

Prescription extinctive, interversion et recouvrement d'une créance constatée dans un acte notarié

*« Le temps des juristes n'échappe pas plus que celui des physiciens
au grand principe de la relativité »
Jean Carbonnier¹*

Le prêt consenti par un établissement de crédit, « soumis au mieux à la prescription décennale quand il est sous seing privé » pourrait-il être soumis à la prescription trentenaire par la « vertu de l'authentification notariale » ?²

Telle est la question posée par les récentes notes critiques de la décision rendue par la troisième chambre de la Cour de cassation le 9 juin 2005³, comme encore plus récemment par la chambre mixte qui s'est prononcée par un arrêt rendu le 26 mai 2006⁴.

L'interversion de prescription ou « l'effet interversif » consiste, en effet, en une substitution de la prescription courte ou abrégée d'une créance, notamment la prescription commerciale décennale naturelle de l'obligation contenue dans l'acte de prêt, au profit de la prescription trentenaire de droit commun, lorsque la prescription initiale est interrompue, notamment par un jugement de condamnation.

Cette question de la prescription extinctive applicable aux obligations nées d'un acte notarié et plus généralement d'un acte exécutoire revêt un intérêt pratique apparemment évident tant les durées des prescriptions comportent, en l'état actuel du droit, des écarts considérables notamment entre les prescriptions abrégées et « l'interminable » prescription trentenaire dont la réduction est appelée des vœux d'une doctrine dominante comme des magistrats depuis de nombreuses années maintenant⁵ dans un contexte européen

1. Carbonnier J., notes sur la prescription extinctive, RTD civ. 1952, p. 171.

2. Croze H., La poursuite de l'exécution d'un titre exécutoire est régie par la prescription de droit commun de trente ans, JCP G 2005, II, 10120.

3. Cass. 2^e civ., 9 juin 2005, n° 04-13.182, JCP G 2005, n° 37, II, 10120, p. 1641 note Croze H., Defrénois 2006, art. 38317, p. 191, obs. Thery Ph., RTD civ. 2005, p. 638, obs. Perrot R.

4. Cass. ch. mixte, 26 mai 2006, n° 03-16.800, JCP G 2006, II, 10129, p. 1465, note Croze H., D. 2006, jur., p. 1793, note Wintgen R.

5. Rapport de la Cour de cassation 2001, suggestions de réforme, De la prescription extinctive trentenaire à une prescription décennale, puis rapport sur l'harmonisation des prescriptions par le groupe de travail constitué par Monsieur le Premier Président au mois d'avril 2004 à la demande du garde des Sceaux. Noter qu'en Allemagne, le BGB a été réformé et la prescription de droit commun réduite de trente à trois ans. Noter cependant que le BGB conserve la prescription trentenaire pour l'exécution des jugements, laquelle est en revanche de six ans en droit anglais (article 24 du limitation act 1980).

plus pressant dans lequel s'élabore d'ailleurs un nouveau droit des obligations et un droit de la prescription⁶ destinés à les moderniser.

Deux arguments ont été présentés pour appuyer une interversion de prescription de l'action visant le recouvrement d'une créance constatée par un acte notarié, laquelle par nature est soumise à la prescription abrégée de dix ans, par la prescription trentenaire de droit commun :

« *Un argument d'analogie* », fondé sur le fait que si l'existence du prêt était constatée dans un jugement – qui est un titre exécutoire – la prescription applicable serait la prescription trentenaire. L'acte notarié étant aussi un titre exécutoire selon l'article 3 de la loi n° 1991-650 du 9 juillet 1991, l'action ayant pour objet l'exécution de cette obligation se prescrirait logiquement et par analogie par trente ans en application de l'article 2262 du Code civil.

Le second argument repose sur une distinction de l'action en justice et de l'exécution forcée, qui seraient soumises à des règles de prescription différentes⁷.

Il convient de relever d'abord, comme souligné par le Conseiller-rapporteur Mazars dans l'affaire qui a donné lieu à l'arrêt de l'assemblée plénière du 10 juin 2005⁸ à quel point le problème de l'interversion de la prescription est ancien et la matière de la prescription extinctive, ici concernée, chaotique et désordonnée⁹.

Le Doyen Carbonnier écrivait « *La matière de la prescription extinctive était de celle qui, dans le Code civil, pouvaient paraître le moins prédisposées à l'interprétation. Amalgamée à l'usucapion, comme pour y perdre son essence, – reléguée au bout du code, comme pour défier les grands commentateurs d'y parvenir autrement qu'essoufflés ou morts, – il y avait, de surcroît, en elle quelque chose de numérique, de mathématique, d'automatique, sur quoi toute interprétation semblait devoir glisser.* »... « *Et pourtant, on constate que le rôle des arrêts n'a pas été ici moins considérable qu'ailleurs. Peut-être est-ce même, pour qui veut faire le point de notre droit de la prescription extinctive, un fil conducteur à se donner que cet apparent paradoxe d'une immense initiative judiciaire dans une matière toute légale par vocation* »¹⁰.

Il a également été relevé que la doctrine classique n'était pas particulièrement développée, qu'elle était même assez confuse et que « *la plupart des auteurs se bornent en effet, dans la situation considérée, à affirmer une solution sans s'expliquer clairement sur sa justification* »¹¹. Certains, et non les moindres, se « contentent » simplement de noter que

6. Avant-projet de réforme du droit des obligations (C. civ., art. 1101 à 1386) et du droit de la prescription (C. civ., art. 2234 à 2281) remis par P. Catala à Monsieur le garde des Sceaux le 23 septembre 2005. Voir aussi la présentation par Malaurie Ph., Avant-projet de réforme de la prescription en droit civil, Defrénois 2006, art. 38325, p. 230 et s.

7. Cass. 2^e civ., 9 juin 2005, n° 04-13.182, Defrénois 2006, art. 38317, p. 191, obs. Thery Ph.

8. Cass. ass. plén., 10 juin 2005, n° 03-18922, rapport de M. Mazars Conseiller-rapporteur et avis de M. Gariazzo, Avocat Général, <http://www.courdecassation.fr>, rubrique BICC n° 624 posant la question de la nature de la prescription courant après qu'un jugement a arrêté la prescription initiale, Defrénois 2006, art. 38254, notes E. Savaux, n° 79 et A. Bénabent, n° 80.

9. Bénabent A. : « Le chaos du droit de la prescription extinctive » mélanges L. Boyer, P.U. de Toulouse ; « les désordres de la prescription extinctive », P.U. de Rouen.

10. Carbonnier J. précité, notes sur la prescription extinctive, RTD civ. 1952, p. 171 ; également cité par M. Mazars dans les deux rapports établis dans les deux affaires soumises à l'Assemblée plénière et la chambre mixte, Cass. ass. Plén., 10 juin 2005, 03-18.922 et Cass. ch. mixte, 26 mai 2006, 03-16.800.

11. Rapport de M. Mazars Conseiller-rapporteur et avis de M. Gariazzo, avocat général, <http://www.courdecassation.fr>, rubrique BICC n° 624 posant la question de la nature de la prescription courant après qu'un jugement a arrêté la prescription initiale.

« la force exécutoire des jugements se prescrit par trente ans, même lorsqu'ils constatent une obligation régie par une prescription dont la durée est plus brève »¹² formulation énoncée et parfois perçue comme une évidence alors qu'elle ne trouve pas de justification claire, ce sur quoi nombreux s'entendent. Quelle est donc cette consécration jurisprudentielle de l'intervention de prescription ou la vertu de la poursuite de l'exécution d'un jugement de condamnation (I)

Il doit cependant être souligné ce que Roger Perrot précisément relève s'agissant de l'exécution d'une décision de justice : les poursuites n'ont plus alors pour objet l'exécution de la créance mais la condamnation d'un juge couverte par l'autorité de la chose jugée « si la prescription est trentenaire, ce n'est pas parce que les poursuites sont fondées sur un titre exécutoire, c'est parce qu'elles tendent à faire exécuter un acte juridictionnel »... « À la place de la créance initiale, s'est substituée la condamnation d'un juge qui l'a éclipsée »¹³. Dès lors, la généralisation de cette règle à tous les titres exécutoires alors même qu'« un trait commun n'implique aucune identité ni de nature ni de régime » apparaît d'autant plus discutable¹⁴. Il y a donc lieu d'examiner en quoi cette règle de l'intervention ne s'étend pas à tous les titres exécutoires et notamment à l'acte notarié dont la vertu apparaît ainsi relativisée (II).

I – Consécration jurisprudentielle de l'intervention de prescription ou la vertu de la poursuite de l'exécution d'un jugement de condamnation

En simplifiant, sans texte (A), sans justification à tout le moins claire (B), l'intervention de prescription a été consacrée dans le sens d'une substitution de la prescription de droit commun à la prescription abrégée quand celle-ci a été interrompue par un jugement. Quelle est cette interversion ? (C).

A – L'intervention de prescription sans texte

En droit civil français, l'article 2219 du Code civil définit la prescription comme « un moyen d'acquérir ou de se libérer par un certain laps de temps, et sous les conditions déterminées par la loi ». Ainsi, la prescription est soit acquisitive, soit extinctive, seule cette dernière étant ici concernée : elle est « un mode d'extinction des droits subjectifs (substantiels comme processuels) en raison de l'inaction de leur titulaire pendant un certain laps de temps »¹⁵.

Comme relevé par M. Main, avocat général dans l'affaire ayant donné lieu le 26 mai 2006 à l'arrêt de la chambre mixte, la prescription extinctive n'a pour seule condition que l'écoulement du temps¹⁶, d'un certain délai. La prescription de droit commun est aujourd'hui fixée par l'article 2262 du Code civil : « Toutes les actions, tant réelles que per-

12. MM Perrot et Théry, Procédures civiles d'exécution, Dalloz, 200, n° 297, p. 318, ainsi cités par M. Gariazzo, précité.

13. Cass. 2^e civ., 9 juin 2005, n° 04-13.182, RTD civ. 2005, p. 638, note R. Perrot.

14. Cass. 2^e civ., 9 juin 2005, n° 04-13.1825, Defrenois 2006, art. 38317, p. 191, obs. Thery Ph.

15. Lecuyer H., J-Cl., fasc. Unique, Prescription, 11, 1997.

16. Avis de M. Main, avocat général, <http://www.courdecassation.fr>, in jurisprudence, chambres mixtes et Assemblée plénière, 26 mai 2006.

sonnelles, 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 ». En matière commerciale, il existe aussi une prescription générale de dix ans prévue par l'article L. 110-4 du Code de commerce, si bien que la prescription de l'article 2262 du Code civil devrait être qualifiée de prescription générale de droit commun ¹⁷.

Parallèlement, les exceptions se sont multipliées à l'image de l'accélération du temps.

Ainsi que l'a rappelé récemment l'avocat général Gariazzo ¹⁸, la justification de la prescription tient à ce que les droits doivent être mis en œuvre assez rapidement pour la tranquillité, la sécurité de tous, empêcher la déperdition des preuves et juguler le risque d'erreur judiciaire. La prescription, loin de constituer une injustice apparaît au contraire de nature à éviter celle qui résulterait de l'obligation à payer une dette qu'un débiteur aurait pensé n'avoir plus à acquitter. Pour ce qui concerne d'ailleurs plus précisément les prescriptions raccourcies applicables aux dettes de sommes d'argent payables périodiquement (notamment la prescription quinquennale de l'article 2277 du Code civil) le souci était d'empêcher l'accumulation des échéances qui transformerait une dette périodique constitutive d'un revenu en capital et serait de nature à provoquer la ruine du débiteur à raison de l'inaction du créancier : *« la crainte de la ruine des débiteurs étant admise comme un motif d'abrèger le temps ordinaire de la prescription, on ne doit excepter aucun des cas auxquels ce motif s'applique »* ¹⁹. Cette prescription quinquennale *« constitue une déchéance au créancier négligent, elle a valeur d'une mesure de police juridique »* ²⁰ mais il y a lieu de relever l'explication du Doyen Carbonnier, cité par l'avocat général Gariazzo ²¹ pour permettre la relativisation dans une perspective historique : *« Pour la prescription de l'article 2277, l'intention historique a été d'empêcher la ruine du débiteur par l'accumulation des arrérages ; mais il s'y ajoutait une certaine hargne envers les créanciers, la haine canonique du prêt à intérêt déteignant sur des types plus catholiques de revenus et, du reste, l'inaction du créancier ne démontrait-elle pas qu'il n'avait pas besoin de ces ressources-là pour vivre ? »*.

Elle repose aussi sur un second fondement qui consiste en une présomption de paiement : l'absence de réclamation faisant présumer que le paiement est intervenu.

Cela étant, force est de constater que les prescriptions reposent souvent sur un mélange des deux fondements, les différences dans leurs effets étant dès lors réduites ²².

En revanche, la loi n'a pas prévu un délai de prescription pour les actions fondées sur un jugement qui a constaté une créance.

Il a été relevé, à l'occasion des deux affaires récentes soumises à la Cour de cassation en ses formations solennelles, qu'il existe une disposition légale qui traite de cette question, l'article L. 511-78 du Code de commerce en matière cambiaire lequel prévoit en son 4^e alinéa : *« Les prescriptions, en cas d'action exercée en justice, ne courent que du jour*

17. Cass. 2^e civ., 21 avr. 2005, n° 03-17.228, note M. Main, précité.

18. Avis de M. Gariazzo, avocat général, <http://www.courdecassation.fr>, rubrique BICC n° 624, Cass. ass. plén., 10 juin 2005, n° 03-18.922, Bull. ass. Plén., n° 6.

19. Bigot de Préameneu, travaux préparatoires au code civil, cité par M. Taine, prescription et possession- Prescriptions inférieures ou égales à dix ans, JCP, articles 2270 à 2278 du Code civil.

20. Avocat général Baudouin, Cass. ass. plén., 7 juill. 1978, n° 76-15.485, JCP 1978, II, 18948, rapp. Ponsard, concl. Baudouin.

21. Gariazzo, précité.

22. M. Main, précité, H., L. et Mazeaud J. et F ; Chabas, Leçons de droit civil, t. II, 1^{er} vol., Obligations : Théorie Générale, 9^e éd., Montchrestien, n° 1186.

de la dernière poursuite juridique. Elles ne s'appliquent pas s'il y a eu condamnation, ou si la dette a été reconnue par acte séparé ». Cependant, outre qu'il est muet sur le délai de prescription, sa spécificité a conduit à en circonscrire la portée au droit cambiaire.

L'interversion de prescription est donc dépourvue de fondement textuel.

B – L'interversion de prescription sans justification

Il n'en demeure pas moins que l'écoulement du temps produisant cet effet libératoire singulier comme une remise de dette par le créancier, « fruit de sa discrétion »²³, le droit a imaginé des obstacles à ce qu'il soit ainsi tiré profit de la négligence ou de l'ignorance du créancier. La suspension, « qui contient la fuite du temps », ou l'interruption, laquelle n'est véritablement utile que si elle s'accompagne d'une interversion ayant pour effet d'allonger substantiellement le délai par la substitution d'un délai plus long, généralement trentenaire.

Il a encore été souligné qu'au silence de la loi répondait une jurisprudence abondante, qu'elle était majoritairement orientée dans le sens d'une substitution de la prescription de droit commun à la prescription abrégée quand celle-ci a été interrompue par un jugement ayant condamné le débiteur à payer et qu'elle n'est cependant pas toujours très claire sur tous les points, notamment sur le fondement des solutions adoptées.

Il convient de retenir que l'interversion de prescription a été admise, lorsqu'il s'agissait de jugements. Certains fondent ce mécanisme sur l'effet novatoire du jugement ou l'autorité et la nature particulière de la décision de justice. Le Professeur Perrot estime que « le jugement opère une sorte de novation, en ce sens que désormais la partie gagnante tire ses droits de la décision de justice, sans être tributaire de la prescription qui pourrait affecter le droit substantiel lui-même »²⁴. Cette justification est contestée par le Professeur Théry, selon lequel, en droit français, à la différence du droit romain, la procédure ayant abouti au jugement est dépourvue de tout effet novatoire. Il en conclut que « l'interversion de la prescription ne trouve pas de justification claire »²⁵. Le Professeur Bénabent a utilisé une formule autant imagée que discutée : le jugement « coupe l'obligation de sa cause »²⁶.

En résumé, cette substitution est admise, nombreux s'accommodent même de l'absence de justification claire, tant, sans doute, il lui est plus essentiellement assigné comme fondement « l'autorité » attachée à la décision du juge²⁷.

D'ailleurs, comme l'a fait remarquer M. Mazars²⁸, les solutions jurisprudentielles traditionnelles concernent principalement des actions engagées à la suite de jugements qui avaient statué sur une action en paiement, elle apparaît en revanche remise en cause, dès lors que l'action repose non sur une décision juridictionnelle mais sur un autre titre exécutoire.

23. Viandier A., Les modes d'interversion des prescriptions libératoires, JCP G 1978, I, 2885, p. 5.

24. Perrot R., JCP Procédures 1998, n° 217, note sous Cass. 1^{re} civ., 16 juin 1998, n° 96-14.170, Bull. civ. I, n° 214.

25. Théry Ph. précité, Defrénois 2006, p. 187 et s ; sur la recherche de fondements à l'interversion de prescription : étude de R. Libchaber, Le point sur l'interversion des prescriptions en cas de condamnation en justice, D. 2006, chr. p. 254.

26. Bénabent A., Les obligations, Montchrestien, coll. Domat droit privé, 10^e éd., n° 907.

27. D'ailleurs suggéré par M. Main, précité.

28. Mazars M. rapport précité dans l'affaire soumise à la Cass. ch. mixte, 26 mai 2006, n° 03-16.800.

C – La consécration jurisprudentielle, quelle interversion ?

En l'absence de texte, la jurisprudence a depuis longtemps, en tout cas depuis la fin du XIX^e siècle²⁹, jugé que l'action en paiement d'une obligation fondée sur un jugement était soumise à la prescription trentenaire de droit commun. De nombreux arrêts ont ensuite adopté cette position³⁰.

La chambre commerciale a admis la prescription trentenaire en substitution précisément de la prescription décennale commerciale en jugeant que « *c'est à bon droit que le tribunal a retenu qu'à l'obligation contractuelle, soumise à la prescription décennale édictée par l'article 189 bis du Code de commerce, s'est substituée celle découlant de l'ordonnance rendue par le juge commissaire portant admission de la créance de M. X... et que le bénéficiaire de cette ordonnance, comme celle de toute autre décision de justice, se prescrivait par trente ans* »³¹.

Cette jurisprudence n'était pas tout à fait uniforme s'agissant des créances à échéances périodiques ensuite de plusieurs décisions de la 3^e chambre mais l'arrêt de l'assemblée plénière rendu le 10 juin 2005 apparaît avoir mis un terme à cette divergence³².

Les discussions sont en réalité apparues, s'agissant des autres titres exécutoires, notamment à l'occasion des décisions rendues en matière de recouvrement de créances constatées dans un acte notarié.

La première chambre civile, par un arrêt du 11 février 2003³³, a cassé, au visa de l'article 189 bis du Code de commerce, devenu l'article L. 110-4, dans une affaire où une banque, qui avait accordé des crédits par acte notarié, avait assigné l'emprunteur en paiement, l'arrêt de la cour d'appel qui, après avoir relevé que la créance avait été constatée par acte authentique revêtu de la formule exécutoire, avait déclaré applicable la prescription prévue par l'article 2262 du Code civil, même si la créance autrement constatée eût été soumise à la prescription de dix ans prévue par l'article 189 bis précité. Elle a jugé « *qu'il s'agissait d'une action en justice pour avoir paiement, peu important que l'acte litigieux fût un titre exécutoire et alors que les obligations nées à l'occasion de leur commerce entre commerçants ou entre commerçants et non commerçants se prescrivent par dix ans sans distinguer selon la forme en laquelle elles ont été constatées* ».

Le 4 janvier 2005³⁴, la première chambre civile, à propos d'une saisie-attribution pratiquée sur le fondement d'un acte notarié a retenu « *qu'il s'agissait d'une action en justice pour avoir paiement, peu important que l'acte litigieux fût un titre exécutoire, et alors que*

29. Régulièrement cité comme à l'origine de cette jurisprudence : Cass. 6 déc. 1852, D.P. 1853, I, p. 50.

30. Cass. civ., 23 juill. 1934, Gaz. Pal. 1934, 2, p. 523 : « le jugement de condamnation intervenue en première instance constitue, en raison de l'autorité qui s'y attache, un titre à l'abri des courtes prescriptions édictées par le code civil ou par des lois spéciales » ; Cass. soc., 16 déc. 1969, n° 68-12.645, Bull. civ. V, n° 695 : action en paiement contre une caution d'une créance constatée par jugement : « l'action ayant pour objet l'exécution des condamnations prononcées par jugement se prescrit par trente ans, même si la créance primitive était soumise à une prescription particulière » Cass. soc., 7 oct. 1981, n° 80-10.412, Bull. civ. V, n° 763 ; Cass. 1^{re} civ., 16 juin 1998, n° 96-18.628, D. 1999, p. 386, note Massip J. : seule soumise à l'article 2277 du Code civil la demande en paiement d'aliments et non la poursuite de l'exécution de titres portant condamnation au paiement de la pension alimentaire, laquelle est régie par la prescription de droit commun de trente ans ; encore Cass. 1^{re} civ., 14 janv. 2003, n° 00-21.695, Bull. civ. I, n° 8, RTD civ. 2003, p. 275, Hauser et Cass. 1^{re} civ., 8 févr. 2005, n° 02-19.689, Lamyline.

31. Cass. com., 18 oct. 1988, n° 86-16.029, Bull. civ. III, n° 281.

32. Cass. ass. plén., 10 juin 2005, n° 03-18.922, Bull. ass. plén., n° 6.

33. Cass. 1^{re} civ., 11 févr. 2003, n° 00-18.692, Bull. civ. I, n° 43, JCP G 2003, IV, 1618.

34. Cass. 1^{re} civ., 4 janv. 2005, n° 01-00.852, Lamyline.

l'obligation qu'il constate reste soumise à la prescription applicable en fonction de sa nature, soit la prescription décennale ».

La première chambre civile a ainsi cassé la décision rendue par les juges du fond qui avaient énoncé que l'action qui tend au recouvrement d'une créance ayant fait l'objet d'un titre exécutoire, était prescrite par 30 ans et refuse ainsi l'interversion en appliquant la prescription attachée à la nature de l'obligation.

Pour ce qui concerne la deuxième chambre civile, par un arrêt rendu le 9 juin 2005, elle a posé en principe général que « *la poursuite de l'exécution d'un titre exécutoire est régie par la prescription de droit commun de trente ans* » ce qui a précisément conduit Hervé Croze à dire qu'en d'autres termes, le prêt consenti par un établissement de crédit, soumis au mieux à la prescription décennale quand il est sous seing privé, serait soumis à la prescription trentenaire par la vertu de l'authentification notariale !

La deuxième chambre civile a d'ailleurs, à cette occasion, réaffirmé ce principe déjà contenu dans un arrêt du 21 avril 2005³⁵.

La chambre commerciale a semblé avoir adopté cette même solution. Elle apparaît avoir fait application de l'interversion de prescription dans une affaire dans laquelle une banque avait sollicité le paiement d'une créance découlant d'un acte notarié. La cour d'appel, confirmant le jugement du juge de l'exécution, a constaté l'extinction de cette créance par application de la prescription aux motifs que si un acte notarié, qui est un titre exécutoire, n'opère aucune novation quant à la nature de l'obligation qu'il authentifie, l'action ayant pour objet l'exécution de cette obligation se prescrit par trente ans même si la créance primitive était soumise à une prescription particulière comme en l'espèce celle de l'article 189 bis du Code de commerce. Le pourvoi soutenait que la prescription de dix ans prévue par le dernier article, qui n'édicte aucune exception liée à la forme de l'acte ayant constaté l'obligation souscrite, supplantait la prescription trentenaire de droit commun, et il reprochait à l'arrêt attaqué d'avoir violé, par refus d'application, l'article 189 bis du Code de commerce et, par fausse application, l'article 2262 du Code civil. Par un arrêt du 8 octobre 2003³⁶, la chambre commerciale a déclaré ce pourvoi non-admis.

Ces décisions ont fait renaître le débat relatif à la justification de l'interversion et surtout suscité de vives discussions sur son extension « *aux autres titres exécutoires* ».

II – Le refus d'attacher à la forme de l'acte notarié un effet interversif ou la vertu relativisée de l'authentification

A – Une assimilation limitée

Pour la deuxième chambre civile c'est à raison de la qualification de titre exécutoire que l'acte notarié devrait être traité de manière similaire au jugement.

Il n'est pas, en effet, discutable que l'article 3 de la loi n° 1991-650 du 9 juillet 1991 précise la liste des actes qui constituent des titres exécutoires parmi lesquels figurent les décisions de juridictions de l'ordre judiciaire ou administratif lorsqu'elles ont force exécutoire et les actes notariés revêtus de la formule exécutoire.

35. Cass. 2° civ., 21 avr. 2005, n° 03-17.228, Lamyline.

36. Cass. com., 8 oct. 2003, n° 00-18.309, JCP G 2004, II, 10096, note Descorps-Declère F., RTD civ. 2004, p. 774, obs. Perrot R.

Il est certain toutefois qu'ainsi assimilés dans le dessein de revaloriser les droits des créanciers, tous ces titres exécutoires n'ont pour point commun que d'être « *des passe-ports vers l'exécution forcée* »³⁷.

Il n'est pas plus contestable que l'article 19 de la loi du 25 ventôse an XI dispose « *Tous actes notariés feront foi en justice et seront exécutoires dans toute l'étendue de la République* » et que, comme rappelé par M. Main, selon l'article 1^{er} de l'ordonnance n° 45-2590 du 2 novembre 1945, « *les notaires sont les officiers publics établis pour recevoir tous les actes et contrats auxquels les parties doivent ou veulent faire donner le caractère d'authenticité attaché aux actes de l'autorité publique, et pour en assurer la date, en conserver le dépôt, en délivrer des grosses et expéditions* ».

La doctrine précise que l'authenticité présente trois caractéristiques essentielles : la date certaine, la force probante et la force exécutoire³⁸.

Cependant, il n'apparaît pas que ces éléments autorisent une analogie d'ailleurs fustigée par une majorité de la doctrine à laquelle semble s'être rangée la Cour de cassation.

B – Une analogie dévoyée rejetée ou « l'abcès vidé » par l'arrêt du 26 mai 2006

L'assemblée plénière, le 10 juin 2005 dans l'arrêt précité, a sans doute implicitement admis que la prescription trentenaire attachée à une décision judiciaire ne suffisait pas pour empêcher le jeu de la prescription plus courte de cinq ans en l'espèce concernée. « *Si le créancier peut poursuivre pendant trente ans l'exécution d'un jugement condamnant au paiement d'une somme payable à termes périodiques, il ne peut, en vertu de l'article 2277 du Code civil, applicable en raison de la nature de la créance, obtenir le recouvrement des arriérés échus plus de cinq ans avant la date de sa demande* ».

Cette décision a suivi l'avis de l'avocat général qui avait notamment relevé que « *l'autorité attachée au jugement ne peut expliquer, et encore moins justifier l'intervention des prescriptions : que la prescription soit de trente ans ou d'une durée moindre, notamment de cinq ans, n'a aucune incidence sur l'autorité attachée à la décision. La force exécutoire du jugement pourra être exercée pendant moins longtemps mais elle sera identique* ». Cette affaire avait, en effet, été l'occasion de reposer la question de « *l'effet novatoire* » de la décision juridictionnelle sur les créances.

M. Théry relève que « *si critiquable qu'elle paraisse, la substitution de prescription est liée à l'intervention judiciaire. La généraliser à d'autres titres qui n'ont rien en commun avec le jugement que son caractère exécutoire est une utilisation dévoyée de l'analogie : cessante ratione legis cessat lex... Que le jugement et l'acte notarié aient un trait commun n'implique aucune identité ni de nature ni de régime* »³⁹. Il s'interroge aussi sur la compatibilité de cette solution avec l'arrêt du 10 juin 2005 dont la distinction retenue entre ce qui est échu lors du jugement et ce qui le devient ensuite est inapplicable à l'acte notarié dont les échéances sont exigibles après la constatation du prêt dans l'acte.

Ainsi et *a fortiori*, un tel effet sera contesté à l'acte notarié, dont il est assez justement relevé qu'il est à la fois inutile et contraire à la volonté des parties que l'authentification, qui établit la preuve de l'acte et le rend exécutoire, influe encore sur la prescription⁴⁰.

37. Croze H., note sous Cass. ch. mixte du 26 mai 2006, n° 03-16.800, précité.

38. Lamy Droit immobilier 2006, n°s 4392 et s., cité par M. Main précité.

39. Thery Ph., Defrénois 2006, art. 38317, p. 191 et s.

40. Croze H., La prescription de l'exécution d'un titre exécutoire est régie par la prescription de droit commun de trente ans, précité.

Rien ne justifie, à supposer l'interversion fondée, de l'étendre aux titres exécutoires ⁴¹ autres qu'une décision juridictionnelle, le notaire en particulier n'étant investi d'aucune fonction juridictionnelle mais bien de celle d'authentifier la volonté des parties, créatrice d'obligations, celles-là seules qui sont alors exécutées sans que leur nature en soit modifiée ⁴².

Le Professeur Perrot a également souligné que cette extension lui apparaissait dépourvue de fondement en ce que « *A la différence du juge, le notaire ne décide rien ; ... il se borne simplement à constater et authentifier la volonté des parties dont il est le fidèle traducteur, sans jamais se porter garant des effets légaux attachés à la substance d'un acte dont la teneur échappe à sa maîtrise* » ⁴³. C'est aussi ce que H. Croze a exprimé en ces termes : « *Si la décision juridictionnelle est certainement l'œuvre du juge, l'acte authentique n'est que formellement celui de l'officier public, mais il reste substantiellement le produit des volontés individuelles des parties* » ⁴⁴.

M. Descorps-Declère a aussi relevé très justement que si l'interversion s'est imposée pour les jugements c'est, au-delà de sa nature de titre exécutoire, à raison plus essentielle de l'autorité de chose jugée qui y est attachée alors précisément que le *negotium* constaté par le notaire peut être contesté puisque justement « *l'acte notarié ne préservera pas la convention qu'il constate des problèmes d'interprétation inhérents à la conclusion d'un contrat, rendant alors le recours au juge indispensable pour déterminer les droits et obligations de chacun* » ⁴⁵.

Comme souligné par M. Main, « *la mission dévolue au notaire, témoin au nom de l'autorité publique et « greffier » de la volonté des parties, ne confère pas à l'obligation qu'il constate le caractère incontestable qui résulte de la décision d'un juge* » ⁴⁶.

Enfin, il n'est pas admissible de permettre aux parties d'allonger la durée de la prescription par le simple choix de la forme de l'acte, ce qui est généralement considéré comme leur étant interdit, valant renonciation que la loi prohibe ⁴⁷.

L'arrêt du 10 juin 2005 laisserait-il pour autant la place à une prescription du titre exécutoire indépendante de celle de l'obligation qu'il constate ? Plus généralement, une autre question doit être résolue puisqu'elle semble avoir déterminé les décisions de la deuxième chambre : la distinction de l'action en paiement et de l'exécution d'un titre exécutoire.

Cette distinction apparaît également en doctrine très critiquée. « *Le paiement, mode naturel d'extinction de l'obligation, n'est autre chose que l'exécution de celle-ci* » ⁴⁸. « *De ce point de vue, essentiel après tout, l'action en paiement et l'action en exécution du jugement s'inscrivent dans une commune perspective, parce que cette dernière ne tend à rien d'autre qu'un paiement forcé* » ⁴⁹.

41. Cass. 3^e civ., 9 juin 2005, n° 04-13.182, Defrénois 2006, art. 38317, p. 194, obs. Thery Ph.

42. Perrot R., RTD civ. 2005, p. 638, précité.

43. Perrot R., précité, p. 638.

44. H. Croze, note sous Cass. ch. mixte du 26 mai 2006, précité.

45. M. Descorps-Declère, JCP G 2004, II, 10096.

46. Perrot R., précité, p. 638.

47. Théry, précité, Terré, Simler et Lequette, Droit civil, Les obligations, 6^e éd., n° 1488.

48. Terré Ph., Simler, Lequette, Les obligations, Précis Dalloz, 9^e éd., n° 1315.

49. Cass. 2^e civ., 9 juin 2005, n° 04-13.182, Defrénois 2006, art. 38317, p. 196, obs. Ph. Théry ; voir aussi critique : M. Croze « cette manière de distinguer la Schuld et la Haftung est subtile, trop sans doute pour fonder une bonne règle de droit », in JCP G 2005, II, 10120 sous Cass. 3^e civ., 9 juin 2005.

Il y a lieu de relever encore cette très pertinente définition de la prescription reflétant bien cette commune finalité de l'action et de l'exécution : « *simple faculté offerte au débiteur de s'opposer à toute prétention de son créancier tendant au paiement de la créance* »⁵⁰ si bien qu'en effet la prescription n'apparaît pas pouvoir atteindre uniquement l'action en paiement.

Par un arrêt du 26 mai 2006 rendue en chambre mixte, la Cour, apparaissant mettre un terme aux incertitudes qui pouvaient encore demeurer, a jugé que « *la durée de la prescription est déterminée par la nature de la créance et que la circonstance que celle-ci soit constatée par un acte authentique revêtu de la formule exécutoire n'a pas pour effet de modifier cette durée* ». Elle a poursuivi en indiquant que « *s'agissant d'une créance de nature commerciale dont la prescription est de dix ans et dès lors que le renouvellement de l'inscription d'hypothèque est dépourvu d'effet interruptif, la cour d'appel a exactement décidé que la créance de la banque était prescrite* ».

Il s'agissait d'un prêt notarié assorti d'une hypothèque, devenu exigible depuis plus de dix ans sans que la banque en ait sollicité le paiement. Les emprunteurs ont alors assigné la banque en mainlevée de l'hypothèque soutenant que l'obligation était prescrite. La banque a agi reconventionnellement en paiement. Les juges du fond avaient fait droit à la demande des emprunteurs et dit la créance de la banque prescrite par dix ans à raison de la nature de la créance.

Il y a lieu de préciser que cette décision paraît suivre l'avis de l'avocat général M. Main qui avait indiqué que sa « *préférence irait à une solution qui, tout en étant compatible avec le principe affirmé par l'arrêt du 10 juin 2005, aille au-delà, même si ce n'est pas strictement nécessaire, en prenant parti sur le principe même de l'assimilation, espérée ou redoutée, et vide ainsi définitivement l'abcès* » et avait ainsi invité la cour à dire que, « *en refusant d'appliquer la prescription trentenaire de droit commun à une obligation constatée par acte notarié soumise en raison de sa nature à la prescription commerciale de dix ans, la cour d'appel a fait l'exacte application des textes visés au moyen* ».

Cependant, la Cour ne statue pas exactement en ces termes et il n'est pas indifférent de rappeler qu'elle avait indiqué par communiqué sur l'arrêt du 10 juin 2005 qu'il se déduisait de sa décision que « *ainsi la circonstance qu'un jugement reconnaisse l'existence d'une créance payable à termes périodiques ne change pas la nature de cette créance et donc la durée de la prescription qui lui est applicable, pour les termes échus postérieurement au jugement* »⁵¹.

La Cour n'a pas en tout cas retenu l'une des possibilités présentées par ailleurs par l'avocat général et qui aurait dissipé toute ambiguïté quant à l'assimilation au jugement de tout titre exécutoire en affirmant que la poursuite de l'exécution d'un acte notarié n'est, pas d'avantage que l'action en paiement fondée sur un tel acte, régie par la prescription de droit commun de trente ans, mais par la prescription applicable selon la nature de l'obligation qu'il constate, ce qui présentait l'avantage de supprimer la distinction artificielle entre action en paiement et mesures d'exécution et mettait un terme à une assimilation « *injustifiée, périlleuse et qui, en étendant notablement le champ d'application de la plus longue prescription que connaisse notre droit civil, va à contre-courant de l'évolution des mœurs et des nécessités de la vie économique moderne* ».

50. Gustin J., Billiau M., Loiseau G., *Traité de droit civil, Le régime des créances et des dettes*, LGDJ, 2005, n° 1115.

51. Communiqué de la Cour de cassation, *Gaz. Pal.* 15/16 juin 2005, p. 14.

S'il semble ainsi que la cour, attachée à l'absence de toutes sortes de novation de la créance (par l'effet du jugement comme par l'effet de l'acte notarié), limite ainsi les effets de l'interversion de prescription sans en supprimer apparemment le principe, les incertitudes subsistent.

C – Une modernisation espérée et une controverse relativisée

Il apparaît certain que le délai de la prescription extinctive trentenaire sera, à court ou moyen terme, réduit, peut-être à dix ans ainsi qu'il est appelé des vœux d'une doctrine dominante et des magistrats⁵², ce qui réduirait également l'intérêt de cette question, ce délai de dix ans étant également celui de l'obligation.

Il n'apparaît pas possible de ne pas conclure par la réforme du droit de la prescription qui résultera sans doute des travaux ainsi menés comme de l'avant-projet de réforme du droit civil des obligations et de la prescription remis au garde des Sceaux le 23 septembre 2005, dont la partie consacrée à la prescription y est présentée par le Professeur Philippe Malaurie⁵³.

Il y a lieu de souligner que ce projet ramène de trente à trois ans le délai de droit commun et prévoit par ailleurs un délai de dix ans pour des actions particulières parmi lesquelles sont classées, ensemble, « 3. Les actions relatives à un droit constaté par un jugement ou un autre titre exécutoire » (C. civ., art. 2275 al. 3). Le projet soumet donc à la même prescription les titres exécutoires en retenant ainsi ce critère pour justifier la dérogation à l'application du délai de prescription de droit commun en effet drastiquement raccourci à trois années. Enfin, il est proposé une troisième délai dit « butoir » de dix ou de trente ans, à compter du fait générateur de l'obligation pour la totalité des prescriptions.

Le Professeur Malaurie a précisé que la proposition de simplification et de réduction de la prescription extinctive s'est inspirée des règles du Bürgerliches Gesetzbuch entrées en vigueur le 1^{er} janvier 2002⁵⁴, des propositions contenues dans les principes du droit européen des contrats, proches des principes d'Unidroit.

Il convient toutefois de relever que ce projet fait également disparaître l'interversion de prescription extinctive dont il est précisé par ses auteurs qu'elle est trop compliquée et qu'en outre elle a « pour conséquence d'allonger le délai nécessaire pour prescrire, ce qui est contraire à l'un des principaux objectifs de la proposition de réforme ».

L'interversion de la prescription extinctive, « *nid à procès* » à raison des incertitudes sur ses conditions d'application serait de surcroît inutile dans l'hypothèse de la disparition de la multitude de délais brefs comme de la suppression du délai trentenaire.

C'est qu'en effet la prescription, mesure des rapports de l'homme avec le temps, qui devrait être « *un élément de pacification des rapports humains et de leur dynamisme, est ainsi devenue en raison de sa longueur excessive, de sa multiplicité et de ses incertitudes une cause de stagnation de l'activité et une source abondante de litiges* »⁵⁵.

52. Rapport de la Cour de cassation 2001, suggestions de réforme, De la prescription extinctive trentenaire à une prescription décennale, puis rapport sur l'harmonisation des prescriptions par le groupe de travail constitué par Monsieur le Premier Président au mois d'avril 2004 à la demande du Garde des sceaux.

53. Aussi, présentation de l'avant-projet par Malaurie Ph., Avant-projet de réforme de la prescription en droit civil, Defrénois 2006, art. 38325, p. 230 et s.

54. En Allemagne, le BGB a été réformé en 2001 et la prescription de droit commun réduite de trente à trois ans, J. Bauerreis, « le nouveau droit de la prescription », RIDC 2002, p. 1023 et s. Noter cependant que le BGB conserve la prescription trentenaire pour l'exécution des jugements, laquelle est en revanche de six ans en droit anglais (article 24 du limitation act 1980).

55. Malaurie Ph., exposé des motifs du livre troisième de l'avant-projet de réforme, avant-projet de réforme.

En l'état actuel, les incertitudes demeurent dans un contexte juridique d'application potentielle de délais très divers aux écarts aussi considérables et qu'anachroniques. Dans un contexte politique marqué par le souci de sécurisation, de prise en compte des contraintes économiques comme celui de rattraper aujourd'hui l'accélération du temps, exigences rappelées dans les travaux préparatoires à la décision de la chambre mixte du 26 mai 2006, il ne peut qu'être regretté que l'occasion n'ait pas été saisie pour trancher plus franchement et explicitement, afin d'éviter que jurisprudences ne continuent à se développer et ne contribuent au contraire, avec rétroactivité, au « *pouvoir enténébrant du temps* »⁵⁶ dans une matière que les rédacteurs du code avaient pourtant voulu essentiellement légale⁵⁷.

Il y a lieu d'espérer que l'attente de l'avènement de la réforme soit aussi courte que possible mais que le délai de droit commun ne soit pas aussi bref que celui de trois ans auquel il est proposé de ramener la prescription trentenaire. L'accélération compréhensible serait alors foudroyante. Le temps de l'harmonisation européenne, aussi proche est-elle souhaitée, pourrait intégrer un délai un peu plus long comme le fruit, demain, du recul sur d'autres législations encore très récentes. Retenir aujourd'hui un délai plus long n'offrirait-il pas le temps suffisant pour prescrire plus brièvement ?

BÉNÉDICTE BURY

Avocat associé

B. MOREAU-AVOCATS

56. Formule de Windscheid et Kipp, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, 9^e éd., 1906, p. 105 : « die verdunkeln-
de macht der zeit », cité par R. Wintgen, note sous Cass. ch. mixte du 26 mai 2006, précité.

57. Carbonnier J., *RTD civ.* 1952, p. 171, précité.