

LA LETTRE D'INFORMATION DE L'AAPPE

DERNIERE MINUTE : Le Président PROVANSAL, le président sortant JOLY et le vice-président KIEFFER ont été longuement reçus à la Chancellerie pour présenter le projet de réforme des ventes sur liquidation judiciaire alors que se préparent les textes sur la réforme de la sauvegarde; à cette occasion ils ont pu argumenter pied à pied pour des ajustements de la procédure de saisie immobilière à partir des propositions de l'AAPPE déjà contenues dans les lettres écrites à la Directrice des Affaires Civiles et du Sceau en 2008 sur ce sujet. L'accueil a été favorable et de nouveaux décrets devraient être applicables au 1er Janvier 2009.

EDITORIAL DU PRESIDENT

Le temps est venu que les spécialistes des voies d'exécution reçoivent de l'AAPPE, non seulement des informations sur les nouveautés législatives, réglementaires ou jurisprudentielles, mais aussi les informations sur les positions adoptées en Conseil d'Administration sur les projets, textes et décisions intervenus depuis la dernière newsletter.

Le temps est aussi venu que le nouveau bureau s'exprime après les élections du mois de mars ne serait-ce d'abord que pour remercier notre ancien Président et les anciens membres, que l'on retrouve pour beaucoup aujourd'hui, et de la qualité et de l'intensité du travail accompli ces dernières années. En votre nom, nous avons fêté comme il se devait Emmanuel JOLY en son somptueux Bordeaux. La difficulté ne sera pas tant de continuer son œuvre, impérisable, assise sur de bonnes structures, que d'innover tout en améliorant l'existant si cela se peut.

Si l'actualité dépasse très nettement notre spécialité des procédures d'exécution, elle peut interférer : il en est ainsi tant des travaux de la commission Guinchard sur la déjudiciarisation ou les nouvelles répartitions de contentieux notamment d'exécution, que de ce qui est relatif aux travaux de Monsieur Magendie sur la procédure d'appel et enfin de ce que la commission Darrois conclura sur une grande profession du droit modernisée.

Les projets d'ordonnance portant - déjà - réforme de la sauvegarde nous ont donné l'occasion de présenter au Ministère de la Justice notre projet de réforme des ventes d'immeubles dans les liquidations judiciaires, lesquelles s'articulent bien mal avec la nouvelle saisie immobilière. Ce fut l'occasion de faire part de nos propositions d'ajustement de cette dernière, propositions qui ont été bien accueillies et seront largement prises en compte.

En revanche, la loi de modernisation de l'économie du 4 août 2008 nous inquiète en tant qu'elle étend un privilège par une insaisissabilité élargie à tous les immeubles non professionnels des entrepreneurs individuels et une accessibilité de leurs cautions aux procédures de surendettement et de rétablissement personnel.

Enfin, pour l'instant, malgré une offensive ultra libérale à l'européenne sur les ventes aux enchères par le Conseil Economique et Social, les ventes d'immeubles en justice ont été écartées de la déjudiciarisation, au motif d'un maintien de la protection des acquéreurs : tant les propositions de la Commission Guinchard, qu'une lettre officielle de la Directrice des affaires Civiles et du Sceau récemment adressée à l'AAPPE, nous confirment le maintien de la saisie judiciaire.

C'est pourquoi, le moment est venu de transmettre à qui de droit et faire valoir notre projet de réforme des saisies et des ventes publiques des parts sociales, entièrement repris avec projet de décret à l'appui par notre ancien Président François Kuntz. En effet, le texte actuel s'avère si imparfait et imprécis que peu de procédures sont engagées et encore moins aboutissent.

Notre influence et nos compétences ont été reconnues lors de notre colloque sur la "Réalisation des sûretés immobilières" le 23 mai dernier et nous avons le plaisir de vous annoncer que les débats ayant été enregistrés, nous en éditerons d'ici quelques semaines le texte complet sur papier, si les demandes en ce sens sont suffisamment nombreuses : les intéressés sont invités à se manifester par courriel auprès de Madame Véronique JEANDE, qui assure le secrétariat de l'AAPPE. Il se trouve déjà en libre accès sur notre site Internet, à l'exception d'une intervention réservée aux adhérents par accès codé.

A propos de notre site aappe.fr et de notre site encheresjudiciaires.com merci de nous aider à les alimenter par vos jurisprudences et articles ainsi que la publication de vos ventes : l'AAPPE n'existe que par ses membres et ses sympathisants.

Au nom de l'AAPPE, bien représentée à la Convention Nationale de Lille, puisqu'elle y avait notamment la responsabilité d'un atelier et participait à d'autres, je vous souhaite bonne lecture et bon courage pour absorber toutes les réformes qui seront applicables au 1^{er} janvier prochain !

**Alain PROVANSAL, Avocat au Barreau de Marseille
Président de l'AAPPE**

Flash info

MODALITES DE SIGNIFICATION ET NOTIFICATIONS DANS LES ETATS MEMBRES DE L'UNION EUROPEENNE - Le règlement n° 1393/2007 du 13 novembre 2007 relatif à la signification et à la notification dans les États membres des actes judiciaires et extrajudiciaires en matière civile ou commerciale devient pour l'essentiel **applicable à partir du 13 novembre 2008**, puisque c'est à cette date que sera abrogé le règlement n° 1348/2000 du 29 mai 2000. L'objet du texte est de d'améliorer la transmission des actes entre Etats membres, en prévoyant l'annexion aux actes d'un formulaire type. Ce dernier vise à informer le destinataire de son droit à refuser l'acte qui lui est signifié ou notifié. Il est prévu qu'à l'issue du délai d'un mois et en cas d'échec de la notification ou signification, l'entité requise en informera l'entité d'origine. Pour consulter le texte, cliquer sur le lien :

http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/fr/oj/2007/l_324/l_32420071210fr00790120.pdf

LA REFORME DE LA PRESCRIPTION issue de la loi n° 2008-561 du 17 juin 2008 portant "réforme de la prescription en matière civile"

Cette loi constitue bien entendu une réforme majeure du droit de la procédure civile. Elle fera l'objet d'une étude complète, notamment quant à ses incidences sur les procédures d'exécution dans le prochain numéro de notre lettre d'information, à paraître au début de l'année 2009.

SAISIE IMMOBILIERE ET MENTION DU MONTANT RETENU POUR LA CREANCE Par Gilles-Antoine SILLARD, Avocat au Barreau de Versailles

L'article 51 du décret n° 2006-936 du 27 juillet 2006 relatif aux procédures de saisie immobilières et de distribution du prix d'un immeuble énonce que : « *Le jugement d'orientation mentionne le montant retenu pour la créance du créancier poursuivant...* »,

A ce jour, les formules utilisées par les juges du fond en application de ce texte sont variées :

- «*Constate que le poursuivant a déclaré sa créance à hauteur de...*» VERSAILLES, 3 octobre 2007 n° 2007/64.
- «*La créance dont se prévaut la société est constituée par...*» NICE, 19 juillet 2007, n° 07/15.
- «*Retient une créance de...*» EVRY, 24 octobre 2007 n° 07/00053.
- «*Constate que le montant retenu pour la créance est de...*» BORDEAUX, 5 avril 2007 n° 07/02, LYON 8 janvier 2008 n° 07/00066.
- «*Fixe la créance à...*» CHALON SUR SAONE 3 juillet 2007 n°07/0003.

La terminologie « faire mention » dans un jugement ne se rattachant pas à un concept juridique précis, pose immédiatement la question de l'étendue des pouvoirs dévolus au juge de l'exécution.

La circulaire de la Direction des Affaires Civiles et du Sceau, du 14 novembre 2006, ne fournit aucun éclaircissement à ce sujet, sauf à indiquer § 3.4, que le jugement d'orientation vise le montant retenu.

Le terme « *viser* » est du reste encore plus éloigné que celui de « *mentionner* », de la notion de « *fixer* » de « *liquider* » ou de « *retenir* ». On peut en déduire que le fait de faire figurer le montant retenu pour la créance, au sens de l'article 51, ne constitue pas un acte juridictionnel ni une décision au sens de l'article 455 du code de procédure civile, de sorte que cette mention n'a pas à figurer au dispositif. C'est ainsi que l'a compris le juge de l'exécution de NICE dans la décision sus visée du 19 juillet 2007.

Cette interprétation conduit à répondre par la négative à une question d'une importance fondamentale à laquelle les praticiens sont confrontés quotidiennement et qui est la suivante : Le juge peut-il, alors qu'il n'est saisi d'aucune contestation, soulever d'office des moyens ayant trait à la créance et notamment, réduire son montant en modifiant par exemple le montant des intérêts, ou la clause pénale, le cas échéant après avoir rouvert les débats pour inviter le poursuivant à s'expliquer afin de respecter le principe du contradictoire ?

C'est par la négative qu'a tranché la 8^{ème} chambre, Section B de la Cour d'appel de Paris dans un arrêt en date du 14 février 2008, n° 07/20737, en énonçant que : « *En l'absence de contestation, le premier juge ne pouvait d'office réduire la créance du poursuivant et que le montant de celle-ci doit être retenu à la somme figurant au commandement de payer valant saisie immobilière...* » et en conséquence a "Dit que la créance s'élève à ..."

Cet arrêt mérite d'être approuvé pour plusieurs raisons. Tout d'abord, il s'appuie implicitement sur des arguments de texte et notamment sur l'article 49 du décret du 27 juillet 2006 encadrant les attributions du juge en vertu duquel celui-ci doit se limiter à « vérifier que les conditions édictées par l'article 2191 du code civil sont réunies... », c'est-à-dire s'assurer de l'existence d'un titre exécutoire, et d'une créance liquide et exigible. Ensuite, modifier, en l'absence de contestation, la créance du poursuivant au stade du jugement d'orientation, soumettrait le créancier poursuivant à un régime discriminatoire par rapport aux autres créanciers inscrits. En ce cas, le créancier poursuivant serait privé des effets du caractère « contractuel » de la distribution du prix voulu par le législateur : c'est ainsi que les autres créanciers inscrits seraient les seuls à participer au bénéfice de la première phase amiable obligatoire. De même, il serait interdit au poursuivant de participer au débat contradictoire organisé par la distribution judiciaire résultant des articles 122 à 124 du décret, puisque sa créance aurait été préalablement figée, ce qui apparaît choquant !

C'est donc avec satisfaction que l'on a vu une juridiction supérieure saisie pour la 1ère fois de la question, trancher dans le sens de la cohérence du décret du 27 juillet 2006, en réservant à la seconde phase de la procédure les débats sur les créances et leur paiement. Néanmoins, l'on peut s'interroger sur le maintien de cette jurisprudence en l'état de l'Avis rendu par la Cour de cassation le 16 mai 2008...

Sélection jurisprudentielle,

Par Frédéric KIEFFER, Avocat au Barreau de Grasse

L'avis de la Cour de cassation sur la nouvelle procédure de saisie immobilière - La Cour suprême a eu l'occasion, le 16 mai 2008, de rendre un avis sur trois points de la nouvelle procédure de saisie immobilière :

- 1- Le juge de l'exécution est tenu de trancher les contestations relatives à la validité des déclarations de créance soulevées au cours de l'audience d'orientation ;
- 2- La saisie immobilière et la distribution du prix constituent les deux phases d'une même procédure ;
- 3- Les déclarations de créances doivent être faites par acte d'avocat inscrit au Barreau de Tribunal de grande instance devant lequel la vente est poursuivie.

(Cour de cassation, Avis du 16 mai 2008, n° 0080003P)

[\[lien vers l'arrêt\]](#)

Le point de départ de la prescription quinquennale - Par **trois arrêts rendus le 10 juin 2008**, la Cour de cassation clarifie et harmonise les règles applicables à la question du point de départ du délai de prescription quinquennale de l'action en nullité du taux effectif global (TEG) stipulé dans un prêt. Elle juge que le point de départ de la prescription est, s'agissant d'un prêt, la date de la convention et, dans les autres cas, la réception de chacun des écrits indiquant ou devant indiquer le TEG appliqué (**Cass. Com. 10 juin 2008, pourvois n°06-19905 ; n°06-18906 ; 06-19452**).

La fin de la mention manuscrite ? - La Cour de cassation a eu l'occasion de préciser que depuis la nouvelle rédaction de l'article 1326 du Code civil, issue de la loi n° 2000-230 du 13 mars 2000, portant adaptation du droit de la preuve aux technologies de l'information et relative à la signature électronique, puisque le texte prévoit seulement que la mention doit être faite par le débiteur « lui-même », cette mention n'est plus nécessairement manuscrite (**Cass. Civ. 1, 13 mars 2008, n° 06-17.534**).

Saisie immobilière : en cas d'arrêt des poursuites, les frais de saisie restent à la charge du débiteur - La Cour d'appel de PARIS (2ème Chambre, section B) dans un arrêt du 28 Février 2008 met fin à un litige qui avait débuté quelques années auparavant et tranche la question de la charge des frais de saisie immobilière lorsque celle-ci était arrêtée à la suite d'un paiement libératoire effectué par le débiteur le jour de l'adjudication. La Cour d'appel de Paris estime d'une part que les dépens de première instance et d'appel étaient régulièrement inclus dans les causes du commandement, d'autre part, les frais de saisie, s'ils incombent légalement à l'adjudicataire en cas d'adjudication, ne peuvent que rester à la charge du débiteur lorsque la saisie immobilière est arrêtée par un paiement libératoire effectué par le débiteur le jour de l'adjudication, et ce, par application de l'article 32 de la loi du 9 juillet 1991 (**Cour d'appel de Paris, 2ème chambre B, 28.02.2008, juris-data n° 2008-356906, JCP 2008, ed. G, n° 14, IV, n° 1623, p. 56**).

Régime de l'avis à tiers détenteur - Dans le prolongement de l'arrêt de la chambre mixte du 26 janvier 2007, la chambre commerciale de la Cour de cassation confirme que l'avis à tiers détenteur (ATD) n'est pas soumis aux règles de la saisie-attribution (**Cass. ch. mixte, 26 janv. 2007, n° 04-10.422 : v. Bull. 91, page 7943**). En l'espèce, la Cour de cassation casse l'arrêt d'appel qui a condamné une société au paiement de dommages-intérêts en relevant une rétention abusive de renseignements et d'information vis-à-vis du Trésor. Elle juge que l'article 60 du décret n° 92-755 du 31 juillet 1992 ne concerne que la procédure de saisie-attribution et n'est pas applicable à l'ATD (**Cass. Com., 6 mai 2008, n°06-15.354**).

Une voie d'exécution ne constitue pas une instance - La Cour de Cassation a apporté des distinctions supplémentaires entre les instances et les voies d'exécution. En effet, elle a jugé que la péremption d'instance de deux ans de l'article 386 du Code de Procédure Civile ne s'appliquait pas à la procédure de saisie immobilière, qui est une voie d'exécution (**Cass. Civ. 2, 10 juillet 2008, pourvoi n°07-18448**).

REFLEXIONS SUR LA COMPETENCE DES AVOCATS EN MATIERE DE TRANSFERT DE DROITS REELS IMMOBILIERS : DU RECOURS A L'ARTICLE 1441-4 DU CODE DE PROCEDURE CIVILE

Commentaires sur les suites de l'arrêt : Cass. Civ. 1, 16 mai 2006, Pourvoi n°04-13.467,

Par François KUNTZ, Avocat au Barreau de Lyon et Michel DRAILLARD, Avocat au Barreau de Grasse

Le Président du Tribunal de Grande Instance de GRASSE rejette une requête aux fins de donner force exécutoire à une transaction constatant la dation en paiement d'un bien immobilier au motif que la disposition du protocole d'accord relative à la publicité foncière est de nature à faire échec au monopole d'ordre public des notaires.

La Cour d'Appel d'AIX confirme. La Cour de Cassation casse et annule en rappelant que la compétence des notaires ne s'oppose pas à ce que le juge, saisi sur requête, donne force exécutoire à une transaction opérant transfert de droits réels immobiliers. La Cour d'appel de Lyon infirme l'ordonnance rendue en conférant force exécutoire à la transaction. (Cass civ. 1, 16.05.06 Pourvoi W 04-13467 GE CAPITAL BANK-FREGA-BRETT-GRUGE ; CA LYON. 1° ch civ. 20.09.07 RG 06/06147 GE MONEY BANK/FREGA-BRETT-GRUGE)

Les faits de l'espèce - Des débiteurs sont poursuivis en saisie immobilière. Des tierces personnes versent à la banque le montant de la créance qui les subroge dans tous ses droits envers les débiteurs saisis, avec renonciation à la procédure de saisie immobilière et à la vente par adjudication.

Les débiteurs, agissant solidairement, font dation en paiement de la pleine propriété de leur bien, objet de la procédure de saisie immobilière. Par cette dation en paiement, les tiers-payeurs considèrent les débiteurs comme quitte de toute obligation à leur égard. **La transaction tripartite, qui prévoit la dation en paiement du bien immobilier, est signée le 26 août 2003**, avec une clause stipulant les conditions de publicité foncière.

Une requête aux fins d'homologation est déposée laquelle précise que la transaction valant cession de droits réels immobiliers, il est sollicité du Président du Tribunal de Grande Instance de GRASSE le transfert de la grosse de l'Ordonnance au service de l'enregistrement pour permettre la publicité foncière du protocole et de la décision lui donnant force exécutoire.

Le Président du Tribunal de Grande Instance de GRASSE rappelle que, par application de l'article 1441-1 du Code de Procédure Civile, il lui appartient de vérifier, avant de conférer force exécutoire à l'acte transactionnel, que celui-ci ne comporte aucune disposition contraire à l'ordre public.

Par ordonnance du 03 octobre 2003, le Président du Tribunal de Grande Instance de GRASSE rejette la requête au motif que la disposition du protocole d'accord relative à la publicité foncière est de nature à faire échec « au monopole d'ordre public des notaires institué par la loi en matière de transfert de la propriété immobilière et que les seules exceptions à la compétence des notaires résulte des décisions de justice ordonnant un transfert de propriété. En revanche, les parties ne peuvent conventionnellement déroger au monopole des notaires et demander au juge de revêtir la convention de la force exécutoire ».

Par arrêt du 25 février 2004, la Cour d'Appel d'AIX EN PROVENCE confirme la décision rendue par Monsieur le Président du Tribunal de Grande Instance de GRASSE aux motifs que l'article 1^{er} de l'Ordonnance n° 45-2590 du 2 novembre 1945 dispose que : « *Les notaires sont les officiers publics habilités 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 en assurer la date, en conserver le dépôt et en délivrer des grosses (copies exécutoires et expéditions)* ». Selon la Cour d'Appel d'AIX EN PROVENCE, il existerait un monopole des notaires pour recevoir les contrats devant revêtir un caractère authentique. La Cour relève qu'une transaction établie par un cabinet d'Avocats ne peut revêtir le caractère authentique exigé pour permettre la publicité foncière d'un contrat entraînant une cession immobilière. Dès lors, la demande d'homologation de la convention afin de parvenir à sa publication serait contraire à une règle d'ordre public. Le fait que toutes les parties soient intervenues à la transaction ne saurait donner au Président d'un tribunal un pouvoir qu'il n'a pas de conférer force exécutoire à un acte qui ne pouvait être établi que par un officier public en la forme authentique.

Par décision du 16 mai 2006, la Cour de Cassation casse et annule, dans toutes ses dispositions, l'arrêt rendu le 25 février 2004 et renvoie les parties devant la Cour d'Appel de LYON. **La Cour de Cassation rappelle que la**

compétence des notaires ne s'oppose pas à ce que le juge, saisi sur requête, donne force exécutoire à une transaction opérant transfert de droits réels immobiliers, conférant ainsi judiciairement à celle-ci un caractère authentique permettant son enregistrement et sa publication, sous réserve du respect des dispositions régissant la publicité foncière.

Par arrêt du 20 septembre 2007, la Cour d'Appel de LYON infirme l'ordonnance critiquée et confère force exécutoire à la transaction en toutes ses dispositions notamment celles prévoyant le transfert de la copie exécutoire aux services de l'enregistrement pour permettre la publicité foncière du protocole et la décision lui donnant force exécutoire.

Ces décisions sont très intéressantes à examiner au regard tant du contexte contractuel (le respect du droit des parties) que de l'authentification des actes enregistrant un transfert de droit réel immobilier.

1. SUR LE BIEN FONDE DE LA REQUETE AUX FINS DE VOIR CONFERER FORCE EXECUTOIRE A LA TRANSACTION

1.1. Sur la justification de la requête

Toutes les parties signataires de la transaction acceptent le dépôt d'une requête aux fins de lui conférer force exécutoire pour des motifs parfaitement précis auxquels il ne peut être dérogé :

- les parties, et plus particulièrement les débiteurs poursuivis sur saisie immobilière, négocient non seulement la créance et son remboursement par la dation en paiement mais également tous les frais de justice afférents. Imposer aux parties l'authentification de la transaction par acte notarié sur ces points aurait été contraire à la volonté des parties.

- par la création de l'article 1441-4 du Code de Procédure Civile, le législateur a entendu simplifier les modalités de mise en place des transactions, sans prévoir quelque exception que ce soit. Imposer l'intervention d'un officier ministériel, tel qu'un notaire, prive d'intérêt la transaction elle-même, dès lors que la loi prévoit expressément qu'une transaction peut se voir conférer force exécutoire par simple requête déposée auprès de Monsieur le Président près le Tribunal de Grande Instance et que l'article 3 de la Loi du 9 juillet 1991 a été modifié en ce sens. **La transaction homologuée constitue bien désormais un titre exécutoire.**

- l'ensemble des parties a, dans le cadre de la transaction intervenue entre elles, sollicité préalablement le conseil et l'intervention d'un avocat auxiliaire de justice parfaitement habilité à rédiger ladite transaction et à présenter au juge compétent une requête destinée à voir conférer la force exécutoire à cette transaction selon les instructions données par ces parties.

1.2. Sur la régularité de la requête au regard des règles de la publicité foncière

Comme tout acte soumis à publicité foncière, et en parfaite conformité avec les décrets n° 55-22 du 4 janvier 1955 et n° 55-1350 du 14 octobre 1955, la transaction rédigée par l'avocat, prévoit expressément toutes les mentions nécessaires aux fins de publication au bureau des hypothèques compétent.

La transaction et le projet d'Ordonnance annexés à la requête indiquent toutes les mentions nécessaires d'identification des parties et des biens, l'évaluation du bien immobilier aux fins de permettre le calcul des droits d'enregistrement au Bureau des Hypothèques compétent, ainsi que l'origine de propriété.

La transaction contient la radiation et la mainlevée du commandement aux fins de saisie immobilière et des inscriptions d'hypothèque grevant l'immeuble repris dans la requête et le projet d'ordonnance.

La publicité foncière de la transaction est donc parfaitement possible en l'état.

2. SUR LA REFORMATION DE L'ORDONNANCE

2.1. Monsieur le Président du Tribunal de Grande Instance de GRASSE a, par Ordonnance du 3 octobre 2003, rejeté la requête de tous les signataires de la transaction, laquelle prévoyait expressément le transfert de la copie exécutoire de la décision à intervenir aux services de l'enregistrement compétent pour permettre la publicité foncière du protocole et de la décision lui donnant force exécutoire.

Aux termes de la même Ordonnance, et aux fins de justifier le rejet, le Président du Tribunal de Grande Instance de GRASSE précisait que : « Cette disposition du protocole d'accord est de nature à faire échec au monopole

d'ordre public des notaires institué par la loi en matière de transfert de la propriété immobilière ».

Par décision du 16 mai 2006, la Cour de Cassation, qui a été suivie sur ce point par la Cour de LYON, a parfaitement suivi l'argumentation soutenue par les signataires de la transaction en rappelant que : « *La compétence des notaires ne s'oppose pas à ce que le juge, saisi sur requête, donne force exécutoire à une transaction opérant transfert de droits immobiliers, conférant ainsi judiciairement à celle-ci un caractère authentique, permettant son enregistrement et sa publication sous réserve du respect des dispositions régissant la publicité foncière* ».

2.2. L'article 1441-1 du Code de Procédure Civile, tel que résultant du décret n° 98-1231 du 28 décembre 1998, donne tous pouvoirs au Président du Tribunal de Grande Instance compétent, saisi sur requête par une partie à la transaction, de conférer force exécutoire à l'acte qui lui est présenté.

2.3. Cet article s'inscrit dans un ensemble de dispositions destinées à favoriser les modes dits « alternatifs » de règlement des litiges. La force exécutoire accordée à la transaction est la faculté « d'offrir à ceux qui tirent leurs droits d'une transaction la possibilité de la faire exécuter ». Saisi d'une telle requête, le juge opère un contrôle à la fois sur l'apparence de l'acte et sur le respect de l'ordre public.

2.4. Le juge, saisi d'une telle requête, doit cependant se limiter à « recevoir » la volonté des parties et à l'authentifier. Il ne saurait, en aucune façon, se substituer à cette volonté. Dès lors, l'intervention du juge en la matière est comparable à l'intervention du notaire. La transaction conserve sa nature conventionnelle mais acquiert une force nouvelle, à savoir la force exécutoire et par là même son authenticité. Ce n'est pas l'autorité de la chose jugée qui donne la force exécutoire, mais l'intervention d'un officier public. **Or, le greffier est le premier des officiers publics.**

2.5. Comme l'a rappelé la Cour de Cassation, **il n'existe aucun monopole des notaires en matière de transfert de droits immobiliers**, qui plus est si ce transfert résulte expressément de la transaction, laquelle reste soumise aux termes mêmes de l'article 1441-4 du Code de Procédure Civile ; ce texte ne prévoit aucune distinction entre les transactions soumises au juge accordant force exécutoire à celles-ci (et par là même la force authentique) et la convention déposée chez un notaire.

Aucun statut de « monopole d'ordre public » ne peut mettre en échec une disposition légale d'ordre public. Au surplus, dans l'hypothèse où ce « monopole » existerait, il serait parfaitement contraire au droit communautaire.

Les articles 85, 86, 90 du traité de la Communauté Economique Européenne prohibent totalement l'instauration de monopoles intangibles qui, sous couvert d'un statut légal, installerait, de manière absolue, des situations anti-concurrentielles (cf. CHAPIRA Le Tallec et Blaise – droit européen des affaires p 390).

Le monopole résultant d'un statut légal ne se justifie qu'au regard des nécessités d'une délégation de l'autorité publique et devient abusif si, sur le fondement de dispositions de droit interne, il allait bien au-delà des nécessités d'intérêt général qui le fondent.

2.6. Les intérêts des deux parties justiciables sont protégés par l'intervention de l'avocat qui constitue le premier contrôle de l'équilibre des obligations réciproques. L'intervention du juge constitue le deuxième contrôle parfaitement efficient dès l'instant où, après vérifications de l'apparence formelle de la transaction, du respect de l'ordre public et de l'absence de fraude, le juge confère force exécutoire à l'acte présenté par l'avocat, représentant obligatoire aux termes de l'article 813 du Code de Procédure Civile.

Peu importe que la transaction aboutisse au transfert de droits immobiliers, transfert résultant de la loi. La transaction acceptée par l'ensemble des parties, l'enregistrement et la publicité foncière étant elle-même acceptée par toutes les parties, il ne saurait être dénié que le juge a tous pouvoirs en sa qualité d'officier public d'accorder la force exécutoire à la transaction et d'autoriser l'enregistrement et la publicité foncière de celle-ci.

2.7. Dans le cas d'espèce, il est clair que les parties ont souhaité éviter une vente publique, limiter très précisément les frais en écartant toute intervention d'un notaire et prévoir le transfert de droits réels par l'enregistrement et la publication foncière. Il ne pouvait être porté atteinte aux droits des parties, sauf à réduire à néant le fondement même de la transaction.

2.8. Cette décision va dans le droit fil de l'évolution du droit transactionnel. Plusieurs années après la mise en place de l'article 1441-4 du Code de Procédure Civile, le nombre de transactions présentées aux Présidents des Tribunaux de Grande Instance sur le territoire français connaît une augmentation extrêmement importante justifiant, par là même, la volonté du législateur de favoriser le règlement alternatif des conflits.

Rien n'interdit en l'état du droit d'envisager la rédaction entre autres par les avocats d'une transaction enregistrant entre les parties la volonté de voir cette fois-ci prononcer la résolution d'une vente immobilière.

LES NEWS DE L'AAPPE

La profession a été alertée voire troublée au mois de juin par deux événements majeurs.

D'abord, le 10 juin, Madame le Ministre de la Justice, Rachida DATI, **annonçait la suppression des avoués près la Cour d'Appel en même temps que des mesures de simplification de la procédure devant les Cours d'Appel.** Elle anticipait ainsi le rapport qu'elle avait confié à la mission MAGENDIE II, rapport qui sera finalement déposé à la fin du mois de juin et qui n'est pas sans impact sur nos procédures d'appel puisqu'il préconise des obligations de délais (deux mois pour chaque partie pour conclure), de formatage des conclusions avec communication obligatoire et numérotation des pièces dans les bordereaux et les conclusions et qu'il ouvre la voie de l'irrecevabilité d'office des prétentions nouvelles en supprimant le dossier de plaidoirie et la plaidoirie traditionnelle ; rien n'est en revanche exigé parallèlement des magistrats et greffiers.

Ensuite, le 11 juin, nous apprenions, à la lecture du FIGARO, que le Conseil d'Orientation de la Révision Générale des Politiques Publiques préconisait une **déjudiciarisation** de certaines tâches, notamment les changements de régimes matrimoniaux (ce qui démontrait le peu de sérieux de l'analyse), les divorces, ce qui est en question depuis déjà deux tenues de ce Conseil depuis fin 2007, anticipant par là sur les conclusions de la Commission présidée par le Recteur GUINCHARD qui ne déposera son rapport que postérieurement, et enfin la **déjudiciarisation de la saisie immobilière.** La profession s'est mobilisée, l'AAPPE a rédigé et fait adopter par la Conférence des Bâtonniers, qui l'a communiqué au nom des deux, **un manifeste sous forme de communiqué** destiné à la défense de cette procédure. Le Conseil National des Barreaux a également rédigé un communiqué et fait diffuser un autre.

[Lire la suite sur le site l'AAPPE...](#)

QUESTION PRATIQUE

LES VOIES DE RECOURS CONTRE LES ORDONNANCES RENDUES SUR REQUETE

Par Céline GRAVIERE, avocat au Barreau de Bordeaux

Les critiques qui peuvent être émises à l'encontre de certaines ordonnances sur requête rendues par les Juges de l'exécution en matière de distribution du prix ont fait ressurgir la question des voies de recours contre lesdites décisions.

Le régime de droit commun des recours des ordonnances rendues sur requête prévoit deux types de recours, fonction de la position du contestant par rapport à la demande (I). Cependant, les dispositions du décret du 27 juillet 2006, en excluant l'appel des voies de recours, laissent entière la question des voies de recours contre les ordonnances rendues en matière d'homologation des procès-verbaux de distribution du prix (II).

I - Retour sur le régime de droit commun

On rappellera que **l'article 496 du Code de procédure civile** régit de manière univoque, mais finalement assez complexe, les recours contre les ordonnances rendues sur requête, qu'elles soient rendues en matière gracieuse ou contentieuse, à la **condition qu'il ne s'agisse pas de mesures d'administration judiciaire**, puisque ces dernières sont insusceptibles de recours. Sur ce point, il est à noter que si les ordonnances rendues par les Présidents des Tribunaux de grande instance autorisant à assigner à jour fixe reçoivent cette qualification, tel n'est pas le cas des ordonnances rendues par les Premiers Présidents de Cour d'appel statuant sur les demandes analogues (v. *Dalloz Action Procédure civile, sous la Direction de Serge GINCHARD, n°324.72 et s. et la jurisprudence citée : Cass. 2^{ème} civ. 24 juin 2004, Bull. civ. II, n°321 et Cass. 3^{ème} Civ. 3 mai 1985, Bull. civ. III, n°101*).

- **Les voies de recours du requérant: l'appel ou le pourvoi en cassation**

La voie de recours du requérant est l'appel, dans le délai de quinze jours à compter du prononcé de l'ordonnance, dès lors que celui-ci correspond au jour de remise de la minute, **la charge de la preuve contraire pesant sur le requérant**(*Cass. 2^{ème} civ. 16 mai 1990, Bull. Civ. II, n°105 ; Cass. 2^{ème} civ. 16 juillet 1992, Bull. civ. II, n°212*).

L'appel est formé, instruit et jugé comme en matière gracieuse.

Cependant, si l'ordonnance est rendue par le Premier Président d'une Cour d'appel, l'appel est exclu par l'article 496 du Code de procédure civile : le seul recours possible reste le pourvoi en cassation.

- **Les voies de recours des tiers: le référé-rétractation**

Les tiers peuvent former à l'encontre des ordonnances rendues sur requête, dès lors qu'ils y ont bien entendu intérêt, un recours visant à la rétractation ou à la modification de l'ordonnance rendue. Ce « référé-rétractation », ainsi que les praticiens ont dénommé le recours ouvert par l'article 496 alinéa 2 du Code de procédure civile, est exclusif de tout autre recours (appel ou pourvoi en cassation), **à l'exception de l'hypothèse (rare) où le tiers a pu manifester de manière contradictoire son opposition à la décision. En ce cas, l'appel lui est ouvert** et ce sont les règles de la procédure contentieuse qui s'appliquent (*Cass. 1^{ère} civ. 7 nov. 1979, Bull. civ. I, n°274*).

Le recours est formé au moyen d'une **assignation en référé, directement auprès du magistrat qui a rendu la décision, seul compétent**, même si sa juridiction est incompétente au fond et précision faite que c'est la fonction qui est considérée, non la personne (*Cass. 2^{ème} civ. 11 mai 2006, D. 2006, IR, p. 1705*). Enfin, si la décision est rendue par la Cour d'appel infirmant une ordonnance de rejet, le référé-rétractation doit être formé devant la Cour.

Le contestant n'est soumis à aucun délai pour assigner, et peut agir même si le juge du fond est saisi (*article 497 du Code de procédure civile*).

La décision **rendue est une ordonnance de référé qui n'a pas l'autorité de chose jugée au principal, confirmant, rétractant ou modifiant la décision initiale**, ce au terme d'une procédure contentieuse contradictoire, étant précisé que (*v. Dalloz action, op. cit. n°324.74 et s.*) :

- la charge de la preuve pèse sur le requérant;
- les prétentions des parties limitent l'intervention du juge, qui n'a pas à procéder d'office à la vérification du bien-fondé de la mesure;
- le juge doit se placer au jour où il statue et non à la date à laquelle la décision a été rendue ;
- les pouvoirs du juge ne sauraient être limités par l'urgence ou la contestation sérieuse mais il doit statuer dans les limites de la demande du requérant et ne peut ordonner de mesure nouvelle.

II - Des recours spécifiques en matière d'ordonnance statuant sur les demandes d'homologation de procès-verbaux de distribution ?

La procédure de distribution instaurée par les articles 112 et suivants du décret du 27 juillet 2006 appelle d'emblée l'observation suivante : elle conduit à l'établissement, par le créancier poursuivant, d'un procès-verbal d'accord sur les modalités de distribution du prix de l'immeuble vendu aux enchères publiques, **après débat contradictoire**. En effet, les différents créanciers sont appelés à actualiser leur créances et à émettre leurs contestations sur la répartition proposée par le poursuivant.

En conséquence, il s'avère difficile d'appliquer le régime de droit commun aux recours contre les ordonnances homologuant - ou non - un procès-verbal de distribution du prix d'abord parce que l'article 121 du décret du 27 juillet 2006 exclut expressément la possibilité d'un appel à l'encontre de la décision statuant sur la demande d'homologation. Il ne resterait alors des voies de recours de droit commun que le référé-rétractation des tiers...

Surtout, le recours à l'article 496 du Code de procédure civile paraît difficile dans la mesure où **les conditions d'obtention de la décision du juge sont fondamentalement différentes**. D'ailleurs, il a été rappelé que dans l'hypothèse exceptionnelle où l'ordonnance aura été rendue **après débat contradictoire**, le référé-rétractation du tiers disparaissait au profit d'un appel instruit comme en matière contentieuse (*supra, Cass. 1^{ère} civ. 7 nov. 1979, Bull. civ. I, n°274*).

Aussi, alors même que l'article 496 avait créé un système de voie de recours contre les ordonnances sur requête qui ne distinguait pas entre les ordonnances rendues en matière gracieuse et les ordonnances rendues en matière contentieuse, il redevient incontournable de qualifier l'acte contre lequel on souhaite former un recours, pour déterminer la forme de ce dernier.

Il est alors permis d'hésiter entre la qualification de **jugement gracieux**, l'article 25 du Code de procédure civile prévoyant que « *Le juge statue en matière gracieuse lorsqu'en l'absence de litige il est saisi d'une demande dont la loi exige, en raison de la nature de l'affaire ou de la qualité du requérant, qu'elle soit soumise à son contrôle.* » et celle de **contrat judiciaire**, le juge se contentant de constater la survenance d'un accord entre les parties. Le choix entre l'une ou l'autre de ces qualifications n'est pas anodin puisque si les jugements gracieux sont des actes juridictionnels - selon la doctrine moderne -, les contrats judiciaires n'en sont pas et sont, en conséquence, insusceptibles de recours.

La Cour de Cassation avait résolu la question à propos des ordonnances rendues en matière d'homologation de transaction en estimant qu'il s'agissait d'une requête relevant de l'article 812 du Code de procédure civile et qu'elle ne pouvait donc qu'être soumise aux dispositions de l'article 496 du Code de procédure civile.

En matière de requête sollicitant l'homologation d'un procès-verbal de distribution du prix, la solution ne pourra être transposée puisque non seulement la requête n'entre pas dans le cadre de l'article 812 du Code de procédure civile, mais de plus et en toute hypothèse, il a été démontré qu'il était plus que difficile d'appliquer le régime de droit commun.

Certains ont proposé alors, estimant que l'on était en présence d'un contrat judiciaire, d'un acte de nature non juridictionnelle et en l'absence de litige, de distinguer selon que l'ordonnance confère ou non la force exécutoire. Dans la première hypothèse, l'action en nullité serait ouverte, le juge ayant donné force exécutoire à un contrat judiciaire. Dans la seconde, c'est la voie de l'appel-nullité qui pourrait être ouverte (*Lire l'intervention de Gilles-Antoine SILLARD, Colloque du 23 mai 2008, La distribution du prix : l'homologation de la distribution amiable, Actes publiés sur le site de l'AAPPE, p. 40 s. : LIEN*).

La circulaire d'application du 14 novembre 2006 prévoit quant à elle dans son point 5-3.2.3 que le pourvoi en cassation est ouvert en application de l'article 606 du Code de procédure civile contre la décision d'homologation, renvoyant à l'ouverture d'une distribution judiciaire en cas de refus d'homologation.

La jurisprudence tranchera...

PUBLICATION DES INTERVENTIONS DU COLLOQUE

Nous vous rappelons que les interventions du colloque sont en ligne sur le site de l'AAPPE (Lien vers les interventions) et que si les demandes sont en nombre suffisants, nous procéderons à une publication papier. Aussi, nous vous invitons à nous adresser un mail à l'attention de Madame Véronique JEANDE, secrétaire de l'association.

Responsable de la publication :

Alain PROVANSAL, Président de l'AAPPE

Contact rédaction :

Céline GRAVIÈRE, Secrétaire-adjointe de l'AAPPE, contact@cgavocat.com