



**AVIS DE M. DE MONTEYNARD,
AVOCAT GÉNÉRAL**

Arrêt n° 670 du 17 mai 2023 – Assemblée plénière

Pourvoi n° 20-20.559

Décision attaquée : 4 juillet 2019, Cour d'appel de Versailles

Caisse nationale d'assurance vieillesse

**C/
M. [M] [Y]**

Les faits ont été parfaitement exposés par le rapport et par l'arrêt déféré. Il suffit de rappeler que le demandeur a frauduleusement perçu une part importante de ses pensions de retraite et de réversion et que la caisse, à la suite d'une enquête, a réclamé le trop-perçu.

La cour d'appel a admis la fraude - dont la mise en oeuvre ne posait en réalité aucune difficulté - mais a limité les droits de la caisse aux cinq années précédant la demande motif tiré de ce qu'il convenait "*d'appliquer la prescription quinquennale de droit commun (...) sur les sommes réclamées*".

En d'autres termes, l'arrêt a considéré que la prescription quinquennale de droit commun édictée à l'article 2224 du code civil avait pour objet non seulement d'obliger un créancier à agir dans les cinq ans de la naissance ou de la connaissance de son droit mais également de limiter les droits de ce dernier aux cinq années de créance précédant sa demande. Ce faisant, la cour d'appel a considéré que la prescription de droit commun de l'article 2224 du code civil opérait, quant à la mesure de la créance à recouvrer, comme prescription libératoire extinctive.

Le pourvoi articulé en un seul moyen, une seule branche reproche à l'arrêt d'avoir ainsi limité la créance de restitution en méconnaissance de la nouvelle appréhension de la prescription édictée aux articles 2224 et 2232 du code civil.

I - QUELQUES REFLEXIONS PREALABLES

1- La solution admise par la cour d'appel ne peut pas, logiquement, concerner une créance pure et simple, payée ou due d'un seul coup. La solution critiquée n'est intelligible que si la créance litigieuse concerne des sommes qui auront été versées sur une certaine période.

Si la cour d'appel a pu limiter la créance de la caisse aux cinq années de versements indus antérieurement à la demande, c'est parce que ces versements se sont étalés dans le temps.

2- Le droit applicable à la restitution à la caisse d'un trop perçu en matière de prestation de vieillesse est un **droit spécial inséré dans le code de la sécurité sociale** dont la mise en oeuvre est précisée à l'article L. 355-3 du code de la sécurité sociale qui disposait, dans sa rédaction applicable du 21 décembre 2011 que *"toute demande de remboursement de trop-perçu en matière de prestations de vieillesse et d'invalidité est prescrite par un délai de deux ans à compter du paiement desdites prestations dans les mains du bénéficiaire, sauf en cas de fraude ou de fausse déclaration"*.

Le texte ne pose pas de grandes difficultés en l'absence de fraude. La caisse est à l'origine des paiements. Le caractère indu provient de son fait. Elle ne peut donc ou, *a minima*, elle ne saurait en ignorer l'existence. Tout paiement reçu plus de deux ans après la réclamation de la caisse restera acquis à l'assuré peu important son éventuel caractère indu.

La jurisprudence est constante pour admettre qu'en cas de fraude, c'est la prescription de droit commun qui trouve à s'appliquer, trentenaire jusqu'en 2008, quinquennale depuis (Soc, 13 juillet 2000, n° 9910447).

Ce n'est donc que par exception que s'applique le droit commun. Mais à partir du moment où l'on admet qu'il trouve à s'appliquer, il n'y a pas lieu de mettre en oeuvre les règles particulières du droit de la protection sociale.

Il importe peu, quant à la portée de la décision qui sera rendue, que l'affaire s'inscrive dans le cadre d'un indu de protection sociale, les textes mis en oeuvre et les règles induites sont des règles de droit commun et **c'est bien le droit commun de la prescription civile qui doit être mis en oeuvre. L'arrêt à rendre** aura nécessairement une portée qui va au-delà de la seule problématique de protection sociale et il **va nécessairement influencer toute situation** qui suppose la mise en oeuvre de la **prescription extinctive civile de droit commun.**

II - Devant l'absence de motivation, comment expliquer la solution admise par la cour d'appel et soutenue par le mémoire en défense ?

La solution repose en définitive sur une considération et sur une justification :

Une considération : Il faut impérativement que la prescription coure à compter du paiement :

La prescription de droit commun édictée à l'article 2224 du code civil étant de cinq ans, elle court à compter de chaque paiement. La prescription "*se divise comme la dette elle-même et court à l'égard de ses fractions à compter de chaque échéance*" (Civ, 1^{ère}, 11 février 2016, n° 1422938). La caisse n'est en droit de recouvrer que les cinq dernières années de paiement de l'indu.

Une justification :

L'article **L 355-3** du code de la sécurité sociale précisant que toute demande de remboursement de trop-perçu en matière de prestations de vieillesse et d'invalidité est **prescrite à compter du paiement**, la loi fixe ainsi le point de départ de la prescription. Que cette dernière, normalement biennale devient quinquennale en cas de fraude, cela n'y change rien. Dans les deux cas de figure, il s'agit de prendre comme point de départ le paiement entre les mains de l'assuré ainsi que l'exige le texte.

En d'autres termes, la solution trouve sa justification dans **la lettre de la loi qui fixe un délai intangible au point de départ de la prescription** et se borne, en définitive, à seulement en allonger la durée en cas de fraude.

La solution a comme conséquence de faire perdre à un créancier de bonne foi et diligent une partie de sa créance et de permettre à un débiteur de mauvaise foi de s'en trouver quitte. Dans cette mesure, elle constitue une vraie question de justice.

Admettre ou combattre cette solution suppose en définitive un choix dans l'appréhension de la notion de prescription extinctive.

III - Quelques rappels concernant la prescription extinctive

L'idée de prescription ne va pas de soi : elle retire en droit ce qu'elle laisse en sécurité.

La réforme de 2008 s'est risquée à une définition de la prescription extinctive qu'elle a insérée à **l'article 2219 du code civil** : elle est un mode d'extinction d'un droit résultant de l'inaction de son titulaire pendant un certain laps de temps.

L'extinction du droit n'est pas automatique mais subordonnée à une inaction de son titulaire. Elle constitue ainsi une sanction d'un manque de diligence du titulaire d'un droit. Ontologiquement, elle s'éloigne de la notion de délai fixe, ou préfixe, dont la mise en œuvre est indépendante de toute volonté.

Ainsi décrite, la prescription tend à concilier une forme nécessaire de "droit à l'oubli", de consolidation des situations juridiques acquises avec l'idée de justice qui tend à interdire que le titulaire d'un droit en soit privé seulement parce que le temps aurait passé.

En permettant ainsi que la prescription soit conditionnée à la volonté du titulaire du droit, le législateur admet qu'elle soit source nécessaire d'une insécurité juridique et sociale et tout l'art de sa mise en œuvre tend à concilier pratiquement ces impératifs de justice avec une nécessaire sécurité garante pratique de toute vie en société.

Esmein en résume à mon avis parfaitement la problématique :

“Mais si chacun a intérêt à ne pas être troublé par une réclamation dont, en raison de l'ancienneté des faits sur lesquels elle repose, il aurait peine à prouver qu'elle n'est pas fondée, s'il est opportun, pour une bonne administration de la justice que les juges n'aient pas à statuer sur de tels faits, seuls sont en jeu, en général, des intérêts particuliers. Et quand le débiteur est libéré de sa dette alors qu'il n'a pas payé, il s'enrichit au détriment de son créancier, sans autre cause que la règle légale qui établit la prescription. Ce qui a conduit le législateur à décider que le juge ne peut invoquer d'office un moyen tiré de la prescription et la jurisprudence a exclu la répétition des sommes payées par le débiteur soit avant, soit après le délai de prescription.”¹

Le coeur de la difficulté tient au caractère **“glissant”** du point de départ de la prescription dont la mise en oeuvre trouve son origine dans la maxime selon laquelle la prescription ne court pas aussi longtemps que le créancier s'est trouvé dans l'impossibilité d'agir **“contra non valentem agere non currit praescriptio”** désormais codifiée à l'article **2234 du code civil**.

Pourvu qu'on en admette une acception large et l'insécurité juridique sera grande, dans la même mesure, le droit du créancier sera respecté. Pourvu qu'on y substitue une acception restreinte et la sécurité juridique sera augmentée au risque cependant de permettre que le créancier soit déchu d'une partie de ses droits. L'ordre public et la sécurité y gagnent ce que perdent justice et respect des droits.

☞ Et en permettant ainsi que la contestation ou la mise en oeuvre d'un droit, d'une situation acquise, en apparence apaisée par le temps, puisse être utilement remise en cause très tardivement, **la maxime consacre une insécurité juridique comme source du droit.**²

Cette insécurité consubstantielle à la notion de prescription extinctive, a ému le législateur qui va, pour en contrecarrer les effets inattendus, user de plusieurs outils.

IV - A la recherche de l'impossible sécurité juridique

A - Il s'agira d'abord **de substituer aux délais de prescription des délais fixes, dits “préfix”,** ou de déchéance, de forclusion, qui se bornent à suivre aveuglément le cours du temps sans être affectés par la volonté du moindre acteur juridique.

B - Il s'agira ensuite de **limiter, dans la loi, les possibilités de mise en oeuvre de la maxime.**

¹ Extrait de “Aubry et Rau par Esmein 1958”

² La maxime est prêtée au juriste postglossateur médiéval italien Bartole (1313-1356)

C - Il s'agira enfin de **fixer strictement l'étendue éventuelle de la créance à recouvrer** en mettant en oeuvre une distinction devenue classique en droit fiscal : la prescription du recouvrement doit se distinguer de la prescription de l'assiette. L'une a trait aux conditions de mise en oeuvre d'un droit, l'autre au résultat légalement envisageable.

A - "SUBSTITUER AUX DELAIS DE PRESCRIPTION DES DELAIS PREFIX"

La question ne semble **pas directement pertinente en l'espèce** puisque le délai biennal envisagé à l'article 355-3 du code de la sécurité sociale est expressément qualifié de délai de prescription : **"toute demande de remboursement de trop-perçu en matière de prestations de vieillesse et d'invalidité est prescrite"**.

Ce serait tout simplement mettre en oeuvre une solution *contra legem* que de considérer le délai litigieux comme un délai préfix.

Mais la question **retrouve de sa pertinence** quant à l'étendue éventuelle de la créance à recouvrer et ce dans la mise en oeuvre de **l'article 2232 du code civil**.

Le législateur y a ici imaginé - *sur les ruines de la prescription trentenaire* - **une date-butoir incompressible** de 20 ans insensible à toute interruption ou suspension, infranchissable et opérant une frontière étanche entre le temps du droit et celui de l'Histoire.

Il s'agit d'une sorte de filet juridique dont la raison d'être originelle était, de l'aveu même du législateur, de lutter contre les délais glissants attachés aux prescriptions tels que le permettent les règles d'interruption et de suspension, conduisant ainsi les litiges à prendre en considération des éléments factuels très anciens qui relèvent sociologiquement plus de l'Histoire que de la justice et entraînant un risque d'insécurité juridique.

- *extrait du rapport de M. Béteille, sénateur (2007/2008) :*

"[L'article 2232] institue un délai butoir, conduisant à la déchéance du droit d'agir, en prévoyant que le report du point de départ, la suspension ou l'interruption de la prescription ne peut avoir pour effet de porter le délai de la prescription extinctive au-delà de vingt ans à compter du jour de la naissance du droit.

Ce délai butoir a vocation à s'appliquer à l'ensemble des prescriptions, y compris celles prévues par d'autres lois et d'autres codes comme le code de commerce par exemple, sauf dispositions contraires. (...)

Le principe d'un délai butoir est (...) déjà inscrit dans les législations allemande et belge.

Son introduction dans notre droit répond à un impératif de sécurité juridique. Elle paraît d'autant plus nécessaire que la prescription aurait désormais un point de départ souple et pourrait être aisément suspendue. Elle contribuera à renforcer l'attractivité de notre droit.

En tout état de cause, la durée du délai et les garanties qui entourent son application doivent permettre d'éviter que le titulaire d'un droit se trouve forclos avant même d'avoir pu l'exercer."

On imagine en effet, sur ce dernier point, un créancier, placé le plus légitimement du monde dans l'impossibilité d'exercer son droit pendant plus de vingt ans à compter de l'événement consacrant son droit (paiement, date d'une vente, accident, infraction, etc.) et il se trouvera déchu de tout droit par application du délai-butoir.

L'instauration, au coeur du droit commun de la prescription extinctive, d'un texte édictant à l'évidence un délai de déchéance, de forclusion, de disparition automatique du droit constitue une singularité parfaitement décrite par le sénateur. Cette singularité n'a pas à devenir la norme en matière de prescription. Le législateur, à l'évidence, a entendu préserver à la prescription son caractère habituel de prise en compte du temps par la volonté des acteurs auxquelles elle serait opposée.

Et l'instauration de ce délai-butoir heurte suffisamment la maxime “*contra non valentem*” pour que confrontée dernièrement à sa mise en oeuvre, la chambre sociale (soc, 3 avril 2019, n° 1715568) en écarte l'application qui aurait interdit, selon elle, à un salarié de percevoir de fait une partie d'une pension de retraite en raison d'une faute très ancienne de son employeur. Pour écarter l'application de ce texte dont la mise en oeuvre pouvait cependant aller de soi, la chambre sociale l'a lu **“à la lumière de l'article 6-1 de la Convention européenne des droits de l'homme”**.

Cet arrêt témoigne, en tant que de besoin, **la force juridique attachée à la maxime** qui constitue, en filigrane du droit de la prescription, une sorte de *modus operandi* qu'il est très difficile de mettre de côté et tout simplement parce que sa mise en oeuvre n'est que l'expression d'une forme de justice.

De ce point de vue, la **récente réforme de la prescription en matière pénale** issue de la loi n° 2017-242 du 27 février 2017 s'est inscrite dans une dynamique proche : la règle “*contra non valentem*” a été consacrée en présence d'infractions occultes et un délai glissant de mise en oeuvre de l'action publique est désormais justifié lorsqu'en raison de ce caractère occulte, la partie poursuivante s'est trouvée empêchée de déclencher l'action publique dans le temps habituel de la prescription. Cette consécration législative récente s'appuie expressément sur des principes reconnus constants par la jurisprudence :

“Par dérogation au principe législatif qui fixe le point de départ du délai de prescription de l'action publique au jour de la commission de l'infraction, les juridictions répressives, ayant recours au critère de « dissimulation » ou au caractère « occulte » de certaines infractions, reculaient constamment ce point dans de nombreux secteurs. Tel était, d'abord, le cas en matière d'abus de confiance. Puis, ce mouvement jurisprudentiel a été progressivement étendu à de nombreuses autres infractions : abus de biens sociaux, trafic d'influence, prise illégale d'intérêts, favoritisme, tromperie... La non-conformité de cette jurisprudence à des principes constitutionnels a servi de fondement à des questions prioritaires de constitutionnalité invoquant la violation des principes de légalité et de prévisibilité de la loi. L'assemblée plénière de la Cour de cassation a jugé que ces questions n'étaient pas sérieuses, car « les règles, relatives au point de départ de la prescription de l'action publique..., sont anciennes, connues, constantes et reposent sur des critères précis et objectifs » (Cass. plen. 20 mai 2011 n° 1190025”). Une telle affirmation est certainement contestable, car la procédure pénale ne relève que de la matière législative (Const. 4 oct. 1958, art. 34). Seul le législateur peut prévoir des dérogations, le juge ne devant pas empiéter sur le domaine qui est exclusivement réservé au premier. À vrai dire, ces critiques ne devraient plus avoir lieu, car le troisième alinéa du nouvel article 9-1 du Code de procédure pénale vise à donner un fondement législatif à la jurisprudence existante en fixant le point de départ du délai de

prescription de l'action publique des infractions occultes ou dissimulées au « jour où l'infraction est apparue et a pu être constatée dans des conditions permettant la mise en mouvement ou l'exercice de l'action publique »³.

Et de la même manière que le législateur de 2008 a inséré un **délai butoir**, celui de **2017** s'y est également risqué mais **ses effets ont été expressément limités** puisqu'en la matière, il a été admis que ce délai devait **être soumis aux règles habituelles de suspension et d'interruption de la prescription** :

“Afin de faire obstacle à ce que les infractions « occultes » ou « dissimulées » puissent être poursuivies longtemps après leur commission et d'éviter « tout risque d'imprescriptibilité de fait », les sénateurs ont proposé de fixer un délai butoir pour l'exercice de l'action publique. Ainsi, l'article 9-1, al. 3, in fine du Code de procédure pénale indique-t-il que dans les hypothèses visées, le délai de prescription ne pourra « excéder douze années révolues pour les délits et trente années révolues pour les crimes à compter du jour où l'infraction a été commise ». Cela signifie que les poursuites ne pourront valablement être engagées à l'expiration d'un délai de douze ans pour les délits et de trente ans pour les crimes à partir du jour de leur commission. Toutefois, le délai butoir pourra être « interrompu et suspendu dans les mêmes conditions que le délai de prescription ». Il en résulte donc que si un délit occulte ou dissimulé est découvert huit ans après sa commission, tout acte interruptif de la prescription pourra faire courir un nouveau délai, si bien que le législateur est loin d'avoir consacré par ce texte le principe d'une prescription absolue”⁴.

B - LIMITER DANS LA LOI, LES EFFETS DE LA MAXIME “CONTRA NON VALENTEM” :

Les rédacteurs du Code civil étaient, c'est le moins que l'on puisse dire, conscients des excès générés par la maxime au regard d'un impératif d'ordre public. *“Il semble bien que les rédacteurs du Code civil, désapprouvant l'indulgence avec laquelle l'ancienne jurisprudence relevait chez le créancier une impossibilité d'agir, aient voulu y mettre un terme en prescrivant dans l'article 2251 “la prescription court contre toutes les personnes, à moins qu'elles ne soient dans quelque exception établie par la loi”⁵.*

C'est par exception que la maxime aurait dû, selon les rédacteurs, avoir été mise en oeuvre.

La jurisprudence en a rapidement décidé autrement... (Req, 22 juin 1853, S, 1855, I, 511 et JP désormais constante).

Le législateur de 2008, qui aurait pu persévérer dans l'attitude des grands anciens, a choisi de consacrer la position de la jurisprudence en insérant la maxime “*contra non valentem*” dans le code civil à l'article 2234. Le texte a vocation à se substituer à la maxime en en limitant l'usage “*la prescription ne court pas... contre celui qui est dans l'impossibilité d'agir par suite d'un empêchement résultant de la loi, de la convention ou de la force majeure.*”

³Extrait de la revue droit pénal, mai 2017 “la prescription de l'action publique entre pérennité et innovations, présentation de la loi n° 2017-242 du 27 février 2017 portant réforme de la prescription en matière pénale” par Agathe Lepage et Haritini Matsopoulou

⁴ Ibid supra un peu plus loin

⁵ *Esmein ibid supra*

Et sur ce point, la jurisprudence est constante pour admettre que la fraude du débiteur met le créancier dans l'impossibilité de prescrire (Civ, 1^{ère}, 28 octobre 1991, Bull n° 282).

Dans l'affaire présente, le texte de l'article L 355-3 du code de la sécurité sociale ne suggère aucune limitation à la mise en oeuvre de l'article 2234 du code civil, d'autant que nous sommes en présence avérée d'une fraude.

C - ENFIN, "FIXER STRICTEMENT L'ETENDUE EVENTUELLE DE LA CREANCE A RECOUVRER" INDEPENDAMMENT DU POINT DE DEPART GLISSANT DE LA PRESCRIPTION

La question est ancienne et s'est cristallisée, en droit commun, tandis que la prescription de droit commun était trentenaire. Indépendamment des risques inhérents à toute prescription (suspension, interruption, mise en oeuvre de la maxime "*contra non valentem*"), la prescription trentenaire exposait le débiteur à un recours très lointain puisque son créancier était en droit d'agir dans les trente ans de l'événement permettant la prescription.

La difficulté a très tôt concerné les créances périodiques.

Soyons précis. **Les créances périodiques** : loyers, arrérages de rentes, pensions alimentaires sont des créances - ou des dettes - **qui se consomment**. Le locataire paye un loyer mais serait bien incapable de s'acquitter du prix d'achat du logement qu'il habite. Par nature consommable et étalée dans le temps, la "créance périodique" **relève d'une économie de relation entre le débiteur et le créancier qui ne peut pas se résoudre à une seule relation comptable**. La règle "*aliments ne s'arrangent pas*" constitue une illustration de cette idée.

Une chose est d'être débiteur d'une certaine somme, une autre est de s'être engagé et de n'être capable que de payer tous les mois qu'une certaine part.

Une prescription longue permettant au créancier d'attendre une génération pour recouvrer sa créance conduisait son débiteur à la ruine en dénaturant la relation juridique liant les parties.

Dès Louis XII⁶, cette situation a ému le législateur de limiter les droits de recouvrement du créancier à cinq années d'arrérages, de loyers, de créances payées périodiquement.

Cette règle a été insérée à l'article 2277 du code civil et a constitué la pierre angulaire de la limitation des droits de recouvrement d'un créancier en présence d'une créance périodique.

La règle originelle ne concernait pas l'indu ni le titre permettant la rente.

La jurisprudence l'a étendue à toutes les créances périodiques.

La répétition de l'indu n'était pas concernée. Le législateur a modifié l'article 2277 du code civil en 2005 (loi 205-32 du 18 janvier 2005 article 113) en adjoignant la répétition des "loyers, des fermages et des charges locatives" ouvrant ainsi la possibilité d'une mise en oeuvre de la règle à l'occasion de certaines répétitions d'indu.

Ce faisant, le législateur a modifié l'économie du système. Il ne s'agissait plus simplement de protéger un débiteur légitime contre l'inaction du créancier, il s'agit peut-

⁶ Dans une ordonnance de 1510

être désormais de protéger un débiteur parfaitement illégitime, celui qui a reçu *a minima* par erreur, au pire par fraude, un indu motif tiré de ce que ce dernier pourrait se trouver ruiné par une action tardive de son créancier. Strictement, la situation de l'*accipiens* d'un indu n'a pas à être assimilable à celle des autres cas de figure envisagés dans l'article 2277 du code civil ancien.

☛ **Toujours est-il que cette règle particulière issue de l'article 2277 du code civil a pu être considérée comme conférant - *indépendamment du délai pour agir du créancier* - une limitation de ses droits à recouvrement.** En d'autres termes, peu importe que le délai pour agir ait pu être glissant ainsi que l'y incite la mise en oeuvre de la maxime "*contra non valentem*", peu importe en définitive le point de départ du délai de prescription, en présence d'une créance périodique, en raison de la nature même de cette dernière et puisqu'il n'était pas question de ruiner le débiteur, le créancier devait nécessairement se trouver déchu d'une partie de ses droits à recouvrement.

Dit différemment, **l'article 2277 ancien et la règle pluriséculaire qui en justifie l'existence s'imposeraient nécessairement sans égard au point de départ de la prescription parce que, par nature, une créance périodique consommable et consommée ne peut se recouvrer sur une période longue.**

La nature de la créance met à néant les règles habituelles de la prescription. Qui est créancier d'un revenu payé par période n'est en droit que d'en recouvrer une partie sauf à ruiner le débiteur, et ça, c'est moralement inadmissible et sociologiquement dangereux.

L'article 2277 du code civil constitue dans cette mesure - *et selon cette lecture* - une règle singulière du droit commun de la prescription qui emprunte en définitive aux voies d'exécution une part de sa justification.

Le créancier se trouve ainsi limité dans ses droits de la même manière que le poursuivant se trouve interdit de recouvrer certaines sommes ou certains biens parce qu'ils sont insaisissables. Il s'agit dans l'un et l'autre cas d'empêcher la ruine d'un débiteur. Les droits de créance cèdent devant l'impérieuse nécessité de survie du débiteur.

LA THEORIE DE LA PRESCRIPTION SE TROUVE EN LA MATIERE INFLECHIE VOIRE ABSORBEE PAR CELLE DES VOIES D'EXECUTION.

Bien que le texte (l'article 2277 du code civil) ait disparu de l'ordonnancement juridique en 2008 quand le législateur a substitué à la prescription trentenaire la prescription quinquennale comme prescription de droit commun, **mécaniquement cependant la règle a pour partie survécu.**

Chaque paiement, chaque échéance payée ou due constitue le point de départ d'une prescription quinquennale de sorte que, pourvu que le point de départ de la prescription puisse avoir été fixé lors de chacun de ces événements, le créancier se trouvera interdit de recouvrer plus de cinq ans d'arrérages.

Le remplacement en 2008 d'une prescription de droit commun à l'échelle d'une génération en prescription quinquennale permet en définitive, dans la plupart des cas, aux créances périodiques d'être quittes pour le débiteur passé cinq ans à compter de chaque échéance.

Reste la question de la fraude que nous aborderons un peu plus loin.

V - LA SOLUTION RESULTE DANS UNE MISE EN OEUVRE HIERARCHISEE DES DEUX PRINCIPES CONTRADICTOIRES

☛ **De cette présentation de la prescription extinctive “de droit commun” il résulte que l’institution se trouve écartelée entre deux principes contradictoires qui en constituent paradoxalement l’assise :**

Un principe selon lequel la prescription **ne doit pas conduire à une spoliation du créancier** qui trouve son expression dans la maxime “*contra non valentem*”.

Un principe selon lequel **la mise en oeuvre d’un droit par le créancier ne peut avoir pour conséquence de ruiner un débiteur** si la créance en cause était une créance par essence consommable. Il trouve son expression dans l’ancien article 2277 du Code civil dont la force juridique transcende nécessairement le texte de sorte que sa disparition de l’ordonnancement juridique ne doit pas permettre trop facilement d’en éluder le fondement.

☛ **C’EST NECESSAIREMENT DANS UNE HIERARCHISATION DE LA MISE EN OEUVRE DE CES DEUX PRINCIPES DE DROIT QUE S’ARTICULE TOUTE APPREHENSION DE LA PRESCRIPTION EXTINGTIVE.**

Dit différemment, il importe peu que les éléments codifiés de la prescription puissent ne pas consacrer expressément l’un ou l’autre de ces principes pour que toute réflexion sur la prescription conduise nécessairement à l’appréhension de chacun d’entre-eux. Les deux principes sont présents parce qu’ils procèdent en définitive de la nature de l’institution. **Ne pas spolier le créancier - ne pas ruiner le débiteur.** Il ne peut s’agir d’exclure l’un au profit de l’autre en considérant que l’un aurait été supprimé de l’ordonnancement juridique. Les deux coexistent nécessairement mais à des degrés divers, plus ou moins sous-jacents, plus ou moins explicites.

Dès lors que l’on est en droit d’admettre que les deux principes font partie de l’ordonnancement juridique, la question devient celle de la justification de la hiérarchisation de leur mise en oeuvre, voire celle de l’exclusion de l’un au profit exclusif de l’autre suivant le cas.

Quelques éléments de solution :

V -A- UNE HIERARCHISATION FONDEE SUR UNE PREEMINENCE DU DROIT ECRIT

Les **décisions du Conseil d’Etat** citées par le demandeur et reprises par le rapporteur consacrent la force du principe “*contra non valentem*” et l’exclusion du principe tiré d’une lecture large de l’article 2277 ancien, motif tiré en définitive, de ce que seul le premier est exprès dans la loi. ⁷

⁷ CE, 20 septembre 2019, n°420685, n°420909, n°422329 et n°420489

Le Conseil fonde ses solutions sur la **prééminence du droit écrit** et, partant, sur le choix *a minima* implicite du législateur de 2008 d'empêcher, sauf exception expresse, toute spoliation du créancier. Pour le Conseil, il n'existe aucune raison légale d'écarter l'article 2234 du code civil - *i.e.* la règle codifiée "*contra non valentem*". Dans l'éventualité où sa mise en oeuvre conduisait au fait que le point de départ de la prescription serait le paiement et que ce paiement serait celui d'une créance périodique, son droit au recouvrement serait limité à cinq années de paiement. En tout état de cause l'article 2232 du code civil interdit tout recours portant sur une dette vieille de plus de vingt ans.

Les décisions peuvent être lues comme excluant la règle induite de l'article 2277 du code civil.

Il me semble plus judicieux de considérer que les solutions admises se fondent non sur l'exclusion d'une règle au profit d'une autre mais sur le choix de faire primer la règle écrite sur le principe de droit seulement sous-jacent.

Cette prééminence du droit écrit suppose de considérer que la **législation a été transformée entre 1804 et 2008**.

☞ Dans sa rédaction issue de **1804**, le code civil ne **consacre pas expressément la maxime "*contra non valentem*"** tandis que **l'insertion de l'article 2277** donne toute force aux principes issus de l'ordonnance de 1510. La règle de la Renaissance est préférée à la solution médiévale.

☞ *NE PAS RUINER LE DEBITEUR DEVAIT PRIMER SUR NE PAS SPOLIER LE CREANCIER.*

☞ Le législateur de **2008 a écarté l'article 2277** du code civil tandis qu'en **insérant l'article 2234**, il a consacré le caractère incontournable de la maxime "*contra non valentem*".

La ruine du débiteur comme la spoliation du créancier ne sont possibles que dans la seule limite du délai butoir de l'article 2232. Le délai glissant induit de l'article 2234 ne peut pas être écarté.

Cette hiérarchisation des principes tirée d'une prééminence du droit écrit trouve, à mon avis, un écho dans la décision de **l'Assemblée plénière du 7 juillet 1978 n° 7615485** qu'il faut lire soigneusement.

Le débiteur fraudeur est tenu de rembourser l'intégralité d'un indu social non parce que sa fraude a empêché le créancier de le poursuivre suffisamment rapidement, partant, non en raison de la mise en oeuvre de la règle "*contra non valentem*", mais parce qu'en cette qualité - de fraudeur - il n'est pas en droit de bénéficier de la règle issue de l'article 2277 du code civil. L'Assemblée plénière aurait dû, en toute rigueur, si chacun des principes en cause ne pouvait être hiérarchisé, apprécier d'abord la règle "*contra non valentem*" qui s'intéresse au point de départ de la prescription avant d'envisager éventuellement l'article 2277 qui peut ne concerner que l'étendue du droit au recouvrement. Faute de point de départ permettant la mise en oeuvre de l'article 2277, point de portée nécessaire à l'application de ce dernier texte. C'est en connaissance de la difficulté, à mon avis, que la Cour a tranché. L'apparente inconséquence de la solution s'explique parce qu'à juste titre, la Cour a fait primer la règle écrite sur le principe seulement sous-jacent de sorte que l'article 2277 a chassé la règle "*contra non valentem*".

☛ **Une hiérarchisation des principes fondée sur la prééminence du droit écrit vous conduirait, à mon avis, à envisager une solution identique mais sur un fondement différent.** Depuis 2008, ce n'est plus l'article 2277 ancien du code, dont la justification n'est plus qu'assise sur un principe de droit, qui peut justifier la solution mais **c'est l'article 2234 expressément consacré dans le code.** Le fraudeur doit rembourser l'intégralité de sa dette - *sous la réserve du délai-butoir de l'article 2232* - non parce qu'il n'est pas en droit de bénéficier de la division de sa dette mais par ce qu'il ne peut échapper à la règle "*contra non valentem*", expressément codifiée, et que son attitude est à l'origine de son caractère glissant.

V -B- UNE PRISE EN CONSIDERATION DE LA QUALITE DU DEBITEUR ET DE CELLE DU CREANCIER

Il s'agit ici, à nouveau de confronter la mise en oeuvre des deux principes (2277 ancien entendu largement) et "*contra non valentem*" à la qualité des parties en cause.

La règle selon laquelle il ne faut pas ruiner le débiteur (2277 pour simplifier) trouve, à mon avis, difficilement à s'imposer en présence d'un fraudeur... Le principe de droit trouve, à mon avis, sa limite logique, juridique et morale dans l'attitude du débiteur.⁸

L'arrêt de 1978, sur ce point, me semble difficilement contestable. Il convient, en présence d'un débiteur de mauvaise foi et d'un créancier irréprochable de ne pas favoriser la solution permettant une spoliation de ce dernier.

Et il appartient, à mon avis, au seul législateur, d'envisager une limitation expresse du droit de recouvrement d'un créancier social, fiscal, institutionnel, professionnel, en raison de la qualité du débiteur. Il n'appartient qu'au seul Législateur de permettre à un fraudeur de bénéficier pour partie des conséquences de sa fraude. Aucune mise en oeuvre du droit commun de la prescription ne permet, à mon avis, de passer outre une précision législative au coup par coup.

Il me semble en outre, hasardeux de consacrer - *en droit commun* - une résurrection de l'article 2277 du code civil qui aurait pour conséquence d'écarter l'application de l'article 2234 et de permettre à tout débiteur de bénéficier d'une prescription libératoire extinctive spoliatrice de son créancier d'une durée de la prescription applicable - quinquennale dans le silence des textes, plus courte si un texte précis l'y invite.

V -C- EVITER L'ECUEIL D'UNE EXTENSION INJUSTIFIEE DU "PRINCIPE DE PROPORTIONNALITE"

Le principe de proportionnalité est désormais consacré comme le couteau suisse, l'outil multi-fonctions permettant au juge de contredire les effets qu'il juge trop injuste d'une norme pourtant applicable. L'outil **est cependant à manier avec précaution**⁹...

⁸ Et dans la mise en oeuvre de la maxime "*fraus omnia corrumpit*" dont l'origine remonte à Ulpien

⁹ Derrière ce principe se nichent l'équité et la justice mais pointent aussi l'arbitraire et l'insécurité juridique.

Il s'agit ici d'une **restitution d'indu**, partant, d'une restitution. **Le droit, dans son ensemble est très réticent à consacrer une forme de proportionnalité quand il s'agit de restitution.**

Les articles 1302 et 1302-1 du code civil sont dénués d'équivoque : *“tout paiement suppose une dette ; ce qui a été reçu sans être dû est sujet à restitution.”* **Il n'est pas question de proportionnalité en matière d'indu.** Et la jurisprudence applique les conséquences légales du quasi-contrat pour mettre en échec la règle issue de l'article 2277 du code civil. En ce sens Civ, 2^{ème}, 16 décembre 2003, Bull n° 387.

Le droit préfère le solvens spolié au débiteur qui aurait reçu un indu par échéances. Dans la hiérarchisation des principes mis en oeuvre, l'ordonnance de Louis XII cède le pas devant la répétition de l'indu.

Cette mise à l'écart d'une éventuelle proportionnalité en présence d'un indu est une constante :

Elle constitue la règle désormais admise en matière de restitutions contractuelles suite à une résiliation, une résolution ou une annulation. Les articles **1352 et suivants du code civil** sont, sur ce point éloquent. Il est question de restitution intégrale, fruits compris et la mauvaise foi de l'accipiens le contraint en outre aux intérêts depuis l'origine : cf article 1352-7 : *“Celui qui a reçu de mauvaise foi doit les intérêts, les fruits qu'il a perçus ou la valeur de la jouissance à compter du paiement. Celui qui a reçu de bonne foi ne les doit qu'à compter du jour de la demande.”*

Il n'est **pas question de principe de proportionnalité en matière de restitutions ordonnées en matière pénale** : Crim, 7 décembre 2016, n° 1680079, P.

Seules des circonstances vraiment particulières ont incité la Cour à admettre la mise à l'écart d'une restitution en nature intégrale suite à une annulation de convention : Civ, 3^{ème}, 22 novembre 2018, n° 1712537.

Et c'est dans le sens d'une **mise à l'écart d'une règle de prescription qui empêcherait de fait la mise en oeuvre de la règle “contra non valentem”** que se prononce la **CEDH. Le principe de proportionnalité tend à protéger le créancier spolié** : CEDH, 7 juillet 2009, n° 1062/07 Stagno /Belgique §25.

V - D- NE PAS SE LAISSER INFLUENCER, EN DROIT COMMUN PAR LA MULTIPLICATION DES SITUATIONS EN DROIT SPECIAL

La répétition des indus fiscaux et sociaux obéit à une multiplicité de droits spéciaux dont les règles de mise en oeuvre sont plus ou moins bien rédigées et qui pour certaines d'entre-elles font la part belle au débiteur au préjudice du créancier.

Si les textes sont correctement rédigés, ils envisagent expressément la situation du fraudeur (en ce sens l'article L 5422-5 du code du travail qui limite l'assiette de recouvrement des indus à 10 ans en cas de fraude, l'article L 244-3 du code de la sécurité sociale en matière de contributions sociales qui envisage expressément les conséquences de la fraude).

L'article L 3245 du code du travail constitue un modèle du genre puisqu'il distingue soigneusement la prescription pour agir et celle concernant l'assiette du recouvrement.

La prise en considération différenciée par le législateur des différentes situations de fraude est un fait. Elle est la conséquence de la nature des prestations en cause tel que le législateur l'a, en toute liberté démocratique, imaginé. Il n'existe pas de règle

commune et si une QPC était formulée à l'encontre de cet inventaire à la Prévert motif tiré d'une méconnaissance du principe d'égalité, fort est à parier que la question serait considérée comme dénuée de sérieux, le législateur étant en droit d'apprécier différemment des situations différentes pourvu que le choix soit en rapport avec la loi qui l'institue.

En droit commun de la prescription, la seule limite légale au recouvrement du créancier réside dans l'article 2232 du code civil, et encore... puisque la jurisprudence, émue des conséquences qu'un tel texte pourrait faire subir à un créancier fragile et de bonne foi en a confronté l'usage à l'article 6-1 de la Convention européenne pour en écarter la mise en oeuvre. soc, 3 avril 2019, n° 1715568.

En guise de conclusion :

Une solution à la cassation me semble la seule cohérente avec le droit commun de la prescription extinctive.

Le visa de l'article 2234 du code civil me semble indispensable avec une reprise de la formule de l'arrêt de vos grands devanciers de 1978 mais sous cette nouvelle justification.

Il est possible mais non nécessaire d'indiquer que la seule limite en droit commun réside dans le délai butoir de l'article 2232 du code civil.

Il est enfin contraire au droit commun et d'une certaine manière à la séparation des pouvoirs d'envisager - en droit commun - une règle limitant le recours d'un créancier social en répétition d'une pension indue à une période de cinq ans.

AVIS DE CASSATION