



INFORMATION relative à l'avis de l'avocat général

Dans les pourvois et requêtes dont est saisie la Cour de cassation, l'avocat général rend des avis dans l'intérêt de la loi et du bien commun. Il éclaire la Cour sur la portée de la décision à intervenir.

N° J2510205	
Décision attaquée : 09 octobre 2024 de la cour d'appel de Colmar	

M. [A] [X] C/ La société Calliope Business Solutions	
Blandine Mallet-Bricout, avocate générale	AVIS de l'avocat général

. Les faits et la procédure -

La société Atformance (ci-après *la société*), établissement de formation professionnelle dont M. [X] était le gérant (ci-après *le gérant*), a confié des missions de sous-traitance à la société Titanium qui a fourni des modules et sessions de formation et aux droits de laquelle se trouve la société Calliope Business Solutions (ci-après *le sous-traitant*).

Le 28 mars 2011, la société a fait l'objet d'un contrôle administratif et financier effectué par la direction régionale des entreprises, de la concurrence, de la consommation, du travail et de l'emploi (ci-après *l'administration*), pour l'exercice comptable du 1^{er} juillet 2008 au 30 juin 2009.

A cette occasion, trois factures de sous-traitance émises par le sous-traitant Titanium à l'ordre de la société Atformance ont été rejetées par l'administration, au motif de diverses non-conformités ¹.

Par **décision du 4 novembre 2011**, l'administration a, en application de l'article L. 6362-7 du code de travail ², déclaré la société et ses dirigeants de droit ou de fait solidairement tenus de verser au Trésor public une somme de 185.293,50 euros, comprenant pour partie les dépenses irrégulièrement facturées par le sous-traitant et dont la société s'était acquittée.

L'administration, saisie d'une réclamation, a, par une **décision du 3 juillet 2012** annulant la précédente, réduit le montant des dépenses rejetées à la somme de 148.493,50 euros, celle-ci incluant les factures du sous-traitant.

Le **20 septembre 2012** , un avis de recouvrement a été adressé à la société

La société a été placée en liquidation judiciaire en 2012 et la procédure a été clôturée pour insuffisance d'actif par jugement du 20 octobre 2014.

Le **1^{er} février 2017** , un avis de recouvrement a été notifié au gérant en sa qualité de débiteur solidaire , suivi d'une mise en demeure le 14 mars 2017.

Le **21 décembre 2021** , après rejet des recours dont il avait saisi l'administration, puis la juridiction administrative qui a statué par un jugement du 16 octobre 2019 mettant fin au sursis de paiement et rendant exigible la somme mise en recouvrement, le gérant a assigné le sous-traitant en répétition d'une somme de 45.570 euros .

Par ordonnance du 17 novembre 2023, le juge de la mise en état (Tribunal judiciaire de Strasbourg) a jugé que la demande du gérant, non prescrite, était recevable.

Le sous-traitant a formé un appel contre cette ordonnance.

Par arrêt du 9 octobre 2024, la cour d'appel de Colmar a infirmé l'ordonnance et déclaré la demande de M. [X] irrecevable pour cause de prescription.

C'est l'arrêt attaqué.

. Le pourvoi -

Le pourvoi formé par le gérant est constitué d'un moyen unique .

En substance , ce moyen critique l'arrêt rendu par la cour d'appel de Colmar en ce qu'il a prononcé l'irrecevabilité de la demande du gérant en restitution de l'indu contre le sous-traitant, sans retenir comme cause de *suspension* du délai de prescription son *impossibilité d'agir* , alors qu'il n'avait *aucun intérêt à agir* contre le sous-traitant « tant que l'administration fiscale n'avait pas engagé des poursuites à son encontre », soit le 1^{er} février 2017.

Le moyen ne discute donc pas le point de départ de la prescription quinquennale , fixé en l'espèce au 4 novembre 2011 tant par le juge de la mise en état que par la cour d'appel, mais bien la suspension du délai quinquennal sur le fondement de l'article 2234 du code civil (« L a 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 ») .

Il est, plus précisément, exprimé dans les termes suivants :

« M. [X] fait grief à l'arrêt d'infirmier l'ordonnance et de déclarer sa demande irrecevable pour cause de prescription, alors « que 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 ; que l'action est ouverte à tous ceux qui, à tout le moins, ont un intérêt légitime au succès ou au rejet d'une prétention ; qu'en l'espèce, pour dire que l'action en paiement de l'indu exercée par M. [X] contre la SAS Titanium était prescrite au 4 novembre 2016, la cour d'appel a considéré que dès le 4 novembre 2011, M. [X] connaissait les faits lui permettant d'exercer une action en paiement de l'indu contre la SAS Titanium, que l'absence de poursuite financière par l'administration ne constituait pas un empêchement résultant de la loi, de la convention ou de la force majeure et que, par conséquent, le délai de prescription quinquennale, qui avait débuté le 4 novembre 2011, n'avait pas été suspendu ; qu'en statuant ainsi, quand M. [X] n'avait aucun intérêt à agir contre la SAS Titanium tant que l'administration fiscale n'avait pas engagé des poursuites à son encontre pour lui réclamer les sommes litigieuses, dont celle que la SARL Atformance avait indument payée à la SAS Titanium, ce qu'elle a fait le 1^{er} février 2017, de sorte qu'il était dans l'impossibilité d'agir jusqu'à cette date et que son action en répétition de l'indu engagée le 31 décembre 2021 n'était donc pas prescrite, la cour d'appel a violé les articles 2224 et 2234 du code civil. »

. Les questions juridiques soulevées par le dossier -

Bien que focalisé sur la problématique de la suspension du délai de prescription applicable à l'action en restitution de l'indu ³, au motif de « l'impossibilité d'agir » et du défaut d' « intérêt à agir » du gérant, le pourvoi suscite également un questionnement concernant le point de départ du délai, susceptible de donner lieu à un moyen relevé d'office.

Il n'apparaît pas évident, en effet, que le point de départ retenu par les juges du fond et non discuté par le pourvoi, soit celui qui convienne pour l'action en restitution de l'indu dans les circonstances de l'espèce, comme il sera exposé dans cet avis.

. Discussion et avis -

I. Le régime juridique de la prescription du délai pour agir en restitution de l'indu -

L'action en restitution de l'indu est soumise au droit commun de la prescription, sauf texte spécial. ⁴

Le fait juridique du paiement de la somme indue constitue (logiquement) une condition d'exercice de l'action en restitution de l'indu.

Ce même fait peut marquer le point de départ de la prescription du délai pour agir en restitution de l'indu, mais ce n'est pas systématique.

En effet, à lire la jurisprudence sur la question du point de départ de la prescription de l'action en restitution de l'indu, celui-ci n'est pas déterminé de manière unitaire .

. Point de départ du délai -

Selon les termes de l'article 2224 du code civil, applicable à l'action en restitution de l'indu, « 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. »

C'est donc le moment de la connaissance des faits permettant au créancier de la somme indue d'agir contre le débiteur de cette somme, qui constitue le point de départ du délai.

Pour l'action en restitution de l'indu, on peut considérer sur le fondement de l'article 2224 du code civil que le point de départ de la prescription devrait être **le moment où le solvens a connaissance ou aurait dû avoir connaissance de l'existence d'un paiement indu à l'accipiens** . ⁵

La détermination concrète de ce moment n'est cependant pas évidente . La « connaissance » de l'existence d'un paiement indu peut en effet concrètement résulter de multiples facteurs, qui vont de la prise de conscience d'un paiement peut-être indu, à la certitude de son caractère indu sur le fondement d'une décision de justice irrévocable. Entre ces deux extrêmes, on peut rencontrer, en pratique, diverses situations plus ou moins marquées de subjectivité ou au contraire d'objectivité.

Et la jurisprudence ne recherche pas forcément le moment de la connaissance du caractère indu du paiement, elle peut se contenter d'éléments objectifs manifestant simplement le caractère indu du paiement .

La jurisprudence retient ainsi des moments différents comme point de départ du délai de prescription :

- *la date du ou des paiements indus qui ont été effectués* est retenue dans plusieurs arrêts ; dans un tel cas, les juges en déduisent donc que c'est à la date du paiement lui-même que son caractère

indu a été ou aurait dû être connu du *solvens* (voir, explicite, Civ3. 6 juillet 2017 ci-après) :

Soc. 6 mai 1999, pourvoi n° 97-16039, publié :

« Qu'en statuant ainsi, alors que le délai de prescription prévu à l'article L. 835-3 susvisé court à compter de la date à laquelle chacun des versements indus a été effectué, le tribunal des affaires de sécurité sociale a violé ce texte » ⁶

Civ3. 6 juillet 2017, pourvoi n° 16-18583 :

« Mais attendu qu'ayant retenu, à bon droit, que l'action en répétition d'un indu de charges de copropriété se prescrivait par cinq ans et que M. [M] aurait dû connaître, dès les paiements, les faits lui permettant d'exercer son action, la cour d'appel en a exactement déduit que celle-ci était partiellement irrecevable »

Civ3. 2 mars 2017, pourvoi n° 15-24921, publié :

« Mais attendu qu'ayant relevé que MM. [C] avaient introduit leur action en justice le 29 décembre 2009, la cour d'appel, qui n'a ni modifié l'objet du litige en fixant la classe applicable aux terres ni dénaturé le rapport d'expertise en arrêtant le montant des paiements justifié et qui n'était pas tenue de procéder à une recherche que ses constatations rendaient inopérante, a retenu, à bon droit, que l'action en répétition des fermages indus était soumise à la prescription quinquennale de l'article 2224 du code civil, de sorte que les sommes versées antérieurement au 29 décembre 2004 ne pouvaient être restituées. »

- la date d'une décision de justice qui a révélé le caractère indu du paiement peut aussi être retenue :

Civ1. 20 janvier 1998, n° 96-11176, publié :

« Mais attendu qu'il résulte des articles 1235 et 1376 du Code civil que ce qui a été payé indûment est sujet à répétition ; que dès lors que l'arrêt rendu le 14 février 1991 par la cour d'appel d'Orléans avait réduit l'indemnité fixée par le premier arrêt de la cour d'appel de Versailles du 8 décembre 1986, et effectivement payée par l'assureur, celui-ci était en droit, sans avoir à démontrer d'erreur ni être tenu à aucune autre preuve, d'obtenir la restitution du trop perçu »

Soc. 16 mai 2000, n° 98-12571, publié :

« Mais attendu que ce qui a été payé sans être dû est sujet à répétition, la même règle étant applicable lorsque le paiement est devenu ultérieurement indu .

Et attendu que la cour d'appel, après avoir rappelé qu'en application de l'article 35, alors en vigueur, du règlement annexé à la convention du 1^{er} janvier 1990 relative à l'assurance chômage, le salarié ne peut prétendre à des allocations de chômage qu'à l'expiration du nombre de jours correspondant aux indemnités compensatrices de préavis et de congés payés, a exactement décidé que, par l'effet déclaratif du jugement du 19 mars 1991 du conseil de prud'hommes, confirmé par l'arrêt du 27 septembre 1993 reconnaissant à M. [V] le droit à un préavis, le paiement des allocations de chômage pour la période correspondant à ce préavis s'est révélé indu ».

Com. 24 avril 1985, n° 83-10265, publié :

« (...) alors que la prescription de l'action en restitution de l'indu, fondée sur la déclaration d'invalidité du texte servant de support aux perceptions litigieuses, contenue dans l'arrêt rendu par la CJCE le 20 avril 1978, ne pouvait courir avant la naissance de l'obligation de remboursement découlant de cette décision . ».

Soc. 27 mai 2015, pourvoi n° 14-10864, publié :

« Mais attendu d'abord que l'action en paiement et en répétition de l'allocation de remplacement versée dans le cadre d'un dispositif de cessation anticipée d'activité est soumise à la prescription quinquennale prévue par l'article 2224 du code civil ;

Attendu ensuite que la cour d'appel a exactement décidé que le délai de prescription de l'action en remboursement n'a commencé à courir qu'à compter de l'issue de la procédure engagée par les deux syndicats devant la juridiction civile , ayant mis l'employeur en mesure de connaître le caractère indu du versement effectué ;

D'où il suit que le moyen n'est pas fondé »

- ou encore, une autre date peut être retenue, qui marque *le moment auquel le paiement a acquis son caractère indu* (sans référence à la connaissance de ce caractère par le *solvens*) :

Voir par exemple, **Civ3. 31 mai 2007, pourvoi n° 06-13224, publié** :

« l'action en répétition de l'indu ne pouvait être utilement engagée qu'à compter de la date où le paiement était devenu indu , soit à compter du jour où les réductions de loyers consenties excédaient le coût des travaux d'améliorations engagés , la cour d'appel, qui n'a pas tiré les conséquences de ses propres constatations, a violé les textes susvisés ».

- et si le *solvens* a été victime d'une fraude, ce n'est qu' *à compter de la connaissance de cette fraude* que le délai commence à courir :

Voir notamment, **Ass. plén. 17 mai 2023, pourvoi n° 20-20559 (spéc. pt 12), publié** .

On comprend, à la lecture de cette jurisprudence non unifiée, que les juges adaptent la détermination du point de départ aux cas d'espèce, sans retenir de règles de principe bien claires ⁷ - ce que l'article 2224 du code civil n'exclut d'ailleurs pas -, et l'on constate que la Cour de cassation exerce un contrôle sur le point de départ.

De longue date, la question du point de départ de la prescription pour l'action en restitution de l'indu interroge la Cour de cassation ; on peut citer par exemple le rapport de M. Assié sur le pourvoi qui a donné lieu à l'arrêt Civ3 31 mai 2007 :

« En principe, le délai de prescription commence à courir au jour où naît le droit que la prescription sanctionne, autrement dit au jour où la personne qui se prétend titulaire d'un droit peut utilement agir. Pour autant, en raison de l'extrême diversité des situations, il n'est pas toujours facile de déterminer le moment où naît l'action. Le code civil énonce diverses règles générales. Puisque la prescription suppose l'inaction du créancier, il est tout naturellement de principe qu'elle ne commence à courir qu'à compter du jour où l'obligation est exigible ; pour une créance sous condition suspensive, au jour de la réalisation de la condition (article 2257, alinéa 2), pour une créance à terme, au jour de l'échéance. Mais les règles générales énoncées par le code civil ne concernant que les créances dont l'existence est déjà établie, soit les créances contractuelles, et non celles dont l'existence doit l'être par une action en justice, principalement les créances délictuelles, mais aussi les créances quasi délictuelles celle résultant de la répétition de l'indu. Autrement dit, elles concernent l'action en paiement d'une créance certaine et liquide et non l'action tendant à transformer un "principe de créance" en créance présentant ces caractères. Pour ce second type de créance, le point de départ de la prescription ne peut généralement être autre que la date de l'événement donnant naissance au principe de créance, date sur laquelle on peut d'ailleurs hésiter, date du fait dommageable, ou de la manifestation du dommage ou de sa connaissance... Opportunément, certains textes spéciaux indiquent le point de départ du délai : la manifestation du dommage ou son appréciation pour les actions en responsabilité extra contractuelle (article 2270-I du code civil) et il en va de même pour certaines actions en paiement comme celle des avoués pour le paiement de leurs frais et salaires (article 2273 du code civil). Mais aucun texte ne vient donner d'indication sur le point de départ de la prescription en matière de répétition de l'indu.

Faut-il considérer que la prescription commence à courir au jour du fait générateur de l'obligation, comme l'ont fait les juges du fond en retenant la date d'achèvement des travaux ?

Ou bien faut-il prendre en considération le jour où l'obligation est devenue exigible autrement dit le jour où le paiement est devenu indu, comme le soutient le moyen, dès lors qu'aucune action sur le fondement de l'indu ne pourrait être engagée auparavant utilement ?

Certains arrêts semblent aller dans ce sens (voir notamment, Soc. 28 mars 1996 pourvoi n° 94-10.240 et civ. 1, 4 avril 1995, pourvoi n° 92-17.497 ; Soc. 16 mai 2000, Bull I, n 185 qui énonce que " *ce qui a été payé sans être dû est sujet à répétition, la même règle étant applicable lorsque le paiement est devenu ultérieurement indu* "). »

. Suspension du délai -

Quant à la suspension éventuelle du délai pour agir, elle relève elle aussi du droit commun de la prescription, notamment de l'article 2234 du code civil selon lequel « L a 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. »

Sur ce dernier aspect, il peut être renvoyé au droit commun de la prescription civile tel qu'interprété par les juges. **La question du contrôle exercé par la Cour de cassation sur « l'impossibilité d'agir » se pose**, ainsi que cela a pu être relevé par la conseillère Touati en 2018 ⁸, ou encore par l'avocat général Sturlès en 2017 ⁹.

Certes, dans un arrêt publié rendu le 23 novembre 2017, la troisième chambre civile a paru consacrer le pouvoir souverain des juges du fond en ce domaine ¹⁰, mais d'autres arrêts, antérieurs et postérieurs, n'excluent pas tout contrôle de la Cour de cassation ¹¹.

II. Les circonstances particulières de l'espèce -

L'espèce présente une particularité dans la mesure où l'action en répétition de l'indu exercée par le gérant résulte de circonstances bien spécifiques :

- en premier lieu, le gérant n'a pas réglé les sommes indues en son propre nom ; celles-ci ont été versées par la société qu'il dirigeait.

Il n'est ainsi *concerné par ce contentieux qu'en sa qualité de débiteur solidaire de la totalité des sommes dues à l'administration* en suite du contrôle réalisé, et n'a été lui-même appelé à régler ces sommes que tardivement, en raison de la liquidation judiciaire intervenue après un premier avis de recouvrement adressé à la société débitrice par l'administration.

- en second lieu, le gérant a *exercé l'action en répétition de l'indu en son propre nom car il a été lui-même appelé par l'administration à régler la totalité des sommes dues*, en vertu d'un second avis de recouvrement bien postérieur au premier ¹².

Il semble raisonnable que la mise en oeuvre de l'article 2224 du code civil tienne compte de ce contexte spécifique, d'autant plus au regard de la diversité des solutions retenues dans la jurisprudence sur le point de départ de la prescription de l'action en restitution de l'indu (cf. *supra*, I).

Quant au critère de 'l'impossibilité d'agir' pour justifier la suspension éventuelle du délai de prescription, on a vu qu'il est susceptible de donner lieu à un contrôle de la Cour de cassation.

III. Analyse juridique -

III.1. Le point de départ retenu dans l'arrêt attaqué est-il cohérent ?

Si l'on s'en tient au point de départ qui doit être retenu par application de l'article 2224 du code civil, soit le moment où le *solvens* « a connu ou aurait dû connaître les faits » lui permettant d'exercer son action en restitution de l'indu, donc en principe le moment où le *solvens* a eu connaissance ou aurait dû avoir connaissance de l'existence d'un paiement indu, il apparaît difficilement contestable, et cela n'est d'ailleurs pas contesté par les parties, que le gérant a eu *une connaissance objective*

de l'existence d'un paiement indu dès la première décision de l'administration faisant état d'une facturation irrégulière du sous-traitant, soit le 4 novembre 2011 [13](#).

En effet, à compter de cette date, *le paiement indu était connu de la société solvens, donc de son gérant*, l'administration ayant rejeté trois factures du sous-traitant au motif de non-conformités.

A compter de cette même date, *le gérant a eu également connaissance de sa qualité de débiteur solidaire des sommes dues au Trésor public*, sur le fondement de l'article L. 6362-7 du code du travail, ainsi que le précise l'arrêt attaqué [14](#).

C'est donc *au titre de sa double qualité de gérant de la société et de débiteur solidaire de la somme globale due au Trésor public*, que M. [X] a eu *effectivement connaissance*, le 4 novembre 2011, de l'existence d'un paiement indu.

La qualité de « débiteur solidaire » appliquée au gérant (de fait ou de droit) pour les sommes dues au Trésor public sur le fondement de l'article L. 6362-7 du code du travail, est sans ambiguïté. L'administration était ainsi en droit d'émettre un avis de recouvrement aussi bien à l'encontre de la société qu'à l'encontre du gérant solidairement tenu.

Néanmoins, il convient de s'arrêter un instant sur la situation particulière de l'espèce, afin de bien dissocier la demande de paiement de certaines sommes dues au Trésor public par la société Atformance (décision de l'administration du 4 novembre 2011) et l'action en restitution de l'indu qui pouvait être exercée par le *solvens* à l'encontre du sous-traitant.

Certes, la société et son gérant étaient débiteurs solidaires de la somme globale due à l'administration.

Mais seule la société Atformance, qui avait réglé au sous-traitant des dépenses irrégulièrement facturées puis les avait déclarées à l'administration fiscale, *avait à cette date la qualité de solvens, sur le fondement de sa personnalité juridique propre*.

Pour mémoire, la société était tenue de verser au Trésor public une somme de 185.293,50 euros, réduite quelques mois après à 148.493,50 euros, cette somme comprenant les dépenses irrégulièrement facturées par le sous-traitant (à hauteur de 45.570 euros) et dont elle s'était acquittée.

Le gérant de la société, M. [X], n'avait, à cette date, aucune qualité lui permettant d'agir en son nom propre en restitution de l'indu. Il n'avait pas lui-même la qualité de *solvens*, et ne pouvait agir en restitution de l'indu qu'en sa qualité de gérant, représentant légal de la société *solvens*.

Le 20 septembre 2012, c'est à la société qu'un premier avis de recouvrement a été adressé. A l'égard du gérant, la situation n'a pas évolué : la société devait régler la somme globale réclamée par l'administration et pouvait, en sa qualité de *solvens*, exercer une action en restitution de l'indu à l'égard de l' *accipiens*, le sous-traitant.

Une telle action n'a manifestement pas été intentée par le gérant au nom et pour le compte de la société *solvens*, vraisemblablement car dans le même temps (2012-2014), une procédure collective a été ouverte à l'égard de la société, puis celle-ci a été placée en liquidation judiciaire pour insuffisance d'actif (20 octobre 2014).

Le gérant, dessaisi de ses fonctions de représentant légal de la société *solvens* à compter de cette date, n'en est pas moins resté débiteur solidaire de la somme globale importante due à l'administration (cf. art. L. 6362-7 c.trav.).

Et ce n'est que le 1^{er} février 2017 qu'un second avis de recouvrement lui a été adressé par l'administration à *titre personnel, en sa qualité de débiteur solidaire* de cette somme globale.

Désormais tenu, à titre personnel, de régler la somme due au Trésor public, M. [X] devenait légitime à agir en restitution de l'indu à l'encontre du sous-traitant : *ce n'est que par le truchement de sa qualité de débiteur solidaire*, parce qu'il était désormais amené à régler une somme dont le sous-traitant devait pour partie restitution, que M. [X] a pu envisager d'exercer une action en restitution de l'indu à l'encontre du sous-traitant.

Il a acquis la qualité de solvens en quelque sorte par la médiation de sa qualité de débiteur solidaire, lorsque la solidarité a été activée (avis de recouvrement du 1^{er} février 2017). Avant cette date, M. [X] était uniquement gérant puis ex gérant de la société *solvens*, cette dernière étant la seule personne juridique à avoir sollicité les prestations du sous-traitant et à avoir réglé indûment des factures irrégulières. M. [X] était, *par ailleurs*, débiteur solidaire de la somme globale due au Trésor public, mais cela ne faisait pas de lui un *solvens* ou co- *solvens* à l'égard du sous-traitant *accipiens*.

Pour l'ensemble de ces raisons, l'on comprend que retenir comme point de départ de la prescription de l'action en restitution de l'indu le moment où M. [X] a eu une connaissance objective de l'existence d'un paiement indu n'est pas pertinent en l'espèce. Car il en a eu connaissance, le 4 novembre 2011, en sa seule qualité de gérant de la société *solvens*, pas en qualité de *solvens* lui-même.

A moins de considérer que M. [X] aurait été, dès cette date, un '*solvens* en puissance' dans l'hypothèse où la solidarité serait ultérieurement actionnée, mais il ne s'agissait que d'un risque... qui s'est réalisé quatre ans et demi après (1^{er} février 2017).

Il apparaît dès lors bien davantage pertinent de retenir, dans la ligne de précédents arrêts de la Cour de cassation ¹⁵, que la prescription court, en l'espèce, à compter de la décision qui a rendu M. [X] (débiteur solidaire des sommes dues au Trésor public) désormais créancier de l'obligation de restitution de l'indu.

La décision prise en compte pourrait être celle, administrative, de laquelle est née la créance de restitution de M. [X] (avis de recouvrement du 1^{er} février 2017), ou bien celle, juridictionnelle et définitive, qui a rendu exigible sa propre obligation de paiement à l'égard du Trésor public (jugement TA Strasbourg 16 octobre 2019).

Il me semble qu'au regard des critères de fixation du point de départ de la prescription pour l'action en restitution de l'indu, la première option serait plus pertinente, car elle s'articule bien avec la logique de cette action spécifique et elle présente un lien juridique étroit avec celle-ci.

La seconde option, cependant, s'inscrirait dans l'esprit d'un arrêt rendu par la chambre mixte de la Cour de cassation le 19 juillet 2024 (pourvoi n° 20-23527, publié), qui a jugé :

« Vu l'article 2224 du code civil :

9. 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.

10. Il s'en déduit 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.

11. Lorsque le dommage invoqué par une partie dépend d'une procédure contentieuse l'opposant à un tiers, la Cour de cassation retient qu'il ne se manifeste qu'au jour où cette partie est condamnée par une décision

passée en force de chose jugée (1^e Civ., 9 septembre 2020, pourvoi n° 18-26.390, publié ; 1^e Civ., 9 mars 2022, pourvoi n° 20-15.012 ; 1^e Civ., 29 juin 2022, pourvoi n° 21-14.633) ou devenue irrévocable (2^e Civ., 3 mai 2018, pourvoi n° 17-17.527) et que, son droit n'étant pas né avant cette date, la prescription de son action ne court qu'à compter de cette décision.

12. Ainsi, en matière fiscale, il est jugé que le préjudice n'est pas réalisé et que la prescription n'a pas couru tant que le sort des réclamations contentieuses n'est pas définitivement connu ou que le dommage résultant d'un redressement n'est réalisé qu'à la date à laquelle le recours est rejeté par le juge de l'impôt (Com., 3 mars 2021, pourvoi n° 18-19.259 ; 1^e Civ., 29 juin 2022, pourvoi n° 21-10.720, publié ; Com., 9 novembre 2022, pourvoi n° 21-10.632). »

Certes, l'arrêt de chambre mixte a été rendu dans le contexte d'une action en responsabilité, ce qui est souligné dans sa motivation ¹⁶ et diffère du contexte juridique de la présente espèce, mais la solution qu'il a retenue s'inscrit dans un contentieux fiscal et l'arrêt souligne que le préjudice subi par le demandeur est « né de la reconnaissance d'un droit contesté au profit d'un tiers », ce qui justifie de retenir comme point de départ de la prescription la décision juridictionnelle devenue irrévocable car celle-ci établit ce droit (cf. pt 15 de l'arrêt).

En tout état de cause, pour l'une et l'autre options de solution, **il serait nécessaire de relever d'office un moyen qui permettrait de recentrer le débat sur la problématique du point de départ de la prescription**, alors que le pourvoi a focalisé son attention uniquement sur celle de la suspension du délai de prescription.

Une telle solution me semble plus respectueuse des règles juridiques applicables en matière de prescription extinctive pour ce qui concerne l'action en restitution de l'indu dans les circonstances propres à l'espèce, que la solution qui consisterait à répondre strictement au pourvoi.

Dans cette perspective, il pourrait être jugé que dans le cas d'une action en répétition de l'indu consécutive au recouvrement par l'administration d'une certaine somme, la prescription ne commence à courir qu'à la date de l'avis de recouvrement qui marque la naissance de la créance de restitution (option 1), ou bien qu'elle ne commence à courir qu'à l'issue de la procédure administrative engagée pour contester le montant réclamé et permettant de fixer définitivement celui-ci, donc de fixer aussi définitivement et par répercussion la créance de restitution (option 2).

III.2. La suspension du délai de prescription en raison d'une 'impossibilité d'agir' fondée sur l'absence d' 'intérêt pour agir'

Le moyen unique du pourvoi est strictement orienté sur la problématique de la suspension du délai quinquennal de prescription de l'action en restitution de l'indu.

Il considère que « M. [X] n'avait aucun intérêt à agir contre [le sous-traitant] tant que l'administration fiscale n'avait pas engagé des poursuites à son encontre pour lui réclamer les sommes litigieuses, dont celle que [la société] avait indûment payée [au sous-traitant], ce qu'elle a fait le 1^{er} février 2017, de sorte qu'il était dans l'impossibilité d'agir jusqu'à cette date et que son action en répétition de l'indu engagée le 31 décembre 2021 n'était donc pas prescrite », soutenant en conclusion que « la cour d'appel a violé les articles 2224 et 2234 du code civil. ».

Ce moyen s'inspire de la motivation du premier juge, qui avait considéré que la demande formée par M. [X] n'était pas prescrite, car « *même s'il avait connaissance des faits à l'origine de sa demande dès le 4 novembre 2011* », il était « *dans l'impossibilité d'agir lui-même en répétition de l'indu à l'encontre [du sous-traitant] tant qu'aucune poursuite n'avait été entamée contre lui par l'Administration fiscale* », et qu'ainsi, avant l'avis de recouvrement qui le visait personnellement en février 2017, M. [X] « *était dépourvu du droit d'agir sur le fondement de l'action en répétition de l'indu, puisqu'aucune somme ne lui était réclamée* » ¹⁷.

Autrement dit, puisque M. [X] n'avait rien eu à payer à titre personnel jusqu'au 1^{er} février 2017, il n'était pas légitime à se retourner contre l' *accipiens* , et cette situation créait pour lui une impossibilité d'agir au sens de l'article 2234 du code civil. Tandis que le premier juge avait considéré que M. [X] était « dépourvu du droit d'agir », le pourvoi analyse la situation comme un défaut d' « intérêt à agir », jusqu'à la date de l'avis de recouvrement qui l'a visé personnellement. Les deux retiennent, pour ces raisons, une « impossibilité d'agir ».

L'intérêt à agir est défini de la manière suivante par l'article 31 du code de procédure civile :

« L'action est ouverte à tous ceux qui ont un intérêt légitime au succès ou au rejet d'une prétention, sous réserve des cas dans lesquels la loi attribue le droit d'agir aux seules personnes qu'elle qualifie pour élever ou combattre une prétention, ou pour défendre un intérêt déterminé. » .

Cette définition, large, mérite d'être précisée.

La doctrine ¹⁸ souligne que l'intérêt doit être « positif et concret » ou encore « suffisant pour autoriser un particulier à saisir le juge ». Cette position se traduit dans la jurisprudence par la mise au jour d'un intérêt né et actuel. Les auteurs précisent : « Le rôle du juge est de trancher des litiges déjà nés. C'est la raison pour laquelle on impose au demandeur de faire valoir un intérêt né et actuel ; un intérêt simplement éventuel ne suffirait pas et il faut parfois savoir attendre. » L'objectif de ces règles est d'éviter les « guerres préventives », susceptibles de venir engorger les tribunaux.

En l'espèce, il me semble que l'on peut considérer que le gérant avait un intérêt à agir à l'encontre du sous-traitant, *ès qualité de gérant de la société solvens* , à compter de la décision de l'administration du 4 novembre 2011, puisque cette décision faisait état des dépenses irrégulières facturées par le sous-traitant. Ainsi, si le gérant avait décidé d'agir à l'encontre du sous-traitant aux fins de restitution de l'indu peu après cette décision, il me semble qu'une telle action, exercée en représentation de la société *solvens* , aurait pu être considérée par le juge comme étant fondée sur un intérêt à agir né et actuel.

M. [X] a toutefois perdu sa qualité de gérant lors de la liquidation judiciaire de la société fin 2014 (donc en cours de prescription) .

Quant à son intérêt à agir *à titre personnel* , certes M. [X] avait un intérêt à ce que les sommes réglées indûment au sous-traitant par la société réintègrent le patrimoine de la société, ce qui aurait permis à cette dernière de régler sa dette à l'égard du Trésor public et aurait eu corrélativement pour effet de diminuer le montant auquel était solidairement tenu son gérant.

Mais au regard des éléments qui viennent d'être rappelés sur les critères de l'intérêt à agir, il est possible de douter de l'existence d'un tel intérêt personnel à agir dès le 4 novembre 2011, alors même que la mise en jeu de la solidarité n'était qu'une perspective éventuelle et a priori lointaine. L'intérêt à agir du gérant, à titre personnel, peut apparaître insuffisant et de nature à engorger préventivement les tribunaux.

En outre, on a vu plus haut (*supra* III.1) que M. [X] n'avait pas la qualité de *solvens* lui permettant d'agir en restitution de l'indu, tant que la société n'était pas liquidée et qu'il n'avait pas lui-même été visé par un avis de recouvrement (en bref, n'ayant réglé aucune somme à titre personnel, il n'avait rien à réclamer à l' *accipiens*). Etant donné les liens qui existent, en procédure civile, entre la qualité à agir et l'intérêt à agir ¹⁹ , cela me paraît conforter le défaut d'intérêt pour agir à la date du 4 novembre 2011.

Il me semble que, même sous la perspective de la suspension du délai par application de l'article 2234 du code civil, c'est davantage le défaut de qualité à agir que celui d'intérêt à agir qui peut être mis en avant. Or il n'apparaît pas incohérent de considérer que le défaut de qualité pour agir puisse constituer un empêchement résultant de la loi au sens de l'article 2234 du code civil.

Le pourvoi s'en tient uniquement à une discussion sur le critère de ***l'impossibilité d'agir***, cause de suspension du délai pour agir au sens de l'article 2234 du code civil, en soutenant que le gérant était dans l'impossibilité d'agir jusqu'à la date de l'avis de recouvrement qui le visait personnellement en qualité de débiteur solidaire, car jusque là il n'avait ***pas d'intérêt à agir***.

Le moyen établit ainsi un lien entre l'intérêt à agir et la possibilité d'agir, au sens de l'article 2234 du code civil.

La cour d'appel de Colmar, dans l'arrêt attaqué, a jugé, après avoir rappelé les termes de l'article 2234 et considéré que « *ces dispositions sont d'interprétation stricte* »:

« La Cour constate en l'espèce que « l'absence de poursuite financière par l'administration », évoquée par le juge de première instance, ne constitue pas un empêchement « résultant de la loi, de la convention ou de la force majeure » au sens de l'article 2234 du code civil.

Par conséquent, le délai de prescription débutant le 4 novembre 2011 n'a pas pu faire l'objet d'une suspension, de sorte que l'action en paiement de l'indu exercée par Monsieur [A] [X] contre [le sous-traitant] était prescrite au 4 novembre 2016. »

Le pourvoi semble donc avoir assimilé « l'absence de poursuite financière par l'administration » à l'égard de M. [X], à un défaut d'intérêt à agir de ce dernier, à titre personnel.

Au regard des développements qui précèdent, il apparaît difficile d'apprécier la motivation de la cour d'appel en réponse strictement au pourvoi, à moins de considérer que le défaut d'intérêt à agir - et le défaut de qualité à agir - du gérant jusqu'à l'avis de recouvrement du 1^{er} février 2017, constituait effectivement une impossibilité d'agir par empêchement résultant de la loi au sens de l'article 2234 du code civil, ce qui conduirait à la cassation de l'arrêt rendu par la cour d'appel de Colmar.

Une telle solution supposerait toutefois que la première chambre civile entende contrôler l'appréciation de l'obstacle susceptible de constituer une « impossibilité d'agir » - un tel contrôle est admis dans plusieurs arrêts de la Cour de cassation et me paraît justifié ainsi que cela a été relevé plus haut (cf. *supra*, p. 7).

IV. Avis -

Au regard de l'ensemble de ces développements, j'invite la première chambre civile à casser l'arrêt attaqué en relevant d'office un moyen de pur droit par lequel la Cour de cassation pourrait restituer au point de départ du délai de prescription applicable à l'action en restitution de l'indu sa juste détermination dans le cas d'espèce, la date retenue par la cour d'appel de Colmar et non contestée par les parties n'apparaissant pas pertinente.

Dans une telle perspective, deux dates me paraissent pouvoir être retenues comme point de départ du délai (voir *supra*, III.1) : celle de l'avis de recouvrement adressé à l'ex gérant débiteur solidaire des sommes dues au Trésor public (soit le 1^{er} février 2017), ou celle de la décision définitive rendue par le tribunal administratif de Strasbourg le 16 octobre 2019, chacune présentant sa propre justification, au regard de la logique de l'action en restitution de l'indu et de la jurisprudence de la Cour de cassation.

¹ L'administration reprochait donc à la société Atformance d'avoir déclaré au titre des dépenses de la société le règlement de factures irrégulières du sous-traitant.

² Art. L. 6362-7 (dans sa version en vigueur applicable au litige) :

« Les organismes prestataires d'actions de formation entrant dans le champ de la formation professionnelle continue au sens de l'article L. 6313-1 versent au Trésor public, solidairement avec leurs dirigeants de fait ou de droit, une somme égale au montant des dépenses ayant fait l'objet d'une décision de rejet en application de l'article L. 6362-10. »

³ Depuis la réforme du droit des obligations, en 2016, le terme « **restitution** » a été substitué à celui de « répétition » de l'indu (comp. anc. art. 1377 c. civ.). Le Rapport au Président de la République, sur l'ordonnance de réforme précise la volonté du législateur de respecter le sens des mots, « la répétition désignant étymologiquement la demande, tandis que la restitution en est le résultat ».

⁴ Voir par exemple, Civ2. 4 juillet 2013, pourvoi n° 12-17427, publié : « *Mais attendu que l'action en répétition de l'indu, quelle que soit la source du paiement indu, se prescrit selon le délai de droit commun applicable, à défaut de disposition spéciale, aux quasi-contrats ; que l'arrêt s'est fondé à bon droit sur les articles 1235 et 1376 du code civil pour écarter la prescription biennale de l'article L. 114-1 du code des assurances* » ; Civ3. 2 mars 2017, pourvoi n° 15-24921, publié (action en restitution de fermages indus).

La réforme de la prescription civile par la loi n° 2008-561 du 17 juin 2008 n'a pas modifié cette jurisprudence : voir notamment, Civ2. 5 juillet 2018, pourvoi n° 17-14244 ; Civ2. 26 novembre 2020, pourvoi n° 19-19520, publié .

⁵ Voir par exemple Civ2. 26 novembre 2020, précité, pour une discussion sur la preuve de ce moment.

⁶ Il s'agit dans cet arrêt de l'application d'un texte spécial relatif à la prescription, mais qui ne prévoit pas de point de départ.

⁷ Sauf pour l'hypothèse de la fraude.

⁸ Rapport N. Touati sur le pourvoi n° 17-20966 (Civ2. 13 septembre 2018) :

« L'impossibilité d'agir recouvre des situations diverses, l'obstacle rencontré pouvant être de droit ou de fait, d'ordre matériel ou moral.

Conformément aux droit commun de la preuve « il appartient à celui qui invoque son impossibilité d'agir pendant le délai de la prescription d'apporter la preuve des circonstances qui ont constitué un obstacle insurmontable à l'exercice de son action » (Com., 21 mai 1995, n 93-12.383, Bull. IV, n 92).

Les juges du fond apprécient souverainement l'existence de l'obstacle invoqué, s'agissant d'un élément de fait.

En revanche la jurisprudence est plus divisée sur l'exercice d'un contrôle s'agissant d'apprécier si cet obstacle suffit à caractériser une véritable impossibilité d'agir :

- dans le sens d'un contrôle de qualification, on peut citer : Civ. 1ère , 7 juin 2006, Soc. 19 décembre 2007, n° 06-10.771 , Com., 12 juillet 2007, n° 06-20.458, Civ. 3 , 22 novembre 2006, n° 05-19.565 , Civ. 2ème, 18 février 2010, n° 08-21.355 ; Civ. 2 , 11 mars 2010 , n° 09-12.389, 09-11.864 et 09-1 2.241 ; Civ. 2 , 12 mars 2010, n° 09-11.871 ; Civ. 2 , 12 octobre 2017, n° 16-17.721).

- dans le sens d'une appréciation souveraine, on peut citer : Civ. 2 , 7 juillet 2011, n° 10-19.302 ; Civ. 3, 23 novembre 2017, n° 16-20.065, à publier dont le sommaire énonce que « l'impossibilité d'agir est souverainement appréciée par les juges du fond » .

On observera également que lorsqu'ils fondent leur conviction sur certains éléments de preuve, les juges du fond ne sont pas tenus de s'expliquer sur ceux qu'ils décident d'écarter (Civ. 1ère, 12 juillet 2001, n° 99-15.943 ; Civ. 1ère, 25 juin 2002, n° 00-12.607 ; Civ. 1ère, 12 mai 2004, n° 00-19.419 ; Soc. 16 mai 2007, n° 05-43.349 ; Com. 9 février 2010, n° 08-18.067 ; Com. 23 avril 2013, n° 11-25.467). »

⁹ Avis B. Sturlès sur le pourvoi n° 16-20065 (Civ3. 23 novembre 2017) :

« La première question, qui peut surprendre, doit tout de même être rapidement abordée, car le mémoire en défense prétend soutenir une absence de contrôle en la matière, ou à tout le moins “un contrôle très atténué”...

Il est effectivement pour le moins surprenant de prétendre que l'impossibilité d'agir, susceptible d'écarter le jeu de la prescription extinctive, serait une qualification non contrôlée par la Cour.

Si les constatations de fait et les circonstances retenues par le juge pour qualifier une impossibilité d'agir relèvent bien, quant à elles, du pouvoir souverain, en revanche la déduction qui en est faite, c'est à dire la qualification de l'existence d'une impossibilité d'agir au sens de l'article 2234, réalisée à partir des faits

souverainement constatés, relève du contrôle de la Cour.

Au regard des conséquences importantes pouvant notamment toucher au droit fondamental à un recours juridictionnel effectif, l'impossibilité d'agir, qui n'est pas non plus une notion cadre ou un standard, constitue une qualification qui ne saurait être exclue de votre contrôle.

En dépit de ce que soutient la défense, l'examen de la jurisprudence de la Cour confirme d'ailleurs cette analyse. On ne trouve dans cette jurisprudence nulle formule pouvant laisser penser le contraire. »

10 Civ3. 23 novembre 2017, pourvoi n° 16-20065, publié :

« Mais attendu qu'ayant retenu que, si aucune décision de l'assemblée générale du GFA n'avait expressément autorisé l'apport du droit au bail à l'EARL, les associés en avaient eu nécessairement connaissance lors de l'établissement de l'acte notarié des 18 et 23 décembre 2008 procédant, entre les deux sociétés, à une résiliation partielle de ce bail, la cour d'appel, qui a ainsi souverainement écarté une impossibilité d'agir et qui n'a pas retenu que le GFA avait implicitement renoncé à agir en résiliation, en a exactement déduit que, le point de départ du délai quinquennal devant être fixé à la date de l'acte notarié et non pas à la date du décès du gérant, l'action était prescrite ».

11 Voir par exemple : Civ.3. 4 juillet 2012, pourvoi n° 11-13868, publié (2^e moyen) ; Civ2. 14 février 2013, pourvoi n° 12-13339, publié ; Civ2., 13 septembre 2018, pourvoi n° 17-20966, publié .

Voir aussi les références citées par Mme Touati dans son rapport précité (cf. *supra* , note 8).

12 En l'occurrence, le second avis de recouvrement, adressé au gérant en sa qualité de débiteur solidaire (2017), a été émis quatre ans et demi après le premier avis de recouvrement qui avait été adressé uniquement à la société (2012). Entretemps, la société a été placée en liquidation judiciaire pour insuffisance d'actif (2014).

13 Certes, il ne s'agit pas d'une décision de justice au sens de la jurisprudence citée *supra* p. 5, mais il s'agit bien, au cas particulier, d'une décision officielle de l'administration susceptible de donner lieu à un recours et à un avis de recouvrement.

14 Arrêt attaqué, p.2 :

« Par décision du 4 novembre 2011, le Directeur de la DIRECCTE déclarait la SARL ARTFORMANCE et ses dirigeants de fait ou de droit, en application de l'article L. 6362-7 du code du travail, tenus solidairement de verser au Trésor Public une somme égale au montant de 185 293,50 euros. » .

Voir *supra* note 2 l'article L. 6362-7 reproduit .

15 Cf. *supra* , p. 5.

16 Voir notamment le point 15 de l'arrêt :

« 15. Les premières sont des actions principales en responsabilité tendant à l'indemnisation du préjudice subi par le demandeur, né de la reconnaissance d'un droit contesté au profit d'un tiers. Seule la décision juridictionnelle devenue irrévocable établissant ce droit met l'intéressé en mesure d'exercer l'action en réparation du préjudice qui en résulte. Il s'en déduit que cette décision constitue le point de départ de la prescription . »

¹⁷ Ordonnance du juge de la mise en état, 17 novembre 2023, p. 3.

¹⁸ C. Chainais, F. Ferrand, L. Mayer, S. Guinchard, *Procédure civile* , 35^e éd. Dalloz, 2020, n° 186 et suiv.

¹⁹ Sur lesquels, voir C. Chainais, F. Ferrand, L. Mayer, S. Guinchard, op.cit., n° 192 et suiv .