



**AVIS DE Mme CAZAUX-CHARLES,  
AVOCATE GÉNÉRALE**

**Avec l'assistance de Marine Sciore, magistrat,  
avec la collaboration de Maud Delatte, juriste assistante,  
Annie Polese-Rochard, directrice de greffe,  
et Tatiana Kooteeva-Vatelot, élève-avocate**

**Arrêt n° 295 du 19 juillet 2024 (B+R) – Chambre mixte**

**Pourvoi n° 20-23.527**

**Décision attaquée : Cour d'appel de Versailles du 3 novembre 2020**

**Mme [O] [V]**

**C/**

**La société [W] [G] et Bernard Dumas**

---

Par ordonnance du premier président du 7 novembre 2023, l'examen du pourvoi n° M 20-23.527 formé par Mme [O] [V] et autres, à l'encontre d'un arrêt rendu par la cour d'appel de Versailles le 3 novembre 2020, a été renvoyé devant une chambre mixte composée des 1<sup>ère</sup> chambre civile, 2<sup>ème</sup> chambre civile, 3<sup>ème</sup> chambre civile et de la chambre commerciale.

A cette même audience a été renvoyé l'examen d'un autre pourvoi n° N 22-18.729 qui pose une question similaire relative à la détermination du point de départ de la prescription d'une action en responsabilité extra contractuelle ayant pour origine un préjudice discuté en justice.

Dans le premier cas (pourvoi n° 20-23.527) l'action en responsabilité civile est engagée par les clients d'un notaire qui doivent restituer des sommes à l'administration fiscale en vertu d'un titre exécutoire émis par elle et validé par décision du Conseil d'Etat. Dans le second cas (n° N 22-18.729), la même action est engagée par un notaire à l'encontre d'un avocat qu'il estime responsable à hauteur des 2/3 du dommage subi par leur cliente commune.

L'examen de ces deux pourvois mobilise les dispositions de l'article 2224 du code civil, lequel dispose que « *(l)es actions personnelles ou mobilières se prescrivent par cinq ans à compter du jour où le titulaire d'un droit a connu ou aurait dû connaître les faits lui permettant de l'exercer.* »

Le présent avis concerne le pourvoi n° M 20-23.527 qui a d'abord fait l'objet d'un examen en formation simple le 18 avril 2023. A l'issue de l'audience, le pourvoi a été renvoyé en formation plénière de chambre, le 14 novembre 2023. Il n'a toutefois pas été examiné à cette date, ayant fait entre temps l'objet d'un renvoi en chambre mixte.

# PLAN

Rappel succinct des faits et de la procédure

Le pourvoi : deux moyens, dont le second décliné en deux branches

## 1. Etat (états ?) du droit

### **1.1. La genèse de l'article 2224 du code civil : le point aveugle de la réforme de la prescription par la loi n°2008-561 du 17 juin 2008**

1.1.1. De l'ancien article 2262 du code civil à l'actuel article 2224 du même code

1.1.2. Les incertitudes liées à la détermination d'un point de départ indéterminé du délai de prescription

*1.1.2.1. Un point de départ « glissant »*

*1.1.2.2. Une méthode de détermination « flottante » du point de départ du délai de prescription*

1.1.3. La détermination du point de départ du délai de prescription s'inscrit dans un mécanisme global d'encadrement de la prescription

*1.1.3.1. Le report du point de départ organisé par l'article 2234 du code civil : une utilité incertaine ?*

*1.1.3.2. Le délai-butoir de l'article 2232 du code civil : une effectivité incertaine ?*

1.1.4. L'hypothèse complexe de la détermination du point de départ de la prescription d'une action en responsabilité extra contractuelle lorsque le dommage allégué est par ailleurs contesté dans le cadre d'une procédure administrative ou judiciaire

### **1.2. L'état de la jurisprudence relative à la détermination du point de départ du délai de prescription d'une action en responsabilité extra contractuelle ayant pour origine un préjudice discuté dans une procédure administrative ou judiciaire parallèle : chaos ou remise en ordre progressive ?**

1.2.1. L'action en responsabilité extra contractuelle ayant pour origine un préjudice relevant d'un contentieux fiscal : une jurisprudence récemment établie en faveur de la décision de justice pour déterminer le point de départ du délai de prescription

1.2.2. L'action en responsabilité extra contractuelle ayant pour origine un préjudice relevant de contentieux spécifiques : une jurisprudence établie en faveur de l'assignation pour déterminer le point de départ du délai de prescription

1.2.3. L'action en responsabilité extra contractuelle ayant pour origine un préjudice relevant d'un contentieux général : des divergences persistantes

1.2.3.1. *L'analyse de la jurisprudence atteste de tentatives d'harmonisation indéniables de la Cour de cassation autour de l'assignation*

1.2.3.2. *Toutefois, une autre tendance est nettement affirmée en faveur de la décision de justice, passée en force de chose jugée ou irrévocable*

1.2.3.3. *Deux décisions appellent notre attention qui censurent des arrêts de cours d'appel non au motif de violation de la loi mais au motif de manque de base légale*

## **2. Mise en état de la question**

### **2.1. Quelques observations préalables à l'appréhension technique du sujet**

2.1.1. Partager un constat et son explication sur l'état de notre jurisprudence

2.1.2. Clarifier les critères de choix d'une politique juridictionnelle

2.1.2.1. *Garantir une juste efficacité de la prescription extinctive*

2.1.2.2. *Tenir une position conforme à la jurisprudence constitutionnelle et conventionnelle*

2.1.2.3. *Garantir la cohérence d'une réponse globale malgré la spécificité des contentieux*

### **2.2. La double spécificité de la responsabilité extra contractuelle du notaire consécutive à un préjudice fiscal**

2.2.1. La spécificité liée à la procédure fiscale

2.2.1.1. *L'action en responsabilité extra contractuelle consécutive à un préjudice pose une question identique à l'action récursoire entre co-obligés*

2.2.1.2. *En matière fiscale, la revendication de l'administration fiscale donne lieu à la délivrance d'un titre immédiatement exécutoire*

2.2.2. La spécificité liée à la nature de la responsabilité notariale, non subsidiaire

2.2.2.1. *La réalisation du dommage n'est pas tributaire de l'existence de voies de droit dont bénéficierait par ailleurs la victime*

2.2.2.2. *Cette solution ne contredit pas notre jurisprudence, prise dans sa globalité, relative à la détermination du point de départ de la prescription*

### **2.3. Cette spécificité conduit à un questionnement d'ordre général sur le préjudice futur fondé sur un dommage certain**

2.3.1. Le droit d'agir et le droit substantiel

2.3.2. Le préjudice futur fondé sur un dommage certain dans le passé, et le dommage incertain, dont la réalisation est incertaine dans le passé

2.3.3. Les effets du jugement déclaratif et les effets du jugement constitutif de droits

**2.4. La recherche d'une solution commune aux actions en responsabilité consécutives à un préjudice discuté en justice oblige à un raisonnement clarifié : distinguer la connaissance certaine des faits permettant d'agir et les faits certains permettant d'agir**

2.4.1. La connaissance des faits : manifestation, réalisation du dommage

2.4.2. La stabilisation du contentieux nécessite une position juridiquement établie sur le dommage certain

2.4.3. La définition des faits qui permettent d'agir est clairement exposée dans la décision de la chambre commerciale du 6 juillet 2022

### **3. Avis et application au pourvoi**

#### **3.1. Le choix de définition du dommage certain et sa justification**

3.1.1. Le dommage est réalisé dans son principe par la prétention du tiers à obtenir réparation

*3.1.1.1. Une définition juridiquement établie*

*3.1.1.2. Des ajustements possibles*

3.1.2. La justification du choix

*3.1.2.1. Du point de vue d'une politique juridictionnelle : le choix d'une cohérence d'ensemble de notre corpus jurisprudentiel en cette matière*

*3.1.2.2. Du point de vue des principes conventionnels : le respect de l'accès au juge et des délais raisonnables pour tous*

*3.1.2.3. Du point de vue de l'économie générale de la loi du 17 juin 2008 et de l'office des juges du fond et de cassation*

3.1.3. L'ambition mesurée de la moins mauvaise solution au regard de l'intérêt bien compris des victimes et des enjeux de la responsabilité civile

#### **3.2. Application au pourvoi**

3.2.1. Rappel des moyens du pourvoi

3.2.2. Avis de rejet du pourvoi

## SYNTHÈSE DE L'AVIS

L'examen de l'état de notre droit relatif à la mise en œuvre de l'article 2224 du code civil (1) conduit à interroger les critères de choix d'une politique juridictionnelle autant que la définition du dommage certain (2). Cet avis s'attache alors à élaborer une réponse générale et écarte l'argument de la spécificité qui ne lui paraît pas justifier un raisonnement emportant une solution particulière (3).

### 1. Etat du droit

En fondant la détermination du point de départ de la prescription sur la connaissance des faits qui permettent d'agir, notion-pivot de la prescription, l'article 2224 du code civil condense en une formule différentes étapes du raisonnement. Mais la naissance du droit devient à nouveau une question centrale lorsque l'action en responsabilité extra contractuelle est engagée consécutivement à un préjudice discuté dans une autre procédure administrative ou judiciaire, comme dans l'affaire soumise à notre examen. La réunion des éléments nécessaires à la naissance même du droit d'agir en réparation, préalable nécessaire à son exercice, doit être établie. Notamment le dommage doit être certain, c'est à dire réalisé (éprouvé). A défaut, aucune action en justice ne peut être valablement engagée, faute d'intérêt à agir ou d'être en mesure d'exercer l'action **(1.1)**.

L'examen de notre jurisprudence sur cette question révèle d'une part la diversité des notions et formules employées : dommage, préjudice, faits permettant au titulaire du droit d'agir, conscience/connaissance effective ou supposée des faits, être en mesure de connaître/appréhender les faits ; d'autre part le chevauchement d'expressions telles que celles de " manifestation du dommage ", " réalisation du dommage " ; enfin différentes déclinaisons de la règle issue de l'article 2224 du code civil.

Sur ce dernier point, il faut souligner la clarté de la formulation retenue par certaines décisions de la chambre commerciale qui rappelle que l'application de l'article 2224 du code civil ne repose pas seulement sur la manifestation d'un dommage mais, s'agissant de la responsabilité extra contractuelle, sur la réunion de faits permettant au titulaire du droit d'agir, soit un fait générateur, une faute, un lien de causalité entre eux, le cas échéant une personne déterminée. L'éclairage est ainsi à nouveau porté, nonobstant la rédaction de l'article 2224 du code civil, sur la question des faits permettant d'agir.

Force est de constater que la jurisprudence de notre Cour, et particulièrement s'agissant du dommage allégué dans le cadre d'une action en responsabilité extra contractuelle contre un notaire ou un expert - comptable, a connu d'importantes évolutions, expression de tendances qui conduisent encore à des réponses dont la convergence ne paraît pas d'emblée évidente **(1.2)**.

## **2. Mise en état de la question**

En l'état de notre droit et de notre jurisprudence, toutes les réponses sont possibles de sorte que la solution que nous devons apporter à la question posée par le pourvoi n'est pas d'ordre technique mais relève du choix d'une politique juridictionnelle. Ce choix effectué, il reste alors à interroger la portée de la solution donnée pour cette action en responsabilité spécifique, notamment dans un objectif de stabilisation d'un contentieux très volatile et de sécurité juridique **(2.1)**.

La spécificité de la procédure fiscale qui prévoit que l'administration fiscale peut sanctionner l'atteinte aux intérêts qu'elle protège par l'émission d'un titre de recouvrement immédiatement exécutoire, autant que la spécificité de la responsabilité notariale qui n'exige aucune condamnation pour "consacrer" le dommage au titre duquel elle est pourtant engagée, autorise à considérer que le dommage subi par le client du notaire en raison d'un acte inefficacement instrumenté peut être réalisé indépendamment d'une décision de justice. L'action est alors engagée sur le seul fondement de la créance de réparation née de la contrariété des droits conférés par l'acte notarié litigieux avec ceux de l'administration fiscale. Cette analyse repose toutefois sur l'admission du principe d'un dommage, né indépendamment de toute décision de justice, laquelle aura à statuer ultérieurement, en validant ou pas un titre exécutoire, sur le plein déploiement du dommage et sur son étendue **(2.2)**.

La spécificité de l'action en responsabilité extra contractuelle intentée contre un notaire consécutivement à un préjudice fiscal ouvre donc un questionnement plus général sur le préjudice futur fondé sur un dommage certain. Ce faisant, elle autorise ainsi la recherche d'une solution commune aux actions en responsabilité ayant pour origine un préjudice par ailleurs discuté et qui passe, comme en témoignent les réflexions de la deuxième et de la troisième chambres civiles, par la détermination de la portée de l'acte ou de l'événement qui va traduire l'intention avérée du tiers de demander certainement réparation **(2.3)**.

Pour parvenir à une réponse générale relative à la détermination du point de départ du délai de prescription d'une action en responsabilité extra contractuelle consécutive à la revendication d'une créance de réparation par un tiers, je propose de distinguer explicitement dans la motivation de nos décisions ce qui relève de l'établissement d'une connaissance certaine des faits - question de fait, qui relève des juges du fond - de ce qui relève d'une définition du dommage certain - question de droit, qui relève de notre office. Il nous faut alors prendre position sur la définition juridique du dommage certain. A ce stade, nous devons faire un saut dans le raisonnement dès lors que cette définition procède d'un choix de politique juridictionnelle qu'il nous appartient alors de justifier **(2.4)**.

### 3. Avis et application au pourvoi

Prenant appui sur la jurisprudence de la 2<sup>ème</sup> et de la 3<sup>ème</sup> chambre, nous pouvons considérer que lorsqu'une action en responsabilité extra contractuelle a pour origine un préjudice discuté dans le cadre d'une autre instance ouverte par ou contre le titulaire du droit d'agir, le dommage allégué par ce dernier est réalisé par la seule prétention non équivoque du tiers à obtenir réparation par voie de justice dès lors que ledit dommage est certainement établi en son principe.

Ce choix se justifie du point de vue d'une politique juridictionnelle, par le souci d'une cohérence d'ensemble de notre corpus jurisprudentiel en cette matière comme par la sauvegarde du sens de la prescription extinctive ; du point de vue des principes conventionnels, par le respect de l'accès au juge et des délais raisonnables pour tous ; du point de vue de l'économie générale de la loi du 17 juin 2008, par la sauvegarde de l'utilité du dispositif global de la prescription et par le respect de l'office des juges du fond et de cassation.

L'ambition est celle, mesurée, de la moins mauvaise solution au regard de l'intérêt bien compris des victimes et des enjeux de la responsabilité civile. Ajoutons enfin qu'au regard de l'évolution même des enjeux du droit de la responsabilité civile au 21<sup>ème</sup> siècle, marqués par l'apparition de dommages à genèse complexe en raison de la sophistication des technologies numériques, génétiques, algorithmiques, ou encore en raison des évolutions climatiques et environnementales, faire le choix d'une politique juridictionnelle qui exclurait l'existence d'un préjudice futur fondé sur le principe d'un dommage certain mérite réflexion **(3.1)**.

**AVIS** : C'est à bon droit que la cour d'appel a fixé le point de départ du délai de prescription de l'action en responsabilité des consorts [H] à l'encontre de leur notaire à la date de la notification de l'avis de mise en recouvrement par l'administration fiscale, dès lors d'une part qu'ils subissaient un dommage alors rendu certain par l'existence d'un titre immédiatement exécutoire traduisant une prétention dénuée de toute équivoque de l'administration fiscale à obtenir restitution de ses droits, d'autre part que c'est par la notification de ce titre exécutoire qu'ils ont eu connaissance des faits leur permettant d'agir (1<sup>er</sup> moyen).

Les consorts [H] ne peuvent reprocher aux juges d'appel de ne pas avoir recherché la date à laquelle ils ont effectivement connu les faits leur permettant d'agir, soit la date de la notification de l'avis de mise en recouvrement, dès lors que c'est par une appréciation souveraine que les juges du fond ont considéré que les consorts [H] auraient dû la connaître du seul fait de l'existence d'un rejet de leur réclamation, le 17 décembre 2003, comme longuement et précisément explicités par l'arrêt ( 2d moyen, 2de branche), le fait que les juges d'appel fassent seulement état de la date d'émission des titres exécutoires étant alors inopérant pour établir l'impossibilité dans laquelle les consorts [H] auraient été placés de connaître l'avis de mise en recouvrement (1<sup>ère</sup> branche) **(3.2)**.



## Rappel succinct des faits et de la procédure

Suivant acte notarié établi le 27 mars 1998 par leur notaire, M. [G], M. et Mme [H] ont fait donation à leurs cinq enfants d'abord de la nue-propriété des actions détenues dans la société GLN, ensuite de l'usufruit, sous la condition suspensive de la cession des titres à la société AON avant le 31 janvier 1999. Par acte notarié du même notaire, établi le 30 mars, les donataires ont pareillement procédé en faveur de leurs enfants.

Considérant que ces donations avaient en réalité pour objet non les actions de la société mais le produit de leur vente survenue le 15 mai 1998 pour un montant de 875 millions de francs, l'administration fiscale en a déduit que ces actes avaient pour but d'éluider le paiement de l'impôt sur la plus-value et a notifié aux consorts [H], le 7 décembre 2001, un redressement pour un montant de 6 226 893 €.

Les recours contentieux ont échoué et les pourvois ont été déclarés non admis par le Conseil d'Etat par des décisions des 22 février et 21 mai 2012, à la suite desquelles une transaction est intervenue fixant à 5 800 626 euros la somme due à l'administration fiscale.

Le 14 novembre 2013, les consorts [H] ont assigné M. [G] (le notaire) et la SCP [G] et Dumas (la SCP notariale) devant le tribunal de grande instance de Paris pour voir reconnue leur responsabilité et obtenir une indemnisation du préjudice subi.

Un arrêt confirmatif de la cour d'appel de Paris du 22 mai 2018 a notamment fixé le point de départ de la prescription de l'action en responsabilité contre le notaire à la date de notification du redressement, soit le 7 décembre 2001, et constaté la prescription de l'action.

Cette décision a été cassée par un arrêt du 14 novembre 2019 (pourvoi n°18-22.114), au visa de l'article 2224 du code civil, pour le motif suivant :

*“En statuant ainsi, alors que la notification de redressement est le point de départ d'une procédure contradictoire, à l'issue de laquelle l'administration fiscale peut ne mettre en recouvrement aucune imposition, de sorte qu'à la date de cette notification, les consorts [H] n'avaient pu avoir connaissance des impositions mises à leur charge à raison des manquements supposés du notaire, la cour d'appel a violé le texte susvisé.”*

La cour d'appel de Versailles, statuant sur renvoi, par arrêt du 3 novembre 2020 – c'est l'arrêt ici attaqué –, a retenu un autre point de départ que celui retenu par la cour d'appel de Paris, à savoir non la notification du redressement mais la notification de la mise en recouvrement, et en a fixé la date au 30 septembre 2002.

## Le pourvoi soulève deux moyens, dont le second se décline en deux branches

Il est ainsi fait grief à l'arrêt attaqué par les consorts [H] :

- **dans un premier moyen**, d'avoir violé l'article 2224 du code civil en retenant pour point de départ de la prescription de l'action contre le notaire, la notification de l'avis de mise en recouvrement alors qu'ils n'auraient été en mesure d'exercer leur action en garantie contre le notaire qu'à compter du jour où la juridiction administrative, mettant un terme à leur contestation, les a condamnés par une décision irrévocable, rendant leur dette fiscale certaine et définitive ;

- **dans un second moyen**, d'une part de ne pas avoir satisfait aux exigences de l'article 455 du code de procédure civile en s'abstenant de répondre à l'argument selon lequel si les avis de recouvrement litigieux avaient pu être émis en interne par l'administration le 31 août 2002, ainsi qu'il résultait de certains des documents émanant de l'administration, ces avis ne leur avaient pas été signifiés (1<sup>ère</sup> branche) ; d'autre part, d'avoir violé l'article 2224 du code civil en ne recherchant pas si, et à quelle date, ces avis avaient été notifiés et ainsi portés à la connaissance des consorts [H], considérant que la prescription de l'action des consorts [H] avait commencé à courir le 31 août 2002, date qu'elle a supposée être celle de l'émission des avis de mise en recouvrement.

Il nous faut donc principalement répondre à la question de savoir si, pour déterminer le point de départ de la prescription, une décision de justice est nécessaire à l'établissement de la connaissance des faits qui permettent d'agir en responsabilité contre un notaire lorsque l'acte qu'il a instrumenté a donné lieu à un redressement fiscal.

L'examen de l'état de notre droit relatif à la mise en œuvre de l'article 2224 du code civil (1) conduit à interroger les critères de choix d'une politique juridictionnelle autant que la définition du dommage certain (2). Cet avis s'attache alors à élaborer une réponse générale et écarte l'argument de la spécificité qui ne lui paraît pas justifier un raisonnement emportant une solution particulière (3).

## 1. Etat (ou états ? ) du droit

### 1.1. La genèse de l'article 2224 du code civil : le point aveugle de la réforme de la prescription par la loi n° 2008-561 du 17 juin 2008

1.1.1. De l'ancien article 2262 du code civil à l'actuel article 2224 du même code

La détermination du point de départ du délai de prescription ne semble pas avoir été une préoccupation majeure du législateur.

En effet, jusqu'en 1985, les articles 2257 et 2262 du code civil<sup>1</sup> n'en font pas état.

<sup>1</sup> **Ancien article 2257 du code civil** : « *La prescription ne court point : A l'égard d'une créance qui dépend d'une condition, jusqu'à ce que la condition arrive ;*

Il faut attendre la loi n°85-677 du 5 juillet 1985 (article 38) tendant à l'amélioration de la situation des victimes d'accidents de la circulation et à l'accélération des procédures d'indemnisation pour que soit déterminé un point de départ de la prescription des actions en responsabilité extra contractuelles. Ainsi, un nouvel article 2270-1 du code civil, qui en réalité consacre la jurisprudence, dispose que : « *les actions en responsabilité civile extra contractuelle se prescrivent par dix ans à compter de la manifestation du dommage ou de son aggravation* ».

Toutefois, les débats parlementaires comme la doctrine semblent bien être demeurés muets sur cette disposition, à l'exception d'un auteur qui s'en félicite<sup>2</sup>. L'essentiel des discussions porte en effet sur le raccourcissement du délai pour prescrire, de trente à dix ans, et sur le regret de ne l'avoir pas étendu aux actions contractuelles.

La loi n° 2008-56 du 17 juin 2008 portant réforme de la prescription va poursuivre l'entreprise de « modernisation » du régime de la prescription mais toujours dans l'objectif de réduction du nombre des délais (on en dénombrait pas moins de deux cent cinquante la veille de la réforme) et de leur durée, encouragée en ce sens par une intense réflexion préalable<sup>3</sup> de la doctrine et de la jurisprudence<sup>4</sup> unanimes pour critiquer un régime juridique de la prescription devenu illisible, source d'une insécurité juridique peu propice tant aux droits des victimes qu'à la vie des affaires.

---

*A l'égard d'une action en garantie, jusqu'à ce que l'éviction ait lieu ;  
A l'égard d'une créance à jour fixe, jusqu'à ce que ce jour soit arrivé.*

**Ancien article 2262 du code civil :** Toutes les actions, tant réelles que personnelles, sont prescrites par trente ans, sans que celui qui allègue cette prescription soit obligé d'en rapporter un titre ou qu'on puisse lui opposer l'exception déduite de la mauvaise foi.

<sup>2</sup> Larroumet, Recueil Dalloz 1985 chronique 237 : « *Ainsi, c'est une excellente chose que d'avoir admis une prescription décennale des actions en responsabilité civile extra contractuelle à dater du jour de la manifestation du dommage (nouvel art. 2270-1 c. civ.), lequel ne correspond pas nécessairement à celui du fait dommageable et même celui de la survenance du dommage. En effet, un dommage peut se manifester des semaines ou même des mois et éventuellement des années après le jour où est survenu le fait qui se trouve à son origine. A fortiori en est-il ainsi lorsque l'aggravation d'un dommage manifeste l'apparition d'un dommage nouveau. Si la prescription extinctive trentenaire est manifestement trop longue de nos jours, il serait de toute façon, inique qu'elle courre à l'encontre de la victime tant qu'elle est dans l'ignorance du dommage qu'elle a subi, les suites dommageables d'un accident dont elle est sortie, en apparence indemne, ne pouvant se manifester qu'ultérieurement. Cependant, on regrettera que seule l'action en responsabilité extra contractuelle soit prescrite par dix ans. Il eût été opportun de réformer l'article 2262 c. civ. non seulement en distinguant la prescription acquisitive et la prescription extinctive, comme cela est le cas dans d'autres législations, mais encore d'abrégé d'une façon générale la prescription extinctive de droit commun* ».

<sup>3</sup> Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription 2005, Catala-Malaurie ; Rapport d'information Hyest, Yung, Portelli ; Rapport au Sénat par M. Béteille au nom de la commission des lois n° 83.

<sup>4</sup> Cf. les propositions de réforme de la prescription avaient été formulées par la Cour de cassation dès ses rapports annuels de 2001, 2002 et 2004.

Les travaux préparatoires à cette loi attestent néanmoins d'une réflexion, certes marginale mais nourrie, sur la détermination du point de départ du délai de prescription, et plus précisément sur l'opportunité de prévoir une règle générale. A l'issue de ces débats, la proposition de l'avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription « Catala-Malaurie » qui prévoyait que « *La prescription a pour point de départ le jour où le créancier peut agir* » sera supplantée par la rédaction proposée par le professeur B. Fauvarque-Cosson, celle de l'actuel article 2224 du code civil, inspirée des Principes d'Unidroit et de la réforme du droit allemand des obligations.

*Article 2224 du code civil : “Les actions personnelles ou mobilières se prescrivent par cinq ans à compter du jour où le titulaire d'un droit a connu ou aurait dû connaître les faits lui permettant de l'exercer.”*

Il faut ici souligner le scepticisme de la mission d'information du Sénat qui « *Tout en mesurant l'intérêt de cette proposition, (...) observe qu'elle appelle des observations semblables : le juge devra apprécier, dans chaque espèce, la réalité de la connaissance du droit d'agir ou, de manière plus subjective encore, si le créancier ne pouvait l'ignorer.*

En définitive, sans être hostile à l'édition d'une règle générale sur le point de départ de la prescription, la mission d'information s'interroge sur l'intérêt pratique d'une telle évolution législative <sup>5</sup>... autrement dit, s'interroge sur l'intérêt d'écrire dans la loi que la détermination du point de départ du délai de prescription n'est pas déterminée par la loi !

#### 1.1.2. Les incertitudes liées à la détermination d'un point de départ indéterminé du délai de prescription

Très attendue, la réforme de la prescription en matière civile a finalement été très décevante pour la doctrine<sup>6</sup>. Son principal apport a été de soumettre les actions contractuelles et extra contractuelles au même régime de prescription et de réduire les délais trentenaires et décennaux de droit commun à un seul délai de cinq ans. Mais elle n'est pas parvenue à supprimer “la pléthore de délais, véritable capharnaüm”<sup>7</sup> ni les nombreuses incertitudes<sup>8</sup>, la critique la plus sévère et sans doute la plus autorisée,

---

<sup>5</sup> Rapport d'information Hyst, Jung, Portelli p. 92.

<sup>6</sup> Pr ex. : J.Klein, Thèse, Le point de départ de la prescription, *Economica* 2013, n°446 à 467, ou encore, M.Mignot, « Rapport de synthèse », in *La réforme de la prescription*, actes de colloque, LPA, 2 avril 2009, p.59 – P. Malaurie, « La réforme de la prescription civile » (Commentaire de la loi n°2008-561 du 17 juin 2008) », *Defrénois*, 2008, p. 2029 s., spéc.n°22 – C.Brenner, « Quelques aspects procéduraux de la réforme de la prescription extinctive », *RDC*, 2008, p. 1431 s., in fine – AM Leroyer, *Chronique de la législation française*, « Prescription, Loi n°2008-561 du 17 juin 2008, portant réforme de la prescription en matière civile, *RTD civ* 2008, p. 563 s., *Spéc. P.* 563.

<sup>7</sup> Casson, *Le nouveau régime de la prescription*, in CASSON et PIERRE (dir.), *La réforme de la prescription en matière civile - Le chaos enfin régulé ? 2010*, Dalloz ».

<sup>8</sup> Notamment celles du point de départ du délai de la prescription quinquennale, point de départ “glissant” : P. Malaurie, *La réforme de la prescription civile*, *Defrénois* 2008.2029, spéc. n° 11,

soulignant l'absence de politique législative en la matière dès lors que le point de départ du délai de prescription n'était conçu que comme une variable d'ajustement selon le rapport de force établi entre des intérêts antagonistes<sup>9</sup>.

En tout état de cause, l'article 2224 du code civil instaure un nouveau délai de droit commun de la prescription extinctive qui est de cinq ans. Cette nouvelle durée dépend de deux éléments : le délai, bien sûr, et son point de départ.

#### 1.1.2.1. Un point de départ « glissant »

En fixant le point de départ du délai de prescription à la date à laquelle le créancier a connu ou aurait dû connaître les faits qui lui permettent d'agir en justice, le législateur considère donc que cette détermination dépend d'une appréciation subjective de la connaissance par le créancier de son droit d'agir, apprécié *in concreto* ou *in abstracto*, de sorte que l'on parle désormais de point de départ « flottant » ou « glissant » au gré des circonstances de l'espèce.

Comme souligné par les artisans de cette rédaction " (...) ce "point de départ «glissant » ou «flottant », qui est adopté à l'article 2224 du code civil, pour ce qui concerne la prescription quinquennale de droit commun, et à l'article 2227, pour la prescription trentenaire des actions réelles immobilières, peut être considéré comme une application de l'adage "contra non valentem...", selon lequel la prescription ne court pas contre celui qui n'est pas à même d'agir. Le juge aura une grande liberté pour le mettre en œuvre, tant en ce qui concerne l'appréciation des faits nécessaires à l'exercice du droit qu'en ce qui concerne celle de leur connaissance par son titulaire."<sup>10</sup>

Un autre auteur met en garde<sup>11</sup> : " Tous les regards seront dorénavant portés vers le créancier, en tant que sujet de droit, et plus particulièrement sur la perception des faits

---

sans parler de la diversité des points de départ concernant diverses actions spécifiques ou encore des effets du délai butoir combiné aux variations du point de départ "flottant" de la prescription de droit commun.

<sup>9</sup>Julie Klein, Thèse, Le point de départ de la prescription, *Economica* 2013, n° 431 : « On pourrait alors s'attendre à ce que le législateur utilise le point de départ de la prescription pour mener à bien une politique juridique poursuivant un ou plusieurs objectifs déterminés. Le point de départ de la prescription constituerait dans cette perspective un élément parmi d'autres de la politique législative poursuivie. Pourtant la réalité de l'intervention du législateur est très éloignée. La fixation législative du point de part de la prescription n'apparaît pas comme un élément de politique plus complète mais, différemment, comme la variable d'ajustement entre des intérêts particuliers antagonistes en l'absence précisément de politique législative. (...) Le phénomène transactionnel s'est accéléré à mesure de la montée en puissance des groupes de pression dans l'élaboration de la loi. (...) ».

<sup>10</sup> B. Fauvarque- Cosson et J.François - recueil Dalloz 2008 - commentaire de la loi du 17 juin 2008 portant réforme de la prescription en matière civile, p. 2512, n°17 et ss.

<sup>11</sup>V. Lasserre-Kiesoy, RDC 2008, base Lextenso, commentaire de la loi du 17 juin 2008 portant réforme de la prescription en matière civile.

*qui déterminent l'action qui lui est ouverte. La science de la cognition est devenue la pierre de touche du droit de la prescription."*

En tout état de cause, il faut considérer que désormais l'instauration d'un point de départ "glissant" fait du report du point de départ du délai de la prescription un critère de sa détermination même.

#### *1.1.2.2. Une méthode de détermination « flottante » du point de départ du délai de prescription*

On l'a dit plus haut, le juge, pour déterminer le point de départ litigieux, doit se fier à la connaissance que le créancier a eue **ou** aurait dû avoir des faits lui permettant d'agir. Comment interpréter cette règle ? A ma connaissance, les débats parlementaires sont muets sur la portée que nous devons donner à ce « ou ».

Le juge du fond dispose-t-il discrétionnairement de deux méthodes d'appréciation en fonction des circonstances de l'espèce : « (...) le point de départ subjectif est « atténué » par l'emploi de l'expression « a connu ou aurait dû connaître » qui laisse au juge la latitude nécessaire pour apprécier si le titulaire du droit connaissait ou ne pouvait ignorer les faits lui permettant d'agir. Ainsi, le défendeur peut valablement soutenir que l'action est prescrite s'il rapporte la preuve que le demandeur avait connaissance des faits ou « aurait dû » avoir connaissance des faits depuis plus de 5 ans »<sup>12</sup>. "En somme, la prescription court à compter de la connaissance effective ou de l'ignorance blâmable »<sup>13</sup>.

Ou au contraire, existe-t-il une hiérarchie entre ces deux méthodes : le point de départ du délai de droit commun serait alors bâti sur une règle de principe – le délai commence à s'écouler lorsque le titulaire du droit a effectivement connu les faits permettant de l'exercer – à laquelle s'ajoute une règle subsidiaire – ce délai peut courir dès avant, s'il est établi que le titulaire aurait dû connaître ces faits ?

Ou enfin, doit-on considérer que l'article 2224 autorise à élever le cas d'espèce à un niveau d'abstraction tel qu'il interroge la portée générale de la règle de droit, selon le comportement d'un individu moyennement raisonnable et avisé, dans le cadre d'une action personnelle ou mobilière semblable ?

On le voit, dans chacune de ces hypothèses, se pose la question de la nature et de l'intensité du contrôle de la Cour de cassation.

#### *1.1.3. La détermination du point de départ du délai de prescription s'inscrit dans un mécanisme plus global d'encadrement de la prescription*

---

<sup>12</sup> F.Ancel, La loi n 2008-561 du 17 juin 2008 portant réforme de la prescription en matière civile, GP n°194, p.2 et 3.

<sup>13</sup> A.Hontebeyrie, Rép. droit civil, Prescription extinctive, février 2016, actualisation 2022, op cité, n° 241.

L'adoption d'un point de départ glissant pour le délai de droit commun de la prescription extinctive doit être analysée en regard des articles 2234 et 2232 du code civil avec lesquels il forme un mécanisme global de prescription.

#### *1.1.3.1. Le report organisé par l'article 2234 du code civil : une utilité incertaine ?*

Alors que la règle « *contra non valentem agere non currit praescriptio* » est implicitement consacrée comme critère même de détermination du point de départ de la prescription, elle est à nouveau consacrée, mais cette fois explicitement, par l'article 2234 du code civil pour organiser à nouveau le report de ce même point de départ.

*Article 2234 du code civil : "La prescription ne court pas ou est suspendue 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."*

Comme le souligne un auteur, « *On ne peut qu'être surpris de cette consécration soudaine de l'adage, qui paraît au surplus venir à contretemps : n'y a-t-il pas quelque paradoxe à consacrer la maxime au moment même où elle semble presque devenue inutile ? En effet, si l'application de l'adage constitue un tempérament d'équité souhaitable dans un système reposant sur une fixation objective du point de départ de la prescription au jour de la naissance du droit ou de l'action, l'adage a-t-il toujours une portée alors que l'article 2234 du code civil impose un point de départ flottant ?* » et de s'interroger en reprenant à son compte l'avertissement du doyen Carbonnier : « *la règle Contra non valentem agere... étant jusqu'ici purement jurisprudentielle, son application étant en quelque sorte une faveur discrétionnaire de la part du juge, les intéressés n'y font pas appel à la légère. Que si cette règle venait à passer dans un texte, il serait à craindre qu'ils n'y vissent désormais un véritable droit ouvert à leur profit : il n'est pas de prescription accomplie sur laquelle on n'essaierait pas de revenir (...)*<sup>14</sup> ».

#### *1.1.3.2. Le délai-butoir de l'article 2232 du code civil : une effectivité incertaine ?*

Le nouveau point de départ dit « flottant » offre au créancier des garanties pour pouvoir agir en justice. Toutefois, afin de préserver les intérêts du débiteur, le législateur a prévu un délai butoir pour faire obstacle à toute action en justice à l'issue d'un délai de 20 ans à compter de la naissance du droit substantiel (soit donc un point fixe, prévu par l'article 2232 du code civil).

Ce dispositif, joint à la possibilité d'objectiver une connaissance supposée des faits, vise à offrir un équilibre entre la protection des intérêts du titulaire du droit d'agir et le débiteur (contractuel ou délictuel).

*Article 2232 du code civil : "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. (...)"*

On comprend bien le sens d'un double encadrement du délai pour agir : cinq ans à compter de la preuve de la connaissance des faits permettant d'agir, vingt ans à compter de la naissance du droit d'agir : un mouvement de balancier en faveur du

---

<sup>14</sup> J. Klein, op cité, n°384 et 385.

créancier, un mouvement en faveur du débiteur. Quid toutefois du délai-butoir si les juges considèrent que naissance du droit et connaissance du dommage coïncident notamment en matière de responsabilité extra contractuelle, et plus spécifiquement dans l'hypothèse complexe qui nous intéresse : celle de la caractérisation du dommage.

1.1.4. La question posée par le pourvoi : l'hypothèse complexe de la détermination du point de départ de la prescription d'une action en responsabilité extra contractuelle lorsque le dommage allégué est par ailleurs contesté dans le cadre d'une procédure administrative ou en justice

On l'a vu, le législateur, en adoptant les dispositions de l'article 2224 du code civil, a consacré une jurisprudence héritée de l'ancien article 2270-1 du code civil selon laquelle *“la prescription d'une action en responsabilité court à compter de la réalisation du dommage ou de la date à laquelle il est révélé à la victime, si celle-ci établit qu'elle n'en avait pas eu précédemment connaissance”*.

Si l'article 2224 du code civil fait de la connaissance des faits (donc de la deuxième partie de l'attendu précité) la clé de voûte du système de prescription, il n'évince pas l'exigence aussi consacrée par la jurisprudence sous l'empire des anciens articles 2257 et 2262 du code civil en application de l'adage *“actioni non natae non praescribitur”*. La prescription ne peut courir non seulement avant que le titulaire du droit d'agir ait eu connaissance de ce droit mais encore elle ne peut courir avant sa naissance même.

Ainsi, *« une demande en paiement de dommages et intérêts fondée sur un quasi-délit n'est recevable qu'autant que le demandeur a éprouvé un dommage actuel résultant de la faute imputée au défendeur »* (Civ. 11 décembre 1918) et *“le point de départ de la prescription d'une action en dommages-intérêts est le jour où le dommage s'est réalisé et non celui où la faute a été commise”* (Jurisprudence dite des Salines de Dax, 2e Civ., 13 juillet 1966, Bulletin 1966 II n° 791).

Cette question se pose avec une acuité particulière lorsque l'action en responsabilité extra contractuelle est engagée consécutivement à un préjudice discuté dans une procédure administrative ou judiciaire.

En fondant la détermination du point de départ de la prescription sur la connaissance des faits qui permettent d'agir, notion-pivot de la prescription, l'article 2224 du code civil condense en une formule différentes étapes du raisonnement. Mais la naissance du droit devient à nouveau une question centrale lorsque l'action en responsabilité extra contractuelle est engagée consécutivement à un préjudice discuté dans une autre procédure administrative ou judiciaire, comme dans l'affaire soumise à notre examen.

La réunion des éléments nécessaires à la naissance même du droit d'agir en réparation, préalable nécessaire à son exercice, doit être établie. Notamment le dommage doit être certain, c'est à dire réalisé (éprouvé). A défaut, aucune action en justice ne peut être valablement engagée, faute d'intérêt à agir ou d'être en mesure d'exercer l'action.



## **1.2. L'état de la jurisprudence relative à la détermination du point de départ du délai de prescription d'une action en responsabilité extra contractuelle ayant pour origine un préjudice discuté dans une procédure administrative ou judiciaire parallèle : chaos ou remise en ordre progressive ?**

Cela vient d'être rappelé : l'instauration d'un point de départ " glissant " n'a pas apporté de réel changement à l'état du droit antérieur puisqu' il est la consécration d'une jurisprudence, formée sous l'article 2270-1 ancien du code civil, selon laquelle « *la prescription d'une action en responsabilité ne court qu'à compter de la réalisation du dommage ou de la date à laquelle il s'est révélé à la victime si celle-ci établit qu'elle n'en avait pas connaissance* »<sup>15</sup>.

Ainsi, même si ce principe a été exprimé dans des affaires qui ne relevaient pas de la loi de 2008, *"les arrêts sont publiés et ne font aucune référence aux anciennes règles. Ils peuvent donc laisser entendre que le principe et, surtout, la méthode qui le sous-tend, restent valables"*<sup>16</sup>.

D'ailleurs, dès le 10 juin 2008<sup>17</sup>, dans trois arrêts remarquables et alors que la réforme n'était pas encore entrée en vigueur, la chambre commerciale se référait à la formulation nouvelle pour mieux réitérer sa jurisprudence antérieure considérant que "*la prescription de l'action en nullité de la stipulation de l'intérêt conventionnel engagée par un emprunteur qui a obtenu un concours financier pour les besoins de son activité professionnelle court à compter du jour où il a connu ou aurait dû connaître le vice affectant le taux effectif global (TEG)*". Elle annonce ainsi « l'objectivation de l'appréciation du point de départ subjectivement fixé par la loi (...) réduisant les inquiétudes suscitées par ce texte auprès de certains »<sup>18</sup>.

La méthode ici proposée pour analyser notre jurisprudence repose sur un examen des décisions concernant d'abord notre « cœur de cible », à savoir la détermination du point de départ d'une action extra contractuelle consécutive à la revendication d'une créance de restitution de nature fiscale.

Cet examen a ensuite été élargi, compte tenu des variations de notre jurisprudence au cours des cinq dernières années, à l'examen des mêmes actions mais consécutives à un préjudice relevant d'un contentieux spécifique et enfin celles consécutives à un préjudice relevant du contentieux général.

1.2.1. L'action en responsabilité extra contractuelle ayant pour origine un préjudice relevant d'un contentieux fiscal : une jurisprudence récemment établie en faveur de la décision de justice pour déterminer le point de départ du délai de prescription

---

<sup>15</sup> V. aussi cités au rapport pour l'audience en formation simple: 1re Civ., 19 février 2002, pourvoi n° 99-10.597 ; 1re Civ., 23 novembre 2004, pourvoi n°01-03.510 ; Com., 28 mars 2006, pourvoi n°04-15.506 ; 2e Civ., 13 mars 2008, pourvoi ° 07-12.962 ; Com., 17 février 2009, pourvoi n° 08-10.191 ; 1re Civ., 9 juillet 2009, pourvois n°08-18.494 et 08-10.820 ; 1re Civ., 1er juillet 2015, n°14-16.555 ; 1re Civ., 11 mars 2010, pourvoi n°09-12.710, Bull. 2010, I, n°62.

<sup>16</sup> A. Hontebeyrie, Prescription extinctive, février 2016, actualisation 2022, n°248.

<sup>17</sup> Com, 10 juin 2008, pourvois n°06-18.906, 06-19.452, 06-19.905.

<sup>18</sup> J. Klein, op cité, n°143 et 452.

Diverses réponses ont été apportées au fil du temps, et notamment par la première chambre civile, à l'occasion d'actions en responsabilité contre des notaires, ainsi que par la chambre commerciale, à l'occasion d'actions en responsabilité contre des experts-comptables, pour déterminer le point de départ du délai de prescription consécutivement à une demande en restitution de sommes émanant de l'administration fiscale.

Longtemps retenu<sup>19</sup> pour déterminer le point de départ du délai de prescription<sup>20</sup>, l'avis de redressement (devenu en 2004 rectification contradictoire) a été abandonné au motif qu'il initiait une procédure contradictoire "à l'issue de laquelle l'administration fiscale peut ne mettre en recouvrement aucune imposition"<sup>21</sup> de sorte qu'à la date dudit redressement le dommage n'était pas réalisé. La notification de l'avis de mise en recouvrement a pu alors apparaître, à compter de 2010, comme une réponse possible.

En effet, dans une affaire emblématique, dite des « fonds Turbo<sup>22</sup> » la chambre commerciale de la Cour de cassation a jugé que le point de départ de la prescription est constitué, par la notification de l'avis de recouvrement, titre exécutoire immédiatement exigible qui réalise le dommage et le porte en même temps à la connaissance du titulaire du droit d'agir en responsabilité.

*« Mais attendu, en premier lieu, qu'ayant énoncé que le délai de prescription de l'action en responsabilité court à compter de la date de réalisation du dommage ou à la date où la victime est en mesure d'agir, l'arrêt retient justement que la société Auchan s'est trouvée en mesure d'intenter l'action en responsabilité lorsqu'elle a su, à l'issue des discussions qui ont débuté après les propositions de rectification des 12 et 18 décembre 1990, que ses souscriptions au "fonds turbo" étaient fiscalement irrégulières, qu'elle devrait rembourser les crédits d'impôt illégitimement obtenus et s'acquitter de la créance résultant des avis de mise en recouvrement délivrés les 30 avril 1993 et 31 décembre 1993, et immédiatement exigibles ; » (nous soulignons)*

Mais il faut relever qu'aucune instance contentieuse n'était évoquée dans cette affaire<sup>23</sup>.

En revanche, **en présence d'un contentieux évoqué**, la même chambre décidait différemment, soit que le dommage **n'était réalisé** qu'à la date du rejet définitif du recours contentieux<sup>24</sup>, ou que le **préjudice n'était pas réalisé** tant que le sort de ce recours n'était pas définitivement connu<sup>25</sup>.

---

<sup>19</sup> Com. 19 avril 2005, n°03-17.455 ; Civ1, 12 juillet 2007, n°05-20.091 ; Civ1, 13 décembre 2005, n° 03-11.443.

<sup>20</sup> C. Belloc, « sur la prescription des actions en responsabilité ayant pour origine un préjudice fiscal », JCPE, 2004, 1637

<sup>21</sup> Com, 23 Septembre 2008, n°07-11.125 ; com 6 décembre 2007, n°16-23.972.

<sup>22</sup> Com, 28 Septembre 2010, n°09-68.214.

<sup>23</sup> Et, dans un même cas de figure (en l'absence de contentieux évoqué), la chambre commerciale a confirmé cette solution quelques années plus tard, à l'occasion de la mise en recouvrement d'une créance douanière – V. Com, 9 janvier 2019, n°17-15.404.

<sup>24</sup> Com, 9 mars 2010, n°09-13.151.

<sup>25</sup> Com, 23 janvier 2007, n°05-16.442.

Ces positions ont été récemment confirmées notamment depuis 2021 par la chambre commerciale et par la première chambre civile<sup>26</sup>.

Demeure toutefois à ce jour, l'interrogation adressée à notre chambre mixte à la suite de l'arrêt rendu sur renvoi de cassation fixant le point de départ à la date de la notification de la mise en recouvrement<sup>27</sup>.

Cet arrêt ne m'a pas paru pouvoir être analysé comme un arrêt de résistance compte tenu des évolutions de notre jurisprudence et, plus largement, de la jurisprudence de notre Cour lorsque l'action en responsabilité extra contractuelle a pour origine un préjudice discuté en justice, jurisprudence qui, à ce stade, n'a pas non plus déterminé si la décision de rejet devait être une décision irrévocable, passée en force de chose jugée ou un premier jugement au fond.

1.2.2. L'action en responsabilité extra contractuelle ayant pour origine un préjudice relevant de contentieux spécifiques : une jurisprudence établie en faveur de l'assignation pour déterminer le point de départ du délai de prescription

Les solutions apportées par les deuxième et troisième chambres aux contentieux spécifiques dont elles ont la charge, en droit des assurances (recours de l'assuré contre son assureur après mise en cause par un tiers) et droit de la construction (recours entre constructeurs), permettent d'harmoniser la réponse autour de l'assignation.

A la suite d'un récent revirement de jurisprudence, la troisième chambre civile a considéré que l'assignation était constitutive de la date à laquelle le titulaire de l'action récursoire en responsabilité a ou aurait dû avoir connaissance des faits lui permettant d'agir en justice, dès lors qu'elle comportait explicitement une prétention indemnitaire, fût-ce par provision<sup>28</sup>.

Cette jurisprudence, saluée par la doctrine, offre de nombreux enseignements, outre l'avantage d'offrir au secteur de la construction, **une harmonisation avec celle du Conseil d'Etat**<sup>29</sup>.

### **Civ.3, 14 décembre 2022, n°21-21.305**

*17. Le constructeur ne pouvant agir en garantie avant d'être lui-même assigné aux fins de paiement ou d'exécution de l'obligation en nature, il ne peut être considéré comme inactif, pour l'application de la prescription extinctive, avant l'introduction de ces demandes principales.*

---

<sup>26</sup> Civ1, 29 juin 2022, n°21-10.720 ; Com.9 novembre 2022, n°21-10.632 ; Com., 3 mars 2021, n°18-19.259 ; Com, 6 décembre 2017, n°16-18.788.

<sup>27</sup> Civ.1, 14 novembre 2019, n°18-22.114.

<sup>28</sup> Civ2, 7 avril 2005, n°21-70.024 ; civ2 10 mars 2002, n°20-16.562, Civ.3, 14 décembre 2022, n°21-21.305, Civ 3, 23 novembre 2023, n°22-20.490.

<sup>29</sup> CE, 7e et 2e ss-sect. réunies, 11 juill. 2008, n° 285168 : JurisData n° 2008-073862 ; Lebon T. – CE, 7e et 2e ch. réunies, 10 févr. 2017, n° 391722 : JurisData n° 2017-002283 ; Lebon T), qui, l'un et l'autre, ont clairement jugé que la simple demande de référé expertise du maître de l'ouvrage ne peut constituer le point de départ de la prescription, «seule la communication de la demande [indemnitaire] présentée par le maître de l'ouvrage devant le Tribunal Administratif» pouvant le constituer, dès lors qu'avant cette demande, le constructeur ne peut intenter une action en garantie.

*18. Dès lors, l'assignation, si elle n'est pas accompagnée d'une demande de reconnaissance d'un droit, ne serait-ce que par provision, ne peut faire courir la prescription de l'action du constructeur tendant à être garanti de condamnations en nature ou par équivalent ou à obtenir le remboursement de sommes mises à sa charge en vertu de condamnations ultérieures.*(nous soulignons).

Il existe certes encore un risque de divergence entre ces deux chambres dès lors que la deuxième chambre civile admet l'assignation en référé expertise ou la simple constitution de partie civile devant une juridiction pénale sans formulation de demande en paiement à l'encontre de l'assuré<sup>30</sup>.

Toutefois, il faut atténuer la portée de cette divergence dès lors que la deuxième chambre retient que le point de départ de la prescription instituée par l'article L.114-1 alinéa 3 du code des assurances est « la date de l'assignation de la victime devant le tribunal des affaires de la sécurité sociale, correspondant au jour où le tiers, dont le recours de l'assuré est la cause, a exercé une action en justice, et non la constitution de partie civile de M. X... puisqu'aucune demande indemnitaire ne peut être portée devant la juridiction répressive par la victime d'un accident du travail à l'encontre son employeur. »<sup>31</sup> (nous soulignons). Il en va de même s'agissant d'une constitution de partie civile entre les mains du juge d'instruction, parce qu'aucune demande indemnitaire ne pouvait être portée devant ce juge d'instruction<sup>32</sup>.

Certes, on l'a dit, il s'agit de contentieux spécifiques et la solution retenue est soit très fortement induite par le texte même de l'article L114-1 du code des assurances, soit par les données contextuelles et pratiques du contentieux de la construction étant rappelé que le recours de l'assuré contre son assureur ou d'un constructeur contre un autre constructeur a pour objet de déterminer non seulement la charge définitive de la dette que devra supporter l'un d'eux ou chaque responsable, mais aussi sa responsabilité.

Mais il faut souligner que dans les deux cas, le législateur ou le juge a estimé de bonne politique que l'action récursoire intentée par la victime d'un dommage se prescrive à compter de sa propre assignation par un tiers qui revendique aussi réparation, la prétention indemnitaire du tiers suffisant alors à établir le point de départ du délai de prescription de l'action en garantie, soit au terme de l'article 2224 du code civil, la connaissance des faits permettant d'agir. Il reste à en définir précisément la signification juridique.

1.2.3. L'action en responsabilité extra contractuelle ayant pour origine un préjudice relevant d'un contentieux général : des divergences persistantes

*1.2.3.1. L'analyse de la jurisprudence atteste de tentatives d'harmonisation indéniables de la Cour de cassation autour de l'assignation*

---

<sup>30</sup> Avis Civ2, du 17 février 2022, avis n°21-70.024 sur pourvoi n° 20-84.428 et Civ.3, 14 décembre 2022, n°21-21.305.

<sup>31</sup> Civ.2, 7 avril 2005, n°04-12.128.

<sup>32</sup> Civ 2, 8 octobre 2009, n°08-17.151.

A la suite de l'arrêt rendu par la troisième chambre civile, sur le site de la Cour de cassation, la notice au rapport annuel précise, entre autres raisons du revirement de jurisprudence opéré par l'arrêt précité de la troisième chambre du 14 décembre 2022, que « *par plusieurs décisions récentes, la Cour de cassation a jugé qu'il n'était pas possible d'agir en garantie avant d'avoir été soi-même assigné* » (nous soulignons).

Il faut par ailleurs mentionner, outre la jurisprudence des deuxième et troisième chambres en faveur de l'assignation<sup>33</sup>, des décisions de la 1<sup>ère</sup> chambre ou de la chambre commerciale qui n'excluent pas une détermination du point départ de la prescription quinquennale par l'assignation. On peut alors citer quelques décisions pour illustrer cette affirmation :

**Civ1, 9 mai 2019, n°18-15-787**

*« Mais attendu qu'après avoir constaté, par motifs propres et adoptés, que le dommage s'était révélé depuis 2007, lorsque la SCI avait pris l'initiative de détruire un mur et de mettre ainsi un terme au passage de M. et Mme S... par le fonds EX 505, provoquant un état d'enclave, la cour d'appel a souverainement estimé que la SCI avait, dès cette époque, connaissance de l'existence d'une servitude au profit de ceux-ci ; qu'elle en a justement déduit que l'assignation du 23 février 2009, qui avait seulement consacré le dommage affectant la parcelle de la SCI, constituait le point de départ de la prescription quinquennale, de sorte que l'action tardivement engagée contre le notaire était irrecevable ; que le moyen n'est pas fondé ; »*

**Civ 1, 11 décembre 2019, n°18-23.016**

La Cour de cassation approuve la cour d'appel qui a considéré « *que l'existence d'une servitude, à tout le moins nécessairement due par application de l'article 682 du code civil, grevant leur fonds était ainsi connue des acquéreurs, ou aurait dû l'être au plus tard lorsqu'ils ont reçu le pré-rapport, peu important que l'arrêt du 18 novembre 2014 ait déterminé son origine conventionnelle* » de sorte « *qu'ayant ainsi souverainement estimé que le dommage dont se plaignaient les acquéreurs s'était manifesté avant le 13 septembre 2010, la cour d'appel en a exactement déduit, sans modifier l'objet du litige, que leur action engagée le 7 octobre 2015[date de l'assignation] était prescrite* ».

Une même analyse est observable dans certaines décisions de la chambre commerciale.

**Com., 9 février 2022, pourvoi n°20-17.551**

*« 6. Pour déclarer prescrite l'action en responsabilité délictuelle engagée contre la banque, l'arrêt retient que le dommage ne résulte pas des décisions de justice ayant condamné M. Z... à payer des dommages-intérêts aux vendeurs et à l'agence immobilière à la suite de sa décision de refuser d'acquérir l'immeuble ayant fait l'objet d'un « compromis de vente » auquel il avait consenti, mais de l'octroi du crédit et de ses conséquences juridiques et financières, dont il avait eu*

---

<sup>33</sup> Notamment pour la deuxième chambre, hors contentieux assurantiel : Civ2, 4 octobre 2018, n°17-26.93.

connaissance dès le mois de novembre 2009, de sorte qu'à cette date, il était informé du dommage auquel il était exposé.

*7. En statuant ainsi, alors que le dommage dont M. Z... demandait réparation ne s'était pas manifesté aussi longtemps que les vendeurs et l'agent immobilier n'avaient pas, en l'assignant, recherché sa propre responsabilité, soit au plus tôt le 3 septembre 2010, de sorte que, à la date des assignations qu'il a lui-même fait signifier à la banque et au courtier, les 19 et 22 septembre 2014, la prescription n'était pas acquise, la cour d'appel a violé le teste susvisé.* » (souligné par nous).

Enfin, même si elles intéressent moins directement notre sujet, les décisions remarquées de la première chambre civile rendues le 5 janvier 2022 méritent attention en ce qu'elles précisent notamment que l'événement qui doit constituer le point de départ de l'action en responsabilité au titre d'un manquement du prêteur à son devoir de mise en garde est celui qui permet « d'appréhender l'existence et les conséquences éventuelles d'un tel manquement », soit pour l'emprunteur non averti, le jour du premier incident de paiement, pour la caution, la mise en demeure de payer les sommes dues par l'emprunteur à raison de sa défaillance lui permettant d'appréhender l'existence éventuelle d'une disproportion de son engagement<sup>34</sup>, ou encore, pour l'emprunteur ayant adhéré à un contrat d'assurance de groupe, le jour où il a connaissance du défaut de garanties du risque qui s'est réalisé<sup>35</sup>.

#### *1.2.3.2. Toutefois, une autre tendance est nettement affirmée en faveur de la décision de justice, passée en force de chose jugée ou irrévocable*

Les décisions les plus récentes de la première chambre civile, rendues au visa de l'article 2224 du code civil, retiennent la nécessité d'une décision de justice pour déterminer le point de départ du délai de prescription dans les contentieux autres que ceux étudiés plus haut.

La jurisprudence est ancienne et établie lorsque la demande de réparation de la victime qui intente un recours contre l'auteur de son dommage (le notaire le plus souvent) s'inscrit dans un litige portant sur la validité de l'acte ou encore sur la reconnaissance de droits réels venant contrarier celle que l'on croyait acquise pour soi-même<sup>36</sup>, étant observée une motivation hésitante sur la nature de la décision rendue (le simple prononcé d'une décision de première instance<sup>37</sup>, une décision passée en force de jugée<sup>38</sup> ou encore une décision irrévocable<sup>39</sup>).

<sup>34</sup> Civ .1, 5 janvier 2022, pourvoi n° 20-17.325.

<sup>35</sup> Civ 1, 5 janvier 2022, n°20-16.031 et n°19-24.436.

<sup>36</sup> Citées au rapport : [Civ.1, 9 septembre 2020, n° 18-26.390](#) ; [Civ.1, 25 mars 2010, n° 09-15.517](#) ; [Civ.1, 20 octobre 2021, n° 19-19.409](#).

<sup>37</sup> Civ 1, 4 juillet 2019, n°18-16.138.

<sup>38</sup> Civ 1, 29 juin 2022, n°21-10.720 ; Civ 1, 9 mars 2022, n°20-15.012 ; Civ 1, 20 octobre 2021, n°19-19.409.

<sup>39</sup> Civ 1, 20 avril 2022, n°20-22.988 ; Civ 1, 3 mai 2018, n° 17-17.527.

La même tendance en faveur de la décision de justice, mais alors passée en force de chose jugée, se dessine à la chambre commerciale<sup>40</sup>, étant observé encore, s'agissant des décisions concernant la détermination du point de départ du délai de prescription pour l'action en responsabilité d'une victime du fait dommageable imputé à un liquidateur, que la chambre commerciale fait application de textes spéciaux (L.237-12 et L.225-254 du code de commerce).

La première chambre civile comme la chambre commerciale considèrent alors que le dommage **ne s'est manifesté** qu'à compter de la décision de justice laquelle constitue aussi le point de départ du délai de prescription<sup>41</sup>.

*1.2.3.3. Deux décisions appellent notre attention qui censurent des arrêts de cours d'appel non au motif de violation de la loi mais au motif de manque de base légale*

Ainsi, dans une décision du 6 juillet 2022, la chambre commerciale, après avoir rappelé au visa de l'article 2224 du code civil que « *le délai de prescription de l'action en responsabilité civile court à compter du jour où celui qui se prétend victime a connu ou aurait dû connaître le dommage, le fait générateur de responsabilité et son auteur, ainsi que le lien de causalité entre le dommage et le fait générateur* », censure la cour d'appel qui, alors même qu'une sentence arbitrale avait condamné un cessionnaire de parts sociales à payer des dommages et intérêts aux cédants, n'avait pas recherché, comme elle y était invitée, si la faute reprochée au tiers contre lequel le cessionnaire s'était retournée, à la supposer établie, ne pouvait être connue de lui qu'au jour du dépôt d'un rapport d'expertise judiciaire, postérieur à la sentence arbitrale.

**Com, 6 juillet 2022, n°20-15.190**

« Vu l'article 2224 du code civil :

*6. Aux termes de ce texte, les actions personnelles ou mobilières se prescrivent par cinq ans à compter du jour où le titulaire d'un droit a connu ou aurait dû connaître les faits lui permettant de l'exercer. Il en résulte que le délai de prescription de l'action en responsabilité civile court à compter du jour où celui qui se prétend victime a connu ou aurait dû connaître le dommage, le fait générateur de responsabilité et son auteur, ainsi que le lien de causalité entre le dommage et le fait générateur.*

[...]

*8. En se déterminant ainsi, sans rechercher, comme elle y était invitée, si la faute reprochée à la société Optimum et à M. [G], à la supposer établie, ne pouvait être connue de la société Sogecore qu'au jour du dépôt du rapport d'expertise judiciaire du 24 juillet 2014, la cour d'appel a privé sa décision de base légale. »*

<sup>40</sup> Com, 5 avril 2023, n°21-21.208 ; Com, 20 février 2019, n°16-24.580 ; Com, 25 juin 2013, n°12-19.173.

<sup>41</sup> Civ 1, 20 Octobre 2021, n°19-19.409 Civ1, 9 septembre 2020, 18-26.390 Civ 1, 4 juillet 2019, n°16-16.138 Com, 5 avril 2023, n°21-21.208 Civ 1, 9 mars 2022, n°20-15.012.

Faut-il alors considérer que le point de départ du délai de prescription de l'action en responsabilité du cessionnaire contre le tiers auquel il imputait la responsabilité du dommage subi, pouvait être la date du dépôt du rapport d'expertise judiciaire, peu important la décision de justice rendue ultérieurement à la plainte ?

Cette décision, comportant un attendu très pédagogique au visa de l'article 2224 du code civil, est à rapprocher d'une situation similaire dans laquelle notre Cour a censuré une cour d'appel qui n'avait pas donné de base légale à sa décision en ne caractérisant pas, au moment du dépôt de plainte par l'auteur du recours en responsabilité, la connaissance par ce dernier de la faute imputable au tiers auquel il demandait réparation de son dommage, sans pour autant se référer à la condamnation pénale ultérieurement intervenue<sup>42</sup>.

L'examen de notre jurisprudence révèle d'une part la diversité des notions et formules employées : dommage, préjudice, faits permettant au titulaire du droit d'agir, conscience/connaissance effective ou supposée des faits, être en mesure de connaître/appréhender les faits ; d'autre part le chevauchement d'expressions telles que celles de « manifestation du dommage », « réalisation du dommage » ; enfin différentes déclinaisons de la règle issue de l'article 2224 du code civil.

Sur ce dernier point, il faut souligner la clarté de la formulation retenue par certaines décisions de la chambre commerciale qui rappelle que l'application de l'article 2224 du code civil ne repose pas seulement sur la manifestation d'un dommage mais, s'agissant de la responsabilité extra contractuelle, sur la réunion de faits permettant au titulaire du droit d'agir, soit un fait générateur, une faute, un lien de causalité entre eux, le cas échéant une personne déterminée. L'éclairage est ainsi à nouveau porté, nonobstant la rédaction de l'article 2224 du code civil, sur la question des faits permettant d'agir.

Force est de constater que la jurisprudence de notre Cour, et particulièrement s'agissant du dommage allégué dans le cadre d'une action en responsabilité extra contractuelle contre un notaire ou un expert - comptable, a connu d'importantes évolutions, expression de tendances qui conduisent encore à des réponses dont la convergence ne paraît pas d'emblée évidente.

## **2. Mise en état de la question**

Quelques observations préalables me paraissent nécessaires afin de nous guider dans la résolution technique de la question qui nous est posée. Elles m'ont conduit à considérer que la spécificité de l'action litigieuse en cause ne pouvait conduire à une solution spécifique, mais à un questionnement d'ordre général sur le préjudice futur fondé sur un dommage certain qui obligeait à un raisonnement clarifié par un choix de politique juridictionnelle.

### **2.1. Quelques observations préalables à l'appréhension technique du sujet**

---

<sup>42</sup> Com, 16 décembre 2020, n°17-24.292.



### 2.1.1. Partager un constat et son explication sur l'état de la jurisprudence

A ce stade, il est difficile de savoir si l'existence de tendances générales divergentes entre chambres constitue des lignes de fracture affirmées, la manifestation d'hésitations persistantes en la matière ou encore tout simplement la manifestation d'une diversité de situations irréductibles à toute uniformisation.

Ce constat, une fois partagé, doit servir en tous cas de base à une réflexion soucieuse de dépasser les contradictions ou au contraire d'en acter le caractère irréductible, voire nécessaire. En effet, ce qui est qualifié de contradiction, n'est peut-être après tout que la conséquence de la mise en œuvre de concepts juridiques très « plastiques », permettant de répondre à une réalité multiple. Pour autant, doit-on conclure qu'il y aurait presque autant de point de départ de prescription que de situations donnant lieu à naissance d'un droit à réparation ?

Sur ce point, la doctrine s'oppose entre les tenants d'une « standardisation »<sup>43</sup> des points de départ et d'un "reformatage" prétorien de l'article 2224 du code civil, et ceux du maintien d'une souplesse dans l'application de l'article 2224 du code civil compte tenu de la diversité des situations, irréductible à toute uniformisation. Toutefois, à ma connaissance, elle est unanime pour appeler à une définition *a minima* de lignes directrices (d'une politique juridictionnelle) assumées, soit en faveur d'une détermination la plus proche possible de la naissance du droit d'agir, soit au contraire en faveur d'une garantie quasi-absolue d'une connaissance effective des faits permettant d'agir, ne laissant alors qu'une place infime à la sanction de l'ignorance pourtant blâmable du titulaire du droit.

Quelle que soit la solution adoptée il semble en outre nécessaire de prendre le temps de réfléchir aux questions soulevées par le pourvoi examiné, non pour "régler" la question, dit autrement pour la faire disparaître et tarir le contentieux – à supposer que cela soit possible –, non pas même pour standardiser la réponse (même si une uniformisation du droit me paraît souhaitable) mais bien pour d'abord clarifier le raisonnement et asseoir ainsi une position "tenable et durable" à long terme, moins sujette à revirements de jurisprudence.

Ainsi, il s'agirait non pas de mettre un terme à ce qu'une doctrine autorisée a pu qualifier de véritable chaos<sup>44</sup>, mais de l'ordonner, même si tous les auteurs conviennent de la gageure que constitue une telle ambition.

---

<sup>43</sup> Rép. droit civil, A.Hontebeyrie, Prescription extinctive, février 2016, actualisation 2022, n°250.

<sup>44</sup> Julie Klein, Le point de départ de la prescription, *Economica*, n°441:« **Conclusion du Titre II.** *Au terme de ces développements, c'est bien le constat d'un « chaos » qui doit être dressé. Constat de la disparité des solutions, d'abord. En effet, quel que soit le prisme retenu pour ordonner entre elles des situations de façon à pouvoir être pertinemment comparées, la diversité des solutions demeure. Ni la nature de l'action exercée, ni l'objet sur lequel elle porte ne sont de nature à éclairer la raison d'être de la multiplicité des points de départ de la prescription. Constat de la disparité des critères ensuite. En effet, la prise en considération incertaine des adages censés guider la détermination du point de départ de la prescription sans qu'aucune rationalité ne semble fonder les différences se double d'une interprétation divergente des critères légaux de détermination du point de départ de la prescription instrumentalisés par la jurisprudence jusqu'à*

## 2.1.2. Clarifier les critères de choix d'une politique juridictionnelle

### 2.1.2.1. Garantir une juste efficacité de la prescription extinctive

La prescription extinctive est en effet une institution à la fois spoliatrice et protectrice. Spoliatrice, car elle aboutit à libérer fictivement un débiteur (délictuel ou contractuel) de ses obligations au détriment des intérêts du créancier (délictuel ou contractuel), au nom de l'apparence de renonciation issue du temps qui a passé. Protectrice, car elle a pour fonction de protéger les tiers qui ont pu légitimement croire à la réalité de cette libération lorsqu'ils ont dû apprécier les conditions de leur engagement auprès du débiteur, voire du créancier.

La naissance du droit d'agir est donc un « *momentum* » à proprement parler, une césure entre deux périodes : avant sa naissance, le débiteur et les tiers ne peuvent se méprendre sur les causes de l'inaction du créancier à défaut de réalisation effective du dommage, même s'il est prévisible : il ne peut juridiquement agir ; après sa naissance, dès lors que le dommage est effectivement réalisé, indépendamment de la reconnaissance juridique de son imputation, l'inaction du créancier est source de méprise car pouvant signifier pour les uns qu'il a renoncé à ses droits et ce faisant, libéré son débiteur, pour les autres, au contraire, qu'il a seulement différé l'exercice de ce droit, sans y renoncer.

L'efficacité de la fiction repose alors sur sa capacité à imiter la réalité. La naissance du droit d'agir, qui renvoie à l'adage « *actioni non natae...* », fait courir aux yeux des tiers, c'est-à-dire au regard de la raison commune, un délai à partir duquel l'inaction du créancier, d'abord, ne modifie pas le *statu quo*, même si elle peut interroger quant à ses intentions, jusqu'au moment où, par le seul effet de la fiction juridique (la prescription extinctive) l'interrogation se mue en certitude : le créancier a renoncé, ou plus exactement, il est censé avoir renoncé. C'est ainsi que la fiction juridique institue le temps, le fait parler et signifier.

Toutefois, la fiction ne pourrait tenir si elle n'intégrait pas une dimension logique : pour renoncer, il faut d'abord avoir conscience de l'objet de cette renonciation. Il ne serait donc non seulement pas équitable mais surtout pas rationnel, de prescrire contre quelqu'un qui ignorait l'existence même de son droit. Dès lors, la fiction de renonciation au droit d'agir ne tient que si le créancier a bien eu connaissance, ou aurait dû avoir connaissance du préjudice qu'il subit en raison du comportement d'un tiers. La règle «

---

*les faire céder. Constat de la disparité des finalités enfin. Si l'instrumentalisation du point de départ de la prescription ne saurait être discutée, les finalités poursuivies demeurent énigmatiques en l'absence de politique jurisprudentielle de nature à révéler une ligne directrice ou une pensée d'ensemble de la matière et en l'absence de politique législative, le législateur réduisant le plus souvent la fixation du point de départ de la prescription à une variable d'ajustement utile dans la recherche d'un compromis entre les différents intérêts catégoriels représentés.[...] Ces différentes disparités s'additionnent sans suffire à s'éclairer l'une l'autre [...] Plus encore la disparité des critères permet sans doute elle-même l'instrumentalisation du point de départ de la prescription qui aboutit à une disparité des finalités qui entraîne à son tour une application disparate des critères. Finalement, aucune raison du chaos ne peut être véritablement isolé pour expliquer la disparité des solutions rencontrées».*

*contra non valentem ...* », souvent référée à l'équité, a aussi, et selon moi avant tout, comme fondement la nécessité de renforcer le crédit fait à la fiction juridique de la prescription.

Pour qu'une fiction institue le temps et le fasse parler en faveur du créancier d'abord, en faveur du débiteur ensuite, il faut qu'elle imite ce qui correspond à des comportements raisonnablement et communément admis. Sinon, à défaut d'imiter la réalité mais au contraire à la forcer, le mécanisme juridique se dérègle et nous provoquons le chaos en entrant dans le duel qui oppose les intérêts du débiteur à ceux du créancier, de la victime à ceux de l'auteur du dommage.

#### 2.1.2.2. *Tenir une position conforme à la jurisprudence constitutionnelle<sup>45</sup> et conventionnelle<sup>46</sup>.*

Ces jurisprudences, désormais bien établies, s'accordent d'une part sur une méthode commune en prenant soin de vérifier la finalité poursuivie par la disposition litigieuse portant prescription avant d'apprécier la proportionnalité des mesures employées aux objectifs poursuivis ; d'autre part sur un critère commun : pour ne pas porter atteinte au droit protégé, les dispositions doivent respecter l'effectivité du droit du créancier.

Notamment, même si la nature de l'affaire concernée se prête mal à la comparaison, cette position répond aux exigences de la Cour européenne des droits de l'homme contenue au point 75 de l'arrêt *Loste c. France*<sup>47</sup> qui rappelle que « *s'agissant de la balance à faire dans le contexte de la prescription entre, d'une part, le droit à un recours effectif et, d'autre part, le droit à la sécurité juridique du défendeur, la Cour a souligné à maintes reprises qu'en appliquant les règles de procédure pertinentes, les juridictions internes devaient éviter à la fois un excès de formalisme, qui porterait atteinte à l'équité de la procédure, et une souplesse excessive, qui aboutirait à supprimer les conditions de procédure établies par les lois (mutatis mutandis, Eşim c. Turquie, n°59601/09, § 21, 17 septembre 2013, et Sanofi Pasteur précité § 57).* » (Nous soulignons).

Rappelons que cette décision est survenue dans le contexte très particulier de la protection de l'enfant victime d'abus sexuels dans un contexte sectaire, au point que la Cour de Strasbourg prend aussi soin de souligner au point 77 qu'elle « *conclut, dans les circonstances très particulières de l'espèce, que les juridictions internes ont fait montre d'un formalisme excessif dont les effets se révèlent incompatibles avec l'exigence du droit à un recours effectif.* » (Nous soulignons)

Ainsi, on ne peut faire dire à l'article 2224 plus qu'il ne dit : le créancier doit pouvoir agir avant que son droit ne soit prescrit et doit donc en avoir connaissance à peine de nuire à l'effectivité de son droit ; mais « ... *Dès lors que le titulaire du droit a en sa*

<sup>45</sup> Décision n° 2013-354 du 22 novembre 2013 ; décision n° 2018-738 QPC du 11 octobre 2018 ; décision n° 2021-957 QPC du 17 décembre 2021 ; décision n° 2020-887 QPC du 5 mars 2021 ; décision n° 2004-496 DC du 10 juin 2004.

<sup>46</sup> CEDH, 22 oct. 1996, *Stubbings c/Royaume-Uni*, req. n° 22083/93 et n° 22095/93.CEDH, 11 mars 2014, *Howald Moor et al. c/Suisse*, req. n° 52067/10, § 74 CEDH, *Affaire Diemert c. France*, 2023, 001-223714.

<sup>47</sup> CEDH, 3 fév. 2023, *Loste c. France*, Req. n° 59227/12.

*possession des éléments suffisants pour prendre conscience de son droit, la prescription doit courir. (...) Sans doute faut-il ajouter que l'ignorance ne sera demeurée légitime que si celui qui s'en prévaut a pris soin de se renseigner. L'obligation de diligence naît avec le soupçon : celui qui a connaissance de l'existence d'une obligation doit en rechercher le débiteur, celui qui a conscience de subir un dommage doit en rechercher l'auteur »<sup>48</sup>.*

### *2.1.2.3. Garantir la cohérence d'une réponse globale malgré la spécificité des contentieux*

Il est un autre critère de choix de politique juridictionnelle qui me paraît devoir être clarifié, celui du général et du spécifique.

Ainsi, on peut concevoir qu'à l'instar de l'exception, consubstantielle à toute règle, la spécificité d'un contentieux puisse être alléguée pour justifier une solution qui, bien que divergeant de celle communément admise, n'en serait pas pour autant contradictoire. Mais il faut alors d'une part préciser les raisons de cette bifurcation du raisonnement, d'autre part demeurer dans la limite d'une bifurcation à peine alors d'encourir la critique de la contradiction.

C'est sans doute ce à quoi nous confronte à ce jour l'état de la jurisprudence de notre Cour s'agissant de la détermination du point de départ de la prescription d'une action en responsabilité ayant pour cause un préjudice allégué par un tiers.

En l'état de notre droit et de notre jurisprudence, toutes les réponses sont possibles de sorte que la solution que nous devons apporter à la question posée par le pourvoi n'est pas d'ordre technique mais relève du choix d'une politique juridictionnelle. Ce choix effectué, il reste alors à interroger la portée de la solution donnée pour cette action en responsabilité spécifique, notamment dans un objectif de stabilisation d'un contentieux très volatile et de sécurité juridique.

## **2.2. La double spécificité de la responsabilité extra contractuelle du notaire consécutive à un préjudice fiscal.**

La spécificité de l'action en responsabilité ici concernée est double. Elle tient d'une part au préjudice fiscal lui-même, d'autre part à la nature de la responsabilité notariale.

### 2.2.1. La spécificité liée à la nature de la procédure fiscale

#### *2.2.1.1. L'action en responsabilité extra contractuelle consécutive à un préjudice pose une question identique à l'action récursoire entre co-obligés*

Dans le pourvoi n° N 22-18.729, le notaire et l'avocat sont co-obligés de leur client et sont mutuellement tenus d'une dette commune de réparation en vertu d'un même dommage subi par ce dernier.

<sup>48</sup>J.Klein op cit., n°701.

Dans le présent pourvoi, les consorts [H] subissent un dommage en raison de la seule faute imputée à leur notaire, faute qui va d'ailleurs provoquer leur propre faute à l'origine de la procédure fiscale diligentée à leur encontre par l'administration fiscale dans le cadre des procédures de vérification et de recouvrement de l'impôt.

Ainsi, contrairement au second pourvoi aussi examiné à l'occasion de cette audience de chambre mixte<sup>49</sup>, l'action en responsabilité extra contractuelle intentée par les consorts [H] contre leur notaire n'est pas une action récursoire. Elle ne s'inscrit pas dans un enchaînement de responsabilité.

Mais dans les deux cas, pour le notaire dans le premier, les consorts [H] dans le second, la question est la même: pour qu'un tiers soit reconnu co-obligé à la réparation du dommage allégué (l'avocat) ou auteur dudit dommage (le notaire) subi par le ou les clients, encore faut-il que puisse lui être imputée une faute et que soit établi un lien de causalité avec le dommage allégué.

Ainsi, le litige opposant des co-obligés ne porte pas seulement sur l'étendue de leur dette de réparation respective, mais bien sur le principe de leur responsabilité, lequel doit d'abord être reconnu, en établissant une faute imputable à chaque co-auteur, en lien de causalité avec le dommage allégué.

A supposer que l'on considère que seule est en jeu entre co-obligés l'étendue de la dette que chaque professionnel (le notaire et l'avocat) chercherait seulement à limiter, alors il faudrait constater qu'il en va de même lorsque l'action en responsabilité est consécutive à un préjudice fiscal du fait de l'inefficacité d'un acte notarié dès lors d'une part qu'elle n'est pas contestée par le notaire, comme tel est le cas dans notre pourvoi puisque le notaire indique justement avoir mis en garde ses clients contre les risques de l'opération instrumentée (arrêt p. 19), d'autre part qu'elle a donné lieu à un titre immédiatement exécutoire.

#### *2.2.1.2. La revendication de l'administration fiscale donne lieu à la délivrance d'un titre immédiatement exécutoire*

Il est en revanche une différence importante entre ces deux pourvois : l'existence, avant toute décision de justice, d'un titre exécutoire qui consacre l'exigibilité immédiate de la créance fiscale, en l'absence de demande suspensive des contribuables à laquelle il serait éventuellement fait droit<sup>50</sup>.

Ainsi au stade du redressement fiscal (désormais on l'a dit, rectification contradictoire), les contribuables savent d'une part que l'acte notarié leur confère des droits qui entrent en contradiction avec ceux protégés par l'administration fiscale, d'autre part, ils sont invités à débattre de cette contrariété des droits consécutive à l'acte notarié, enfin ils

---

<sup>49</sup> Pourvoi n° 22-18.729 : l'action en responsabilité est engagée par l'auteur d'un dommage (un notaire) résultant de sa faute professionnelle, à l'encontre d'une autre personne (un avocat), qu'il estime responsable à hauteur des 2/3 du dommage subi par leur cliente commune.

<sup>50</sup> La procédure de l'abus de droit fiscal de l'article L.64 du livre des procédures fiscales mise en oeuvre en l'espèce s'inscrit dans le cadre de celle du redressement contradictoire (rectification contradictoire depuis 2004) des articles L.55 et suivants . Elle est parfaitement décrite par le rapport fait en vue de l'audience de formation simple, p.8.

sont avisés du maintien par l'administration fiscale de sa prétention restitutoire, nonobstant la justification invoquée.

Au stade de la mise en recouvrement, après nouveau débat contradictoire sur la contrariété des droits conférés par l'acte notarié et ceux revendiqués par le fisc, ils sont avisés non seulement du désaccord de l'administration fiscale et de sa prétention restitutoire, mais ils sont aux surplus déclarés débiteurs et doivent acquitter le montant de la dette fixée en vertu d'un titre immédiatement exécutoire.

Certes, ils peuvent alors saisir la juridiction administrative pour contester ce titre, lequel peut, le cas échéant, être annulé. Mais à l'issue de la procédure de recouvrement l'administration dispose d'une créance immédiatement exigible contre ceux qu'elle poursuit, lesquels ont alors connaissance du préjudice fiscal qui résulte du dommage imputable à la faute du notaire.

#### 2.2.2. La spécificité liée à la nature de la responsabilité notariale, non subsidiaire

Nous savons que la responsabilité notariale a un caractère non subsidiaire.

Pour cette raison, Y.Quistebert<sup>51</sup> rappelle qu'il existe d'autres points de départ du délai de prescription de l'action en responsabilité notariale que celui de la décision de justice. *"Sa mise en œuvre dépend par conséquent uniquement de l'établissement d'une faute, d'un préjudice et d'un lien de causalité entre la faute et le préjudice"*.

Ainsi si le redressement fiscal (rectification contradictoire) n'a pas été contesté devant les juridictions administratives, et en l'absence de décision de justice, il existe bien un dommage autorisant à agir. La prescription peut commencer à courir, même en l'absence de contestation devant les juridictions administratives. La responsabilité du notaire peut alors être intentée sur la base de cette seule rectification, et certainement en tous cas sur celle de l'avis de la mise en recouvrement, véritable titre exécutoire qui, comme on l'a rappelé, consacre l'exigibilité de la créance et a donc une force supérieure, dès qu'il est connu, à une simple assignation pour exprimer la prétention indemnitaire vers laquelle semble converger certaines jurisprudences de notre Cour.

Pourquoi alors la solution serait-elle différente lorsqu'une action en responsabilité notariale est intentée après la saisine des juridictions administratives afin de contestation de la rectification, mais avant le prononcé d'une décision de justice ?

Deux raisons en faveur de la similitude des solutions :

*2.2.2.1. Tout d'abord, la réalisation du dommage n'est pas tributaire, selon une jurisprudence désormais constante, de l'existence de voies de droit dont bénéficierait par ailleurs la victime*

Il ne lui appartient pas de les mobiliser dès lors que celles-ci sont consécutives à la situation dommageable née de la faute, non contestée, du notaire.<sup>52</sup>

---

<sup>51</sup> Y. Quistebert, Lamy Droit civil, n°206, 1<sup>er</sup> septembre 2022.

<sup>52</sup> Brun Ph., Crône R., Pierre Ph., De Poulpique J., Responsabilité des notaires, Dalloz, 3<sup>ème</sup> éd., 2018, Dalloz référence, n° 141.142, p.109.

Selon la Cour de cassation " l'existence de voies de droit permettant à la victime de recouvrer ce qui lui est dû n'est pas de nature à priver de son caractère actuel et certain le préjudice né de la faute, non contestée, du notaire ".<sup>53</sup>

**Civ. 1, 19 décembre 2013, pourvoi n°13-11.807, Bull. n° 254**

*« est certain le dommage subi par une personne par l'effet de la faute d'un professionnel du droit, quand bien même la victime disposerait, contre un tiers, d'une action consécutive à la situation dommageable née de cette faute et propre à assurer la réparation du préjudice ; l'action que le créancier se voit contraint d'exercer à nouveau contre son débiteur pour être rétabli dans son droit par suite de la situation dommageable créée par les fautes, non contestées, de son avocat, n'est pas de nature à priver la perte de chance invoquée de son caractère actuel et certain. »*

*2.2.2.2. Ensuite, cette solution ne contredit pas notre jurisprudence prise dans sa globalité*

Rappelons à nouveau ici la jurisprudence de la deuxième et de la troisième chambres dans des contentieux qui posent des questions identiques, fussent-ils spécifiques : le choix est fait de l'assignation pour déterminer le point de départ du délai de prescription des recours entre constructeurs ou entre assurés et assureurs.

La 1<sup>ère</sup> chambre civile comme la chambre commerciale, même si elles se sont récemment prononcées en faveur de la fixation du point de départ de la prescription à la date de la décision de justice, n'ont pas toujours adopté cette position (V. supra 1.2.1.) et paraissent même s'en éloigner, certes dans d'autres contentieux, mais qui nous intéressent aussi, (V. supra 1.2.3.1. et 1.2.3.3).

La spécificité de la procédure fiscale qui prévoit que l'administration fiscale peut sanctionner l'atteinte aux intérêts qu'elle protège par l'émission d'un titre de recouvrement immédiatement exécutoire, autant que la spécificité de la responsabilité notariale qui n'exige aucune condamnation pour "consacrer" le dommage au titre duquel elle est pourtant engagée, autorise à considérer que le dommage subi par le client du notaire en raison d'un acte inefficacement instrumenté peut être réalisé indépendamment d'une décision de justice. L'action est alors engagée sur le seul fondement de la créance de réparation née de la contrariété des droits conférés par l'acte notarié litigieux avec ceux de l'administration fiscale.

Cette analyse repose toutefois sur l'admission du principe d'un dommage, né indépendamment de toute décision de justice, laquelle aura à statuer ultérieurement, en validant ou pas un titre exécutoire, sur le plein déploiement du dommage et sur son étendue.

<sup>53</sup> Civ 1, 19 décembre 2013, n°13-11.807, Bull. n°254 ; civ.1, 16 avr. 2015, n° 14-16.288, Civ. 1, 19 décembre 2000, pourvoi n° 98-14.105, Bull. I, n°333, n°13-11.807, Civ. 1, 2 octobre 2002, pourvoi n° 99-14.656, Bull. n°226, Civ. 1, 9 novembre 2004, pourvoi n° 02-10.769, Bull. n° 257.

### **2.3. Cette spécificité conduit à un questionnement d'ordre général sur le préjudice futur fondé sur un dommage certain**

Nous savons que cette distinction du principe et de l'étendue du dommage, déclinée aussi sous forme de dommage certain fondant un préjudice futur, fait l'objet d'un débat doctrinal et jurisprudentiel aussi ancien que les questions qu'elle pose.

Mais, lorsqu'une action en responsabilité extra contractuelle, récursoire ou pas, est consécutive à un préjudice discuté dans une instance parallèle, faire dépendre la certitude du dommage subi par la victime de l'existence d'un préjudice (dit autrement d'une créance de réparation) définitivement jugé et non pas seulement revendiqué, n'est-ce pas alors entretenir une triple confusion ?

#### 2.3.1. Le droit d'agir et le droit substantiel

On l'a dit, le demandeur peut être titulaire du droit d'agir sans être titulaire du droit sur lequel porte l'action dès lors que la seule contestation du droit litigieux n'empêche pas la naissance de l'action.

En outre, le droit d'agir peut exister en l'absence même du droit substantiel.

C'est ce que la jurisprudence de notre Cour affirme lorsqu'elle considère, interprétant l'article 31 du CPC, que « *l'intérêt à agir n'est pas subordonné à la démonstration préalable du bien-fondé de l'action, et que l'existence du préjudice invoqué par le demandeur [dans le cadre d'une action en responsabilité] n'est pas une condition de recevabilité de son action mais de son succès.* »<sup>54</sup>.

Comme le souligne J.Klein, « *cette affirmation [selon laquelle la contestation du droit litigieux n'empêche pas la reconnaissance du droit d'agir] relève de l'évidence lorsque la contestation relative à l'existence du droit s'élève au cours de l'instance ayant pour objet son exécution. Mais elle vaut également lorsque le droit est contesté en dehors d'une telle instance, par exemple lorsqu'il fait l'objet d'une procédure parallèle ayant pour objet de constater son existence* ».<sup>55</sup>

#### 2.3.2. Le préjudice futur fondé sur un dommage certain dans le passé, et le dommage incertain, dont la réalisation est incertaine dans le passé

Le dommage incertain est un dommage dont la réalisation est hypothétique, il n'est pas réalisé et ne l'a jamais été dans le passé ; le préjudice futur est celui dont la réalisation est incertaine dans le futur car, par exemple, dépendant d'une décision administrative ou judiciaire, mais qui procède d'un dommage déjà réalisé dans son principe et donc certain dans le passé.

Nous rejoignons ici encore la doctrine qui distingue, comme la jurisprudence l'a toujours fait, entre la « certitude du dommage » et « l'établissement de son principe ».

*" La manifestation du principe ne doit donc pas être comprise en termes de certitude, mais d'origine. Le raisonnement est les suivant : si l'existence du dommage devait être postérieurement avérée, c'est à cette date qu'il serait*

<sup>54</sup> Civ. 2, 6 mai 2004, n° 02-16.314.

<sup>55</sup> J. Klein, Op.cit., n° 643.



*rétrospectivement réalisé. Simplement, la victime l'ignore encore et l'ignorera jusqu'au prononcé de la décision de justice définitive. Mais elle ne peut se prévaloir de cette ignorance du caractère certain du préjudice car, ayant néanmoins connaissance de son principe, elle dispose d'un intérêt procédural et des éléments lui permettant d'agir. Aussi, le jour où le principe du dommage est établi, parce qu'il porte à la connaissance de la victime l'existence d'un dommage possible, voire probable, marque le point de départ de la prescription. "*

2.3.3. Les effets d'un jugement déclaratif et les effets d'un jugement constitutif de droit Là encore cette distinction fait l'objet de débats doctrinaux anciens et nourris, certains auteurs allant même jusqu'à considérer inadmissible l'idée qu'un droit à indemnité ne puisse exister qu'à compter du jugement<sup>56</sup>, suivis par d'autres<sup>57</sup> :

*« Quelques auteurs adoptent l'opinion de la jurisprudence dominante et approuvent sa distinction entre les jugements ordonnant l'exécution d'un contrat, qui sont déclaratifs, et les jugements ordonnant la réparation du préjudice causé par une faute délictuelle ou contractuelle, qui sont constitutifs.*

*Certes, en pratique, le droit de créance de la victime n'apparaît qu'avec le jugement qui le constate et le rend liquide ; il se peut même qu'avant le jugement on ne sache pas si la réparation se traduira par une créance de dommages-intérêts ou par quelque autre mode qui ne sera pas pécuniaire. Mais c'est aller trop loin que d'en conclure que le jugement donne naissance au droit. Il suffit à l'existence d'une obligation que son objet soit déterminable ; et l'objet de l'obligation de réparation est si bien déterminable qu'en cas de contestation il sera déterminé par le juge. (...) (Nous soulignons).*

*Le rôle du jugement est comparable à celui d'un révélateur qui, sur une plaque photographique, fait apparaître l'image encore invisible, mais déjà imprimée ; révéler, faire apparaître et préciser des contours incertains, ce n'est pas les créer. La créance de réparation, si incertaine soit-elle, n'en existe pas moins avant le jugement. Elle est née du droit violé au moment de la lésion ; elle ne naît pas du jugement. (...) (Nous soulignons).*

---

<sup>56</sup> M. Planiol, G. Ripert, P. Esmein, *Traité pratique de droit civil français*, 1952, Paris, tome VI, Obligations, p. 749 : « Cette idée, d'après laquelle le droit à l'indemnité n'existerait qu'à partir du jugement, ne peut être admise. Elle entraînerait des conséquences inadmissibles (Mazeaud/ V. cep. contra Démogue, Savatier, Lalou, Ripert).

*La prescription de l'action en dommage-intérêts ne commencerait à courir que du jour du jugement, c'est-à-dire que l'action serait imprescriptible. La victime ne pourrait être admise avant le jugement à faire une saisie-arrêt ou une opposition à partage. On pourrait mettre en doute que les héritiers de la victime puissent intenter l'action et qu'elle puisse être intentée contre les héritiers de l'auteur du dommage ; en tout cas l'indemnité allouée aux héritiers de la victime ne pourrait être comprise dans les biens soumis à l'impôt sur les successions ».*

<sup>57</sup> Chabas et MM.Mazeaud, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile*, Tome III, 1978, p. 552.

*N'est-il pas, d'autre part, arbitraire de s'attacher à la date du jugement de condamnation pour fixer le droit de la victime ? C'est faire dépendre les droits des parties de la plus ou moins grande rapidité de l'instance.*

*Enfin, si l'on voulait appliquer cette thèse [celle de la nécessité d'un jugement pour établir la certitude du dommage] dans toutes ses conséquences, on en viendrait à déclarer irrecevable toute action en responsabilité ; en effet, au moment où l'action est portée devant le tribunal et où, par conséquent, le jugement n'est pas encore rendu, le droit à réparation ne serait pas né : la victime serait nécessairement sans droit d'agir. » (Nous soulignons).*

Ils sont rejoints par une doctrine contemporaine qui rappelle que le jugement déclaratif de droit ne fait que constater une situation juridique déjà constituée ou un droit déjà né<sup>58</sup>.

*« Tel est le cas lorsqu'il porte sur un droit résultant d'un contrat mais aussi, bien que cela ait pu être discuté, lorsqu'il puise sa source dans un fait juridique. (...) Parler d'effet rétroactif des jugements déclaratifs relève de l'abus de langage ; le jugement ne fait pas rétroagir la naissance du droit qu'il crée, il vient seulement constater l'existence d'un droit déjà né. (...) »*

*Dès lors, parce qu'il ne fait pas naître de droit mais se contente d'en constater l'existence, le jugement déclaratif ne devrait pas être pris en considération dans la fixation du point de départ de la prescription (...). » (Nous soulignons).*

La spécificité de l'action en responsabilité extra contractuelle intentée contre un notaire consécutivement à un préjudice fiscal ouvre donc un questionnement plus général sur le préjudice futur fondé sur un dommage certain. Ce faisant, elle autorise ainsi la recherche d'une solution commune aux actions en responsabilité ayant pour origine un préjudice par ailleurs discuté et qui passe, comme en témoignent les réflexions de la deuxième et de la troisième chambres civiles, par la détermination de la portée de l'acte ou de l'événement qui va traduire l'intention avérée du tiers de demander certainement réparation.

#### **2.4. La recherche d'une solution commune aux actions en responsabilité consécutives à un préjudice discuté en justice oblige à un raisonnement clarifié : distinguer la connaissance certaine des faits permettant d'agir et les faits certains permettant d'agir**

##### 2.4.1. La connaissance des faits : manifestation, réalisation du dommage

La motivation utilisée pour caractériser la connaissance desdits faits varie. La Cour de cassation peut se référer soit à « la manifestation du dommage », c'est-à-dire à un événement déterminé qui en constitue à la fois la réalisation et la révélation à la victime (V. supra 1.2.3.2.), soit seulement à « la réalisation du dommage » (1.2.1).

<sup>58</sup> J. Klein, op.cit., n° 647.

Lorsque nous jugeons que le dommage subi par la victime ne **s'est manifesté** qu'à compter d'un événement-type de sorte que le délai de prescription de l'action en responsabilité exercée contre l'auteur du dommage ne commence à courir qu'à compter de cette date, que juge-t-on exactement : la certitude de la connaissance des faits ou la certitude des faits qui permettent d'agir et notamment du dommage ?

Dans le premier cas, il s'agit d'une question de fait, dans le second cas, il s'agit d'une question de droit.

Lorsque nous jugeons que le dommage de la victime **ne s'est réalisé** qu'à la date d'un événement-type constituant le point de départ du délai de prescription quinquennal, il semble en revanche que nous jugeons en droit les conditions d'existence même d'un dommage certain.

Nous avons vu plus haut (V. 1.1.2) comment la méthode de détermination du point de départ de la prescription prévue par l'article 2224 du code civil exige une rigueur du raisonnement de la part des juges, qui doivent articuler tour à tour des questions de pur droit et des questions de pur fait.

Ainsi, l'article 2224 du code civil opère un dédoublement entre **la naissance du droit** (par exemple la date de conclusion du contrat pour objet illicite ou la date de la survenance du dommage causé par la faute d'autrui), et le point de départ du délai de prescription, le moment où le cocontractant **a connaissance ou aurait dû avoir connaissance** de l'illicéité de l'objet, le moment où la victime a connaissance ou aurait du avoir connaissance du dommage.

Comme le rappelle un auteur déjà cité<sup>59</sup>, "Les juges sont tenus d'envisager distinctement ces deux moments, quitte à constater dans un second temps leur simultanéité".(...) "Les nouvelles règles exigent (...) une indéfectible rigueur intellectuelle capable de garantir à la fois la sécurité juridique et l'équité ajustant la règle aux situations particulières" (nous soulignons).

2.4.2. La stabilisation du contentieux nécessite une position juridiquement établie sur le dommage certain

Distinguer les questions de droit et de fait présente de nombreux avantages.

Cela permet tout d'abord de distinguer naturellement l'office des juges du fond et de cassation et nous évite ainsi la discussion sur les risques d'une unification du point de départ de la prescription au risque de l'appréciation souveraine des juges du fond, au "cas par cas", de la connaissance des faits pour agir.

En harmonisant la détermination du point de départ par le droit, nous évitons aussi les critiques de la standardisation du point de départ des différentes actions par un événement-type institué comme preuve irréfutable d'une connaissance des faits.

En effet, comme déjà évoqué (V.1.1.2.2.), l'appréciation *in abstracto* de la connaissance des faits pour agir prévue par l'article 2224 du code civil, est-elle

---

<sup>59</sup> V.Lasserre-Kiesow, RDC 2008, base Lextenso, commentaire de la loi du 17 juin 2008 portant réforme de la prescription en matière civile.

vraiment une autorisation de juger pleinement *in abstracto* ce qu'aurait été le comportement d'un individu raisonnable dans toutes action en responsabilité ? Ou bien est-ce seulement une autorisation de juger ce que ce comportement aurait dû être dans un cas précis, pour une action en responsabilité donnée, selon les circonstances de l'espèce ?

Et à supposer que nous nous considérions pleinement autorisés à reformater l'article 2224 du code civil considérant qu'il nous appartient de réparer une malfaçon de la loi pour stabiliser le point de départ, notre contrôle ne sera en réalité jamais effectué que sur la base de faits souverainement constatés par les juges du fond.

Le risque est grand, avec cette "standardisation" du point de départ par la connaissance objectivée des faits, d'une part de ne pas être compris, d'autre part, si nous le sommes, de ne pas dissuader les juges du fond d'établir un autre point de départ, considérant qu'il s'agit d'une appréciation de pur fait relevant de leur seul office, enfin de demeurer exposés à nos propres revirements jurisprudentiels.

Le « standard », c'est-à-dire l'objectivation des conditions de la connaissance des faits pour agir, ne me paraît pas pouvoir suppléer la définition juridique explicite du dommage certain.

2.4.3. La définition des faits qui permettent d'agir est clairement exposée dans la décision de la chambre commerciale du 6 juillet 2022, n° 20-15.190

*« Aux termes de ce texte [l'article 2224 du code civil], les actions personnelles ou mobilières se prescrivent par cinq ans à compter du jour où le titulaire d'un droit a connu ou aurait dû connaître les faits lui permettant de l'exercer. Il en résulte que le délai de prescription de l'action en responsabilité civile court à compter du jour où celui qui se prétend victime a connu ou aurait dû connaître le dommage, le fait générateur de responsabilité et son auteur, ainsi que le lien de causalité entre le dommage et le fait générateur. »* (nous soulignons).

Il reste alors à prendre position sur la définition juridique du dommage certain.

Pour parvenir à une réponse générale relative à la détermination du point de départ du délai de prescription d'une action en responsabilité extra contractuelle consécutive à la revendication d'une créance de réparation par un tiers, je propose de distinguer explicitement dans la motivation de nos décisions ce qui relève de l'établissement d'une connaissance certaine des faits – question de fait, qui relève des juges du fond – de ce qui relève d'une définition du dommage certain – question de droit, qui relève de notre office.

Il nous faut alors prendre position sur la définition juridique du dommage certain. A ce stade, nous devons faire un saut dans le raisonnement dès lors que cette définition procède d'un choix de politique juridictionnelle qu'il nous appartient alors de justifier.

### 3. Avis et application au pourvoi

### **3.1. Le choix de définition du dommage certain et sa justification**

Je rejoins l'analyse de la deuxième et troisième chambre (V.1.2.2), voire encore celle de la première chambre civile et de la chambre commerciale (V.1.2.1. et 1.2.3.) lorsqu'elles retenaient la notification de l'avis de mise en recouvrement, il est vrai, hors existence d'une contestation évoquée sur le redressement.

3.1.1. Le dommage est réalisé dans son principe par la prétention du tiers à obtenir réparation

#### *3.1.1.1. Une définition juridiquement établie*

Prenant appui sur la jurisprudence évoquée plus haut, nous pouvons considérer, s'agissant d'une action en responsabilité extra contractuelle consécutive à un préjudice, que le dommage est réalisé par et dès la seule prétention non équivoque d'un tiers à obtenir réparation en justice, dès lors qu'est certainement établi le principe du dommage subi par le titulaire du droit d'agir en responsabilité.

S'agissant de l'action en responsabilité des consorts [H] contre leur notaire, le dommage qui la fonde naît de la contrariété entre les droits que leur confère l'acte inefficacement instrumenté et les intérêts protégés par l'administration fiscale, contrariété qui apparaît avec la procédure de redressement.

Certes, la certitude du dommage ne peut résulter d'une simple contradiction de droits. Il faut sa transformation en créance de réparation/restitution, revendiquée comme telle selon les voies de droit autorisées.

Nous l'avons vu, en matière fiscale, la prétention de l'administration fiscale à obtenir une créance de restitution est assurément "consacrée" par l'avis de mise en recouvrement, titre immédiatement exécutoire clôturant la procédure contradictoire et fondant un préjudice fiscal auquel une décision de justice ultérieure donnera ou pas son plein effet.

Mais même annulé, ce titre a bien existé en vertu de la loi. La faute des consorts [H] a été reconnue (« l'abus de droits »), le montant du détournement a été arrêté, et la dette liquidée par une mise en recouvrement, effective ou pas, de sorte qu'ils ont subi dès cette date les conséquences de l'inefficacité de l'acte notarié, soit un dommage réalisé par la revendication de l'administration fiscale, source, en sus des préjudices moral ou matériel occasionnés par ledit dommage, d'un préjudice fiscal dont la pleine étendue sera fixée par la juridiction administrative.

#### *3.1.1.2. Des ajustements possibles*

Une telle définition du dommage certain permet d'introduire une souplesse dans le jeu de la prescription en "dosant" la force signifiante de l'acte matérialisant cette prétention (l'intention certaine de transformer un dommage en créance de réparation), en fonction du niveau de protection souhaité de certaines catégories de créanciers, avertis ou non, ou de débiteurs de plus ou moins bonne foi : assignation en référé-expertise ? assignation au fond ? ou encore, comme dans notre cas, en fonction de la spécificité du contentieux fondant le préjudice : redressement, avis de mise en recouvrement, requête introductive d'instance ?

En l'occurrence, s'agissant du préjudice fiscal, ces ajustements se sont traduits par les hésitations de notre jurisprudence entre redressement et mise en recouvrement pour considérer le dommage réalisé. Nous estimons ainsi depuis 2008 (V.1.2.1.) que la rectification fiscale ne traduit pas une intention restitutoire suffisamment arrêtée de la part de l'administration fiscale. En revanche, l'avis de mise en recouvrement satisfait très largement à cette condition, bien au-delà même d'une assignation, dès lors qu'il constitue un titre immédiatement exécutoire, réalisant ainsi sans conteste le principe d'un dommage.

Ces ajustements relèvent du jeu normal de l'article 2224 du code civil. Mais on ne peut plus alors parler de risque d'insécurité juridique lorsque la durée qui sépare deux solutions est de quelques mois, peut-être une ou deux années et non presque quinze ans comme tel est le cas en notre espèce entre une mise en recouvrement et une décision de justice irrévocable.

### 3.1.2. La justification du choix

#### *3.1.2.1. Du point de vue d'une politique juridictionnelle : le choix d'une cohérence d'ensemble de notre corpus jurisprudentiel en cette matière*

Nous l'avons vu, un tel choix est respectueux d'une part des exigences d'une appréhension processuelle de la question, d'autre part des solutions établies depuis de longues années dans des contentieux spécifiques ou il y a quelques années encore par la première chambre et la chambre commerciale (V.1.2.1.).

Ce choix a aussi le mérite d'un accord avec la position de Conseil d'Etat depuis le revirement de jurisprudence du 14 décembre 2022 par la troisième chambre. (V1.2.2.)<sup>60</sup>.

*Il permet assurément de concentrer en un même temps toutes les actions intéressant un même litige et, par l'exigence d'une prétention caractérisée, elle prévient tout risque d'actions prématurées. Le juge peut alors surseoir à statuer ou condamner à réparer un préjudice futur, en subordonnant cette condamnation à la réalisation d'un événement déterminé (ex : condamnation à payer à un tiers des dommages et intérêts) et dont la survenance entraînerait également un préjudice déterminé (ex: le montant de cette condamnation, outre les frais de procédure -V. En ce sens : Civ.1, 29 février 2000, pourvoi n° 97-18.734, Bull. n° 72).*

*Cette solution me paraît surtout avoir l'avantage du respect de la vraisemblance sans laquelle, nous l'avons dit, la fiction n'a plus de fonction pacificatrice des rapports sociaux, mais au contraire perd toute autorité pour devenir un simple instrument d'ajustement d'intérêts décrets antagonistes, au gré des législatures et des jurisprudences.*

---

<sup>60</sup> Déjà cité : CE, 7e et 2e ss-sect. réunies, 11 juill. 2008, n° 285168 : JurisData n 2008-073862 ; Lebon T. – CE, 7e et 2e ch. réunies, 10 févr. 2017, n° 391722 : JurisData n° 2017-002283 ; Lebon T), qui, l'un et l'autre, ont clairement jugé que la simple demande de référé expertise du maître de l'ouvrage ne peut constituer le point de départ de la prescription, «seule la communication de la demande [indemnitaire] présentée par le maître de l'ouvrage devant le Tribunal Administratif» pouvant le constituer, dès lors qu'avant cette demande, le constructeur ne peut intenter une action en garantie.

*En effet comment justifier, s'agissant de "notre" pourvoi, que les consorts [H], après avoir contesté une première décision de redressement à la suite d'échanges contradictoires avec l'administration fiscale sur le principe des droits dûs et l'étendue des restitutions demandées, puis après avoir contesté à nouveau, à la suite de nouveaux échanges contradictoires, une mise en recouvrement par titre immédiatement exécutoire, venant confirmer une première décision, n'aient pas subi un dommage réalisé au moins dans son principe, par la seule revendication ferme, réitérée et juridiquement consacrée dans le respect des voies de droit idoines de l'administration fiscale de recouvrer les sommes qui lui étaient dûes ?*

*Comment encore expliquer que les consorts [H], comme le soutient le pourvoi, n'aient pas été en mesure d'agir à toute autre date antérieure à celle la décision irrévocable, obligeant ainsi à un report du point de départ du délai de prescription pendant de longues années ?*

### *3.1.2.2. Du point de vue des principes conventionnels : le respect de l'accès au juge et des délais raisonnables pour tous*

L'exigence du droit à un recours effectif prévu par l'article 13 de la Convention européenne des droits de l'homme me paraît garantie non seulement par l'exigence d'une prétention non équivoque à réparation d'un préjudice, mais aussi par la possibilité d'assouplir l'application de l'article 2234 du code civil puisque le législateur de 2008 a prévu un report du point de départ du délai de prescription non plus en cas d'impossibilité absolue d'agir mais de simple impossibilité.

Ce faisant, la victime n'est pas exposée au risque d'une prescription au mépris de la connaissance de son droit d'agir et l'auteur du dommage n'est pas exposé pendant de longues années à un risque contentieux sans possibilité d'accéder à un juge, tenu en outre s'il est un professionnel de conserver pendant plusieurs années des archives, et exposé pour les autres au risque de dépérissement des preuves.

Cette solution qui procède du souci de ne pas allonger excessivement la durée des délais de jugement d'un litige rejoint l'objectif du législateur de 2008 de réduction des délais de prescription afin de sécuriser l'état des rapports de droit.

Enfin, au regard de l'intérêt bien compris des victimes, n'oublions pas que si nous subordonnons la certitude du dommage à l'existence d'une décision de justice, laquelle alors ne peut qu'être irrévocable dans cette logique, le droit à réparation n'entrera pas avant ce terme dans la succession des ayants droits, pas plus que la victime ne disposera de voies d'exécution forcée.

### *3.1.2.3. Du point de vue de l'économie générale de la loi du 17 juin 2008 et de l'office des juges du fond et de cassation*

Nous l'avons dit, l'office des juges du fond est rétabli puisqu'il leur appartient, une fois que nous avons tranché en droit la question de la certitude du dommage, d'apprécier souverainement la connaissance qu'a eu ou aurait dû avoir le titulaire du droit de la prétention du tiers alléguant un préjudice, voire d'apprécier l'existence d'une impossibilité à agir.

Le contrôle de la Cour de cassation est alors normalement recentré sur la cohérence et la justification factuelle de la motivation.

Enfin, le jeu du délai-butoir est toujours possible, notamment dans le cadre clarifié de sa combinaison avec l'article 2224 du code civil telle que l'explicité très pédagogiquement l'arrêt de la chambre mixte du 21 juillet 2023 et de l'Assemblée plénière du 17 mai 2023<sup>61</sup>.

*Au contraire, si vous faites le choix de la décision de justice, passée en force de chose jugée ou irrévocable, quelle devient l'utilité du délai-butoir dès lors que la naissance du droit à réparation est celle de sa réalisation par une décision de justice ?<sup>62</sup> Ne faut-il pas même envisager son abolition prétorienne<sup>63</sup>, à l'instar de ce qu'a décidé la chambre sociale de la Cour de cassation<sup>64</sup> ?*

### *3.1.3. L'ambition mesurée de la moins mauvaise solution au regard de l'intérêt bien compris des victimes et des enjeux de la responsabilité civile*

*Le choix ici fait n'a pas la prétention d'être le meilleur mais le moins mauvais tant il m'a paru impossible de soutenir, s'agissant de « notre » pourvoi, que des personnes qui avaient contesté une prétention à restitution de droits fiscaux dans le cadre d'une procédure de rectification contradictoire, puissent alléguer qu'elles n'avaient pas connaissance de faits certainement dommageables. Il me semble que la protection certes louable de protection des « victimes » comme les impératifs de gestion des flux judiciaires (le souci de ne pas engorger nos juridictions du fond) doit s'incliner devant un impératif majeur, celui de la fonction protectrice bien comprise du droit.*

*Il ne m'a pas échappé que, par au moins quatre décisions, la première chambre et la chambre commerciale ont jugé en sens contraire. Mais dans l'autre plateau de la balance j'ai placé les décisions motivées qu'elles ont pu rendre antérieurement à cette jurisprudence comme l'édifice jurisprudentiel de notre Cour pris dans son ensemble, étant observé que nous ne jugeons pas au poids !*

*Ajoutons enfin qu'au regard de l'évolution même des enjeux du droit de la responsabilité civile au 21ème siècle, marqués par l'apparition de dommages à genèse complexe en raison de la sophistication des technologies numériques, génétiques, algorithmiques, ou encore en raison des évolutions climatiques et environnementales,*

---

<sup>61</sup> Chambre mixte, 21 juillet 2023 pourvoi n° 21-19.936 et pourvoi n° 20-10.763 et Ass. plén., 17 mai 2023, pourvoi n° 20-20.559, publié.

<sup>62</sup> -S. Borghetti, RDC, mars 2021, n° 117n°1, p. 45 : « l'instauration d'un délai butoir perdrait tout intérêt en matière indemnitaire si la naissance du droit était assimilée à la survenance du dommage, puisque le point de départ du délai de l'article 2232 se confondrait alors dans la plupart des cas avec celui du délai de prescription de l'article 2224 ».

<sup>63</sup> S. Fournier, *JurisCl. Responsabilité civile et Assurances*, V° Régime de la réparation, Action en réparation, Prescription, § 16 : « s'agissant de la prescription applicable à une action en réparation, le délai butoir doit signifier notamment que, quelle que soit la date à laquelle la victime a été en mesure de connaître le dommage, son action ne pourra plus être exercée 20 ans après le fait dommageable ».

<sup>64</sup> Soc. 3 avril 2019, pourvoi n° 17-15.568, publié.



*faire le choix d'une politique juridictionnelle qui exclut l'existence d'un préjudice futur fondé sur le principe d'un dommage certain mérite réflexion<sup>65</sup>.*

### **3.2. Application au pourvoi**

#### 3.2.1. Rappel des moyens du pourvoi

Rappelons que les consorts [H] font tout d'abord grief à l'arrêt de la cour d'appel de Versailles d'avoir violé l'article 2224 du code civil en retenant pour point de départ de la prescription de l'action contre le notaire, la notification de l'avis de mise en recouvrement alors qu'ils n'auraient été en mesure d'exercer leur action en garantie contre le notaire qu'à compter du jour où la juridiction administrative, mettant un terme à leur contestation, les a condamnés par une décision irrévocable, rendant leur dette fiscale certaine et définitive.

Dans un second moyen, les consorts [H] reprochent à l'arrêt d'une part de ne pas avoir répondu à l'argument selon lequel si les avis de recouvrement litigieux avaient pu être émis en interne par l'administration le 31 août 2002, ainsi qu'il résultait de certains des documents émanant de l'administration, ces avis ne leur avaient pas été signifiés (1ère branche) ; d'autre part, de ne pas avoir recherché si, et à quelle date, ces avis avaient été notifiés et ainsi portés à la connaissance des consorts [H], considérant que la prescription de l'action des consorts [H] avait commencé à courir le 31 août 2002, date qu'elle a supposée être celle de l'émission des avis de mise en recouvrement.

#### **3.2.2. AVIS : rejet du pourvoi**

Il résulte de l'article 2224 du code civil que le point de départ du délai de prescription d'une action personnelle ou mobilière s'entend de la date à laquelle le titulaire du droit d'agir a connu ou aurait dû connaître les faits lui permettant d'exercer ledit droit ; il s'ensuit qu'en matière de responsabilité extra contractuelle la connaissance des faits permettant d'agir s'entend de la connaissance d'un fait générateur, ayant causé directement un dommage actuel et certain, imputable le cas échéant à une personne déterminée.

Lorsqu'une action en responsabilité extra contractuelle a pour origine un préjudice discuté dans le cadre d'une autre instance ouverte par ou contre le titulaire du droit d'agir, le dommage allégué par ce dernier est réalisé par la seule prétention non équivoque du tiers à obtenir réparation par voie de justice dès lors que ledit dommage est certainement établi en son principe.

La connaissance des faits qui permettent d'agir est alors acquise au jour où le titulaire du droit a connu ou aurait dû connaître cette prétention.

---

<sup>65</sup> V. en ce sens : Sonya Djemni-Wagner- Droit(s) des générations futures, Institut des Etudes et de la Recherche sur le Droit et la Justice.

Le point de départ du délai de prescription peut être reporté en application de l'article 2234 du code civil, à charge pour le titulaire du droit de prouver qu'il a été dans l'impossibilité d'exercer l'action.

En conséquence c'est à bon droit que la cour d'appel a fixé le point de départ du délai de prescription de l'action en responsabilité des consorts [H] à l'encontre de leur notaire à la date de la notification de l'avis de mise en recouvrement des sommes dues à l'administration fiscale, dès lors d'une part qu'ils subissaient un dommage alors rendu certain par l'existence d'un titre immédiatement exécutoire traduisant une prétention dénuée de toute équivoque de l'administration fiscale à obtenir restitution de ses droits, d'autre part que c'est par la notification de ce titre exécutoire qu'ils ont eu connaissance des faits leur permettant d'agir (1<sup>er</sup> moyen).

Les consorts [H] ne peuvent reprocher aux juges d'appel de ne pas avoir recherché la date à laquelle ils ont effectivement connu les faits leur permettant d'agir, soit la date de la notification de l'avis de mise en recouvrement, dès lors que c'est par une appréciation souveraine que les juges du fond ont considéré que les consorts [H] auraient dû la connaître du seul fait de l'existence d'un rejet de leur réclamation, le 17 décembre 2003, comme longuement et précisément explicités par l'arrêt (p. 31 et 32 de l'arrêt) (2<sup>ème</sup> moyen, 2<sup>ème</sup> branche), le fait que les juges d'appel fassent seulement état de la date d'émission des titres exécutoires étant alors inopérant pour établir l'impossibilité dans laquelle les consorts [H] auraient été placés de connaître l'avis de mise en recouvrement (1<sup>ère</sup> branche).