui qualifie de titre exécutoire la transaction soumise au président du Tribunal de grande instance selon la procédure suivie à cet article.

Un auteur belge souligne qu'une « procédure trop compliquée n'atteint plus son but social » ; Georges De LEVAL, « La triple mission du juge (belge) dans le procès civil », dans *Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs ? – Mélanges en l'honneur de Roger Perrot*, Paris, Dalloz, 1996, p. 245, à la page 247. Or, non seulement ici la transition de l'action en justice à la requête en homologation favorise-t-elle l'effectivité de la procédure d'exécution forcée, mais également celle de la convention qui en fait l'objet.

34. « Il n'y a évidemment aucun obstacle à ce que les deux parties présentent conjointement la requête, ce qui sera de nature à rassurer le juge sur la réalité de l'accord transactionnel » ; Hervé CROZE et Christian LAPORTE, « Homologation judiciaire des transactions », *Procédures* 2000.comm.11, n° 145.

Pour M. Jarrosson, il ne peut s'agir là d'une homologation. Ce dernier fait observer « que si la conséquence attachée à l'homologation se rapproche de celle qui nous intéresse ici, il en va différemment des conditions préalables. L'intervention du juge n'est absolument pas obligatoire et ne dépend en définitive que de l'initiative prise par celle des parties à la transaction qui le souhaite ». Le président du Tribunal de grande instance n'homologue donc pas la transaction ; à l'instar du notaire, il appose seulement la formule exécutoire sur l'*instrumentum* qui la constate ; « Modes alternatifs de règlement des conflits », 1 *RG proc.* 1999.133, 136 et 137.

Il nous semble nécessaire ici de discuter leur appréciation du caractère unilatéral de la procédure d'exécution de la transaction – guidée de toute évidence par un souci d'équité et de justice – à la lumière des données suivantes. L'homologation de la transaction ne porte aucunement préjudice au litigant récalcitrant. Le jugement d'homologation n'altère pas la nature de l'accord transactionnel, lequel demeure soumis aux voies de droit qui lui sont propres. Aussi, que l'entente amiable soit ou non homologuée, les manquements à ses conditions de formation peuvent en tout temps être sanctionnés. L'exécution forcée de la transaction se fait donc aux risques et périls de son adversaire, la validité du *negotium* pouvant subséquemment être attaquée avec succès.

amiable. Dès son homologation, la convention est exécutoire comme un jugement du tribunal. Il n'est donc pas nécessaire de procéder à une seconde action en justice afin d'obtenir la condamnation de l'intimé à exécuter ses prestations.

2. La force exécutoire de l'acte notarié

Le juge est investi par délégation de la loi d'une mission de service public. Mais alors qu'il préside les procès, le notaire intervient en dehors du débat porté devant le juge. Son rôle est principalement réceptif : il dresse des actes authentiques. La force exécutoire se conçoit alors comme un effet que la loi accorde à ces actes et qui permet que la contrainte publique soit utilisée pour obtenir l'exécution forcée d'une obligation partiellement ou totalement inexécutée. C'est pour donner à ces actes la force probante particulière que revêt l'authenticité que le notaire exerce des prérogatives de puissance publique déléguées par l'État.

La qualification d'un *instrumentum* en fonction de son pouvoir de coercition est problématique dans les pays de l'Union européenne : la force exécutoire n'accompagne pas tous les écrits instrumentaires. En effet, alors que la notion d'acte authentique exécutoire est largement répandue dans certains États, elle est totalement absente de la législation nationale des autres. De surcroît, parmi les États qui connaissent intégralement le concept, la force d'exécution est tributaire de l'objet de la convention qu'il dresse : les droits français³⁵ et belge³⁶, par exemple, admettent la forme de l'acte authentique exécutoire pour toute obligation civile, alors que le droit allemand l'étend à quasiment tous les types de prestation³⁷.

À la différence des actes dressés par un magistrat pour lesquels, comme le souligne M. Mayer, il faut se fier moins à la nature de l'organe dont ils émanent qu'à la fonction remplie par le représentant de l'État³⁸, l'efficacité internationale des transactions reçues par acte notarié est soumise à deux diktats : d'abord la qualité de

35. Art. 19 de la loi du 25 ventôse an XI.

36. Jacques BEAULNE, « La force exécutoire de l'acte notarié : le modèle de la Belgique et ses possibilités d'implantation au Québec », (1991-92) 94 *R. du N.* 296, 315.

37. Rolf STÜRNER, « L'acte notarié dans le commerce juridique européen », (1997-98) 100 *R. du N.* 251, 255.

38. Pierre MAYER, *Droit international privé*, 2^e éd., coll. « Université nouvelle », Paris, Montchrestien, 1983, n° 460, p. 374.

l'officier public et des modalités d'authentification de l'acte juridique, puis la qualité du titre déclaratoire.

C'est pour donner à ces actes la force probante particulière que revêt l'authenticité que le notaire exerce des prérogatives de puissance publique déléguées par l'État. Or, bien que le notariat soit l'un des rouages essentiels des pays de droit latin, la profession notariale n'y est pas exclusive. Les États issus de la tradition anglo-saxonne connaissent aussi ce type de professionnel ; l'Angleterre a ses fort peu nombreux « notaires écrivains » (*scrivener notary*)³⁹, les États-Unis ses « notaires publics » (*notary public*). Peut-on dès lors établir une corrélation suffisamment significative entre la qualité de leurs actes instrumentaires et celle des actes authentiques issus du notariat latin, de façon à admettre une exécution simple et rapide en territoire français du règlement négocié qui y est consigné⁴⁰ ? Hormis quelques exceptions, c'est par l'affirmative que répond Marie Goré dans une communication sur l'acte authentique en droit international privé : malgré les variantes rencontrées dans les pays issus des nations qui adhèrent aux principes de la common law, fruits de leur histoire respective, l'essentiel de l'activité publique du notaire y demeure généralement le même : l'authenticité :

Les « notaires écrivains » exercent un office public. Ils dressent et authentifient des contrats juridiques et des actes notariés créant ou affectant des droits et des obligations, destinés à être utilisés en dehors du Royaume-Uni. [...] En effet, il convient d'avoir égard ici à la fonction de l'autorité dans l'établissement de l'acte et non à la qualification de l'acte dans l'ordre juridique étranger. [...]

En revanche, une réponse plus nuancée pourrait être apportée en ce qui concerne un *notary public* américain. [...] [E]n [certains] cas, l'autorité américaine a la charge de certifier la sincérité et l'authenticité des signatures figurant sur ces actes, mais, selon les hypothèses, elle n'offre pas nécessairement toutes les garanties : il peut s'agi[r] d'un *lawyer*, mais aussi de personnes sans qualification particulière... En réalité, là encore il faut avoir égard à la fonction précise de l'autorité dans la réception de l'acte : présence et as[s]istance dans la rédaction de l'acte.⁴¹

39. Pour une étude exhaustive de l'origine et de la fonction des notaires écrivains, voir L. POLL, « La profession de notaire en Angleterre », (1978-79) 81 *R. du N.* 263, et 414.

40. Comme le souligne Pierre MAYER, la question est uniquement de savoir si le *notary public* est comparable au notaire français ; *op. cit.*, note 38, n° 463, p. 376.

41. M. GORÉ, « L'acte authentique en droit international privé », [1998-99] *Travaux du Comité français de droit international privé* 23, 27 et 28. Voir au même effet (à suivre...)

B. La common law judiciarise la force exécutoire

Instrument conventionnel de paix sociale, le *settlement agreement* ne bénéficie cependant pas d'atouts semblables pour assurer la stabilité du règlement négocié. Conforme en tous points à la transaction quant à son objet – mettre fin intentionnellement à un litige aux moyens de concessions réciproques – le *compromise* s'en détache dans tout autre aspect qui la caractérise. L'absence d'un effet de chose jugée et d'une procédure judiciaire simple qui permet d'obtenir rapidement l'exécution forcée de la convention, est vraisemblablement ce qui éloigne le plus le règlement conventionnel issu des systèmes juridiques de common law de celui conclu sous l'empire du système juridique français. Or, sans ces outils précieux, le respect intégral du *settlement agreement* est à l'évidence plus fragile advenant la réticence de l'un des protagonistes à exécuter ses obligations conventionnelles. La mission de pacification sociale du *settlement agreement* s'en trouve immanquablement affaiblie. Il faut s'en remettre à l'office du juge qui, par une véritable décision de justice – le *consent judgment*⁴² – donnera à la convention l'enveloppe requise pour que soit utilisée la force coercitive nécessaire à l'exécution forcée du règlement négocié.

Analyse et conclusion préliminaire

Comme le souligne l'Association Henri Capitant, il est facile d'induire qu'un cadre normatif souple (telle la common law) génère nécessairement un contenu normatif flexible, alors qu'un cadre normatif rigide (tel le droit civil) ne peut mener qu'à un contenu rigide⁴³. Mais l'analyse d'un simple règlement amiable permet de jeter un regard différent sur cette vision plus que réductrice. Le système français y est là permissif, en ce qu'il permet au modèle d'atteindre pleinement son objectif – l'extinction définitive du litige – alors que l'efficacité du règlement négocié repose principalement sur son instrumentalisation par le notaire⁴⁴, officier public de l'authenticité. La

(...suite)

H. MUIR WATT, « La rencontre dans l'espace de figures hybrides (variations autour du conflit international de décisions) », (1999) 2 *RG proc.*, n° 26b), 295 ; C. PAMBOUKIS, *op. cit.*, note 19, n° 105, p. 78 et 79 ; L. POLL, *loc. cit.*, note 39, 427.

42. Aussi appelé *agreed judgment* ou *confessed judgment*.

43. Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française, *Les droits de tradition civiliste en question – À propos des Rapports Doing Business de la Banque Mondiale*, vol. 1, Paris, Société de législation comparée, 2006, p. 91.

44. La logique veut que l'instrumentalisation de l'entente sous la forme authentique (*ab initio*) soit favorisée à la requête en homologation (*a posteriori*), les délais et (à suivre...)

transaction et l'acte authentique représentent donc ici deux instruments du droit civil français qui, parce qu'au service du volontarisme contractuel, concilient sécurité de l'opération envisagée et efficacité économique.

À la recherche du règlement efficace d'un litige, il est juste de s'en remettre à la volonté des parties impliquées, l'autonomie de la volonté inspirant aujourd'hui encore grandement le droit des contrats. Dans l'un et l'autre système, « l'engagement contractuel est une œuvre de volonté et les parties se trouvent liées parce que la loi reconnaît la volonté humaine comme force créatrice de droits et d'obligations »⁴⁵. Le contrat devient alors le principe juridique qui contraint les parties, celles-ci ayant la faculté de déterminer elles-mêmes leur comportement⁴⁶. La convention se rapproche en cela « d'une sorte de « programme » librement négocié et convenu par les parties et qui [...] avec tout autant de précision que d'autorité, indique[ra] à chacun des partenaires ce qu'il doit faire lui-même et attendre de l'autre »⁴⁷.

Davantage que le caractère irrévocable de la transaction, c'est la force d'exécution de l'*instrumentum* qui la contient – source de l'intervention réceptive du notaire – qui caractérise le système civiliste français, alors que la common law requiert l'activité volitive du magistrat pour contraindre un contractant à exécuter les engagements qu'il a librement consentis. Aussi, devant un éventuel recours à la coercition, sommes-nous confrontés à deux systèmes de valeurs : le premier où l'acte authentique rime avec la déjudiciarisation, le second où l'acte sous seing privé se marie à la culture juridique et politique du procès.

Au cœur des systèmes qui s'inspirent du droit anglais, on favorise l'exclusivité de l'acte sous seing privé parce qu'on le considère comme plus rapide et moins formaliste que l'acte authentique. Dans plusieurs études, « on fait valoir que dans l'acte sous seing privé, l'accent est mis sur la rapidité et l'efficacité, tandis que dans l'acte

(...suite)

coûts de l'intervention du tribunal étant nécessairement supérieurs à ceux générés par l'intervention du notaire.

45. Jean-Louis BAUDOUIN, *Les obligations*, 4^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1993, n^o 418, p. 242.

46. Christian ATIAS, *Le droit civil*, coll. « Que sais-je ? », Paris, P.U.F., 1985, p. 107.

47. Jean-Marc MOUSSERON, *Technique contractuelle*, Paris, Éditions juridiques Lefebvre, 1988, n^o 1418, p. 550.

notarié, on « choisit » la lenteur assortie à la sécurité »⁴⁸. En contrepartie de cette efficacité, on accepte cependant le risque d'une intervention ultérieure de l'autorité publique pour obtenir le respect du contenu obligationnel, l'acte n'offrant de certitude ni dans son origine, ni dans son contenu⁴⁹.

Cette argumentation, soutenue par les rapports *Understanding Regulation* et *Removing Obstacles to Growth* produits par la Banque mondiale, ne manque pas de faiblesses. D'abord, le temps que les parties croient avoir épargné au moment de la confection de l'acte sous seing privé est radicalement perdu dès lors que l'entente fait l'objet d'une contestation⁵⁰. Puis – toujours en réponse à l'accusation de lenteur et d'excès de formalisme formulée par la Banque mondiale – il faut bien admettre qu'il est aussi rapide d'établir un acte sous seing privé qu'un acte notarié, sachant au demeurant que l'authenticité conférée par le notaire à ce dernier *instrumentum* est instantanée⁵¹. Où sont alors le gain de temps et les économies substantielles réalisées par les parties dans les États issus de la tradition anglo-saxonne ?

Comme le souligne un ancien président de la Chambre des notaires du Québec, « la réalité est que les adeptes du judiciaire n'acceptent pas la déjudiciarisation »⁵². En effet, dans les systèmes de tradition anglo-saxonne, tant l'intangibilité de la solution négociée que sa force d'exécution relèvent de l'*imperium* du juge. À elle seule, la volonté des auteurs de l'acte est impuissante à produire tous les effets de nature juridictionnelle qui découlent nécessairement d'un jugement. Cela s'explique – à notre avis avec une certaine évidence – par une culture politique et juridique où la justice a une forme institutionnelle par excellence : le procès⁵³. En comparaison avec ce

48. Jacques BEAULNE, « Problématiques spécifiques afférentes à la force exécutoire de l'acte notarié », dans N. KASIRER et P. NOREAU (dir.), *op. cit.*, note 1, p. 449, à la page 461.

49. Alain BÉNARD, « La force exécutoire : l'acte authentique comme instrument de déjudiciarisation », dans N. KASIRER et P. NOREAU (dir.), *op. cit.*, note 1, p. 517, à la page 526. Voir aussi ALAIN MOREAU, « L'histoire de l'authenticité », dans *Modernité de l'authenticité/Deuxièmes rencontres notariat-université*, Petites Affiches, 26 octobre 1992, p. 4.

50. J. BEAULNE, *loc. cit.*, note 48, 462.

51. *Ibid.*

52. Jean LAMBERT, « Une révision traditionnelle plutôt qu'une authentique réforme de la procédure civile au Québec », dans N. KASIRER et P. NOREAU (dir.), *op. cit.*, note 1, p. 219, à la page 225.

53. Jean-Guy BELLEY, « Le contrat comme instrument de justice privée », dans N. KASIRER et P. NOREAU (dir.), *op. cit.*, note 1, p. 379, à la page 384.

modèle où est prôné le débat contradictoire, la justice transactionnelle de l'État français se présente comme une justice sans procès. Les parties participent activement à un processus de négociation significatif et donnent un consentement authentique au règlement final.

Il est vrai que « la représentation par avocat, le rôle passif du juge, l'appel devant un banc formé de plusieurs juges sont [autant] de pratiques susceptibles de réduire le risque d'erreur, mais elles sont coûteuses »⁵⁴. À l'opposé, la justice contractuelle s'offre comme une alternative de résolution des litiges qui, parce qu'elle ne remet pas la responsabilité du règlement final dans les mains d'une autorité juridictionnelle, est nécessairement moins onéreuse. On peut donc envisager la transaction et l'acte authentique comme deux instruments au service de l'État français, en raison notamment des économies réalisées dans l'administration de la justice.

Au sujet de la force exécutoire de l'acte notarié, la doctrine européenne ne manque jamais d'en souligner l'apport essentiel à l'administration de la justice⁵⁵. On écrit notamment que cet attribut permet de réduire les coûts des entreprises, sachant que le coût élevé des procès dans le monde des affaires constitue un frein important au développement économique⁵⁶. Mais ce n'est pas là que rhétorique, des études démontrant l'effet positif de l'acte notarié sur l'économie d'un État :

[N]otamment en France, [...] on a révélé qu'en 1990, sur un total annuel de 4 700 000 actes notariés, seulement 113 000 avaient donné lieu à une contestation judiciaire. En Belgique, entre 1984 et 1988, 250 affaires sur environ 3 millions d'actes notariés en matière immo-

54. Ejan MACKAAY, « Les enjeux économiques de la reconnaissance du titre exécutoire conventionnel », dans N. KASIRER et P. NOREAU (dir.), *op. cit.*, note 1, p. 533, à la page 543.

55. Gerd H. LANGHEIN, « L'intervention du notaire dans le cadre de la juridiction non contentieuse (volontaire) », dans *20^e Congrès de l'Union internationale du notariat latin*, Rapports officiels, Carthagène, Éditions Socapress Perpignan, 1992, p. 7, à la page 19. Voir aussi Patrick ALLARD et Pascal Julien ST-AMAND, « Les potentialités du statut/Troisième commission », dans *Le statut de la liberté*, 26^e congrès du Mouvement Jeune Notariat, Québec, 1995, p. 119, aux pages 137 et s. ; Léon RAUCENT, *Fonction et statut des notaires*, t. 1, 3^e éd., Louvain-la-Neuve, Bruylant, 1988, p. 41 et 42.

56. J. BEAULNE, *loc. cit.*, note 48, 492.

bilière ont été portées devant les tribunaux, soit moins d'une contestation pour 10 000 actes notariés !⁵⁷

Aussi, puisque cet attribut extraordinaire est considéré par bon nombre comme « l'une des caractéristiques essentielles de l'acte notarial du notariat latin »⁵⁸, comment justifier son absence dans le système juridique québécois où la profession notariale y est d'ailleurs florissante ? Serait-ce en raison de sa proximité géographique avec des unités territoriales où règne la common law ?

III. LA TRANSPOSITION DE LA FORCE EXÉCUTOIRE DANS LE SYSTÈME JURIDIQUE DU QUÉBEC

Le Québec est un des systèmes civilistes⁵⁹ où la force probante accordée aux actes notariés n'est pas accompagnée d'une force intrinsèque d'exécution, la source législative de ce privilège – à savoir la loi du 25 ventôse an XI – n'ayant jamais été introduite dans notre système juridique⁶⁰.

Dans un document de travail produit en 2001, à la suite du colloque *Sources et instruments de justice en droit privé* organisé dans le cadre des Entretiens Jacques-Cartier, la Chambre des notaires du Québec recentre la problématique de la force exécutoire de l'acte notarié autour de deux axes : le premier invite à la réflexion afin de déterminer si le recours aux tribunaux étatiques est le seul mécanisme qui garantisse adéquatement les droits des justiciables, le second met en doute l'opportunité de la force exécutoire de l'acte notarié au regard des spécificités juridiques de la province.

La force d'exécution de l'acte authentique étant largement admise en France et en Europe, la démonstration des avantages

57. *Ibid.*, 488. M. Beaulne cite ici l'ouvrage de J. DEMBLON, « Le notaire, agent de prévention des conflits judiciaires », dans *Liber Amicorum – Léon Raucent*, Centre de droit patrimonial de la famille, Louvain-la-Neuve, Bruylant, p. 187, à la p. 188.

58. G. H. LANGHEIN, *loc. cit.*, note 55, 19. Voir aussi, Maria Antonietta COSSU, « L'authenticité : une sécurité européenne ? », dans *L'acte authentique, une minute dans l'air du temps*, 34^e congrès du Mouvement Jeune Notariat, Cancun, 2003, p. 107, aux pages 118 et s.

59. Le Royaume-Uni et l'Irlande en sont des exemples ; Hélène GAUDEMÉTALLON, *Les conventions de Bruxelles et de Lugano – internationale, reconnaissance et exécution des jugements en Europe*, 2^e éd., coll. « Droit des affaires », Paris, Montchrestien, 1996, n^o 419, p. 309. S'y ajoutent la plupart des États scandinaves ; R. STÜRNER, *loc. cit.*, note 37, 254.

60. J. BEAULNE, *loc. cit.*, note 36, 328.

qu'elle procurerait aux justiciables québécois, aussi brève soit-elle, n'apparaît ici d'aucune utilité pour le lecteur. Écartant ainsi ses fonctions premières que sont la sécurité contractuelle, l'économie et l'accès à la justice, attardons-nous plutôt à identifier et à tenter d'expliquer les critiques usuelles formulées à son égard.

C'est dans la confiance accordée au Québec à la figure du juge que se situe la première réticence à l'égard du projet des notaires québécois pour la force exécutoire. Pour bon nombre, la force exécutoire constitue un déni de justice. Le tribunal étatique demeure pour eux le seul véritable protecteur des droits des citoyens, la mission première du magistrat étant de consacrer des droits et d'en ordonner l'exécution. Cette fonction sociale manque cruellement au notaire qui, en l'absence de tout pouvoir juridictionnel, ne peut que procéder à des constatations. De surcroît, le débiteur n'ayant pas l'occasion de se défendre ou d'être entendu (*audi alteram partem*) au moment du défaut, il en résulte nécessairement pour certains un déni de justice.

C'est dans le vieil adage « nul ne peut se faire justice à lui-même » que prend sa source la seconde critique. La force exécutoire de l'acte authentique constitue ni plus ni moins qu'une atteinte à la véritable justice, voire à l'intégrité et à la liberté de l'individu. Argument rapidement écarté en Europe, il persiste toujours au Québec même s'il est démontré que l'exécution forcée serait réalisée par un officier de justice – huissier ou notaire – dans le plein respect des principes fondamentaux de justice.

Le statut du notaire québécois représente un autre obstacle à la reconnaissance de la force exécutoire de l'acte authentique. Contrairement au mode de nomination qui prévaut en Europe, le notaire du Québec n'est pas directement nommé par l'État. N'étant pas un véritable officier de l'État doté de tous les attributs du magistrat comme dans les systèmes civilistes européens, son constat de l'existence de l'obligation contractuelle ne peut équivaloir au même constat que ferait un tribunal de droit commun⁶¹.

Enfin, le mécanisme du constat de défaut proposé par la Chambre des notaires du Québec est problématique. Alors qu'en

61. Catherine VALCKE, « Le contrat en tant qu'instrument de justice privée : possibilités et limites », dans N. KASIRER et P. NOREAU (dir.), *op. cit.*, note 1, p. 39, à la page 62.

Europe, le constat est signifié par un huissier⁶², c'est au notaire que reviendrait cette tâche selon la proposition des notaires québécois. Or, les détracteurs de la force exécutoire de l'acte authentique prétendent tous que ce geste, parce qu'accompli en faveur du créancier de l'obligation, irait directement à l'encontre du devoir d'impartialité du notaire. « Lorsque survient le défaut, l'affaire devient contentieuse, et sort alors du domaine d'intervention légitime du notaire »⁶³.

Pour répondre à ces nombreuses critiques, et favoriser l'introduction dans le système juridique québécois de l'acte authentique exécutoire, les propositions suivantes ont été formulées en 2001 par la Chambre des notaires du Québec. Elles ont généralement été bien reçues par la doctrine :

- Attribution législative de la force exécutoire : le privilège serait octroyé aux actes notariés reçus en minute, sans nécessité d'une clause de soumission.
- Application limitée de la force exécutoire : à l'instar de certains États européens où la force d'exécution est tributaire de l'objet de la convention dressée par le notaire, il est suggéré de ne pas admettre le concept d'acte notarié exécutoire dans les domaines du droit où le risque de vulnérabilité d'une partie est bien réel, tels les droits de la consommation, des baux d'habitation ou de la personne. Le privilège serait ainsi limité aux actes authentiques de nature commerciale, dont les conventions d'aliénation ou de constitution de sûretés mobilières, la vente à tempérament, le crédit-bail, le bail commercial et la transaction.
- Introduction d'un nouveau statut, le « notaire d'État » : seuls certains notaires, nommés par l'État, bénéficieraient du pouvoir d'octroyer la force exécutoire à leurs actes authentiques. Ils n'auraient cependant pas l'exclusivité de la délivrance des constats de défaut ni de l'exercice des fonctions reliées à l'exécution forcée. Comme le souligne M. Beaulne, « s'il paraît indispensable que le notaire soit nommé par l'État, il est tout aussi essentiel qu'une fois cette nomination effectuée, il soit en mesure de maintenir une grande indépendance à son endroit »⁶⁴.

62. Certains soutiennent que le constat de défaut n'existe pas en Europe, l'huissier procédant simplement à la signification d'un avis de saisie.

63. C. VALCKE, *loc. cit.*, note 61, 65.

64. J. BEAULNE, *loc. cit.*, note 48, 502.

CONCLUSION GÉNÉRALE

On a souvent reproché aux États de tradition civiliste leur propension à véhiculer un système chargé de droit. C'est notamment ce que laisse entendre la Banque mondiale dans deux de ses rapports, *Understanding Regulation* et *Removing Obstacles to Growth*, publiés respectivement en 2004 et 2005, lorsqu'elle souligne que le volume même des lois et des règlements devient un frein à l'efficacité concrète du droit.

On reproche aussi à ces systèmes d'être chargés de trop de procès. En effet, depuis plusieurs années, on perçoit que le modèle traditionnel de la justice étatique ne répond plus aux besoins des membres de la société. Ceux-ci acceptent moins facilement que la « machine judiciaire » impose sa solution en accaparant entièrement le problème juridique qui lui est soumis. Or le mode transactionnel français, parce qu'il cède la place à la volonté individuelle des parties, permet que l'accord qui en émerge occupe un rôle de plus en plus important dans le maintien de la paix sociale.

Organisé de façon à assurer la stabilité du contrat, le régime de la transaction combine donc avec cohérence, en territoire français, les règles normatives du contrat et de la procédure (hybridation). Plutôt libérales lorsque n'existe entre les protagonistes aucun rapport de force, les premières favorisent la libre expression de la volonté des parties, alors que les secondes, plus strictes, en assurent le respect. La matérialisation de l'entente dans un acte notarié permet de surcroît, sans autre recours, que la contrainte publique soit utilisée pour obtenir l'exécution forcée d'une obligation partiellement ou totalement inexécutée ; cet acte s'exécute d'office.

Dans une étude québécoise anticipative, il a été démontré que l'exécution par la voie d'un acte notarié exécutoire nécessiterait un délai de cinq mois et coûterait 5 525 \$, en comparaison d'un délai variant entre 11 et 14 mois et de coûts qui se situeraient entre 12 285 \$ et 16 915 \$ pour une procédure judiciairisée⁶⁵. Quand on sait en outre que 1,2 milliard de dollars ont été consacrés au Canada au fonctionnement des tribunaux en 2002-2003, il est aisé de conclure que l'adoption du principe de la force exécutoire de l'acte notarié rendrait le Québec plus efficace sur le plan économique. Comme le soulignent MM. Kasirer et Noreau :

65. J. BEAULNE, *loc. cit.*, note 48, 493.

les coûts de l'administration de la justice étant sans cesse plus élevés, le droit privé devient peut-être le lieu d'un élargissement de la notion d'accès à la justice. Dans ce contexte, l'activité notariale peut certainement retrouver une fonction de premier plan.⁶⁶

Outre les bénéfices qu'en tireraient l'État et les citoyens, la profession notariale gagnerait nettement en crédibilité, notamment en raison de l'augmentation de son poids politique et de la mise en valeur de la spécificité du notariat. Ce déplacement de l'attention, au profit des notaires, constitue selon toute vraisemblance un des motifs qui fondent l'opposition du Barreau du Québec à la reconnaissance d'un acte authentique exécutoire⁶⁷.

66. N. KASIRER et P. NOREAU, *loc. cit.*, note 1, xviii.

67. E. MACKAAY, *loc. cit.*, note 54, 539.